

LAS FORMAS DE PROPIEDAD Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Raúl Humberto Ochoa Carvajal

La Constitución de 1991 ha originado una forma distinta de analizar ciertas instituciones que venimos mirando de una manera estereotipada desde hace varios siglos: los derechos humanos, los derechos económicos y sociales, el Estado, la propiedad, el juez, en fin. La pedagogía constitucional se impone en todos los órdenes de la vida y, por decirlo así, la Constitución impregna todos los aspectos del discurrir del ciudadano. Los principios, los valores y las normas constitucionales deben estar presentes en cualquier decisión judicial y por encima de cualquiera otra consideración. Así las cosas, el concepto de propiedad que teníamos antes de la Constitución del 91, debe ser revisado con esta nueva óptica.

El constituyente colombiano tuvo la oportunidad de trabajar el tema de la propiedad con el acopio doctrinario, jurisprudencial y legal que se le ofrecía: el derecho romano, el Código Civil y algunas leyes que han modificado este, como la ley 200 de 1936 o la ley 9a. de 1989, por mencionar algunas, que han tocado de manera esencial el tema de la propiedad. Los planteamientos sobre la función social de la propiedad de Duguit, recogidos en la reforma de 1936, también sirvieron de base al constituyente colombiano para enfrentar el tema. Las aspiraciones de algunos grupos étnicos y de trabajadores fueron tenidas en cuenta, como también la necesidad de defender los recursos naturales y, de manera novedosa, la defensa de la ecología y el ambiente.

NUEVA CLASIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD

Tradicionalmente ha sido clasificada la propiedad, de acuerdo con su titular, en pública y privada, teniendo en cuenta que esta pertenezca a una entidad de derecho público o a un particular. A su vez, la propiedad pública se ha dividido en tres: bienes fiscales propiamente dichos, bienes fiscales adjudicables y bienes de uso público. Esta clasificación debe ser revisada y actualizada. En primer lugar, el concepto de bienes fiscales propiamente dichos ha sido modificado. En

el Código Civil y en la doctrina nuestra se han considerado como bienes fiscales propiamente dichos aquellos sobre los cuales

las entidades de derecho público tienen un dominio pleno, igual al de los particulares sobre sus bienes. Ej: la casa consistorial del municipio. De aquí que tales bienes estén sometidos al derecho común. El dominio de edificios oficiales puede ser desmembrado o limitado por servidumbres o condiciones resolutorias; son en general materia de toda clase de actos jurídicos y son prescriptibles, tal como ocurre con los bienes de los asociados.¹

Esta concepción, digo, ha variado, por cuanto en la actualidad ningún bien público puede ser objeto de prescripción, por mandato del Código de Procedimiento Civil que en el numeral 4 del artículo 407 dice: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

En lo que respecta a los bienes fiscales adjudicables, anteriormente se tenían, entre estos, los baldíos y las minas. Hoy sólo podemos ubicar en esta categoría los baldíos por cuanto las minas ya no se adjudican. Son bienes públicos o patrimonio del Estado pero no bienes adjudicables. Así lo señalan el artículo 8 de la ley 20 de 1969, el artículo 3 del decreto 2655 de 1988, actual Código de Minas y la Constitución en su artículo 332.

La categoría bienes de uso público, definida en el Código Civil como... "si su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes, plazas y caminos se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes del territorio" (art. 674), sí continúa vigente en toda su concepción.

De acuerdo con lo anterior, hay bienes públicos que no encajan en esta clasificación. Quiero decir que hay bienes públicos que no son ni bienes fiscales propiamente dichos, ni bienes fiscales adjudicables, pero tampoco bienes de uso público. Ya tenemos un ejemplo en los recursos naturales no renovables, es decir en las minas. La explotación de éstas la asume el Estado directamente o a través de concesiones, pero la mina, en sí, no se puede adjudicar. Obviamente tampoco es un bien de uso público ni un bien fiscal propiamente dicho. Pero no es ese el único ejemplo. La Constitución de 1991 dice en el artículo 63: los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

1 Gómez, José J. *Bienes*. Universidad Externado de Colombia. 1981. p. 91.

De conformidad con el artículo citado, los parques naturales no son bienes de uso público, pues la Constitución los enlista a continuación de éstos. Si los considerara de uso público no los hubiera colocado aparte como lo hizo. Estos parques naturales son bienes públicos pero no son de uso público, pues su régimen es distinto al de las calles, puentes, etc. Y bien sabemos que tampoco son fiscales adjudicables ni fiscales propiamente dichos.

En el artículo 72 de la Nueva Carta se lee: El patrimonio cultural de la Nación esta bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

De este artículo desprendemos que los bienes que hacen parte del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, son bienes públicos por su titular, pero no son bienes de uso público, como tampoco son fiscales adjudicables ni fiscales propiamente dichos. Su naturaleza no permite encajarlos en ninguna de esas categorías.

El espacio público, el espectro electromagnético y la órbita geoestacionaria son bienes públicos, pero tampoco son de uso público, ni menos fiscales propiamente dichos ni fiscales adjudicables. Pertenecen al territorio y, en los términos de la Constitución, hacen parte del dominio fiscal.

Bueno, con los ejemplos anteriores creo dejar claro que esa clasificación de los bienes públicos debe ser revisada y, es más, la misma concepción de la propiedad pública debe ser reconsiderada y es necesario dejar claro qué se entiende por patrimonio público y, por ese mismo camino, debemos mirar qué se entiende por patrimonio común, pues estos términos son citados tanto en la Constitución como en algunas leyes, tal vez sin reparar de manera alguna en su alcance. De cualquier forma debemos ponernos de acuerdo en que no puede entenderse que son sinónimos los términos propiedad y patrimonio. El Constituyente no fue exigente con el lenguaje al tratar estos temas y es trabajo de la doctrina y la jurisprudencia ubicar en su punto el espíritu de la norma, sobre la base de la falta de claridad.

Digamos, entonces, que la concepción tradicional de propiedad que los romanos consideraban como el derecho más completo, pues abarcaba el usus, el fructus y el abusus (facultad de disposición), casi nada tiene que ver con la propiedad pública, salvo algunas excepciones que encontramos en los llamados bienes fiscales propiamente dichos. Quiero decir que aunque el Estado sea titular de un parque natural, o lo sea de un recurso natural, no puede disponer de estos. Son bienes inalienables. Están fuera del comercio. Para explicar esta relación del

el Código Civil y en la doctrina nuestra se han considerado como bienes fiscales propiamente dichos aquellos sobre los cuales

las entidades de derecho público tienen un dominio pleno, igual al de los particulares sobre sus bienes. Ej: la casa consistorial del municipio. De aquí que tales bienes estén sometidos al derecho común. El dominio de edificios oficiales puede ser desmembrado o limitado por servidumbres o condiciones resolutorias; son en general materia de toda clase de actos jurídicos y son prescriptibles, tal como ocurre con los bienes de los asociados.¹

Esta concepción, digo, ha variado, por cuanto en la actualidad ningún bien público puede ser objeto de prescripción, por mandato del Código de Procedimiento Civil que en el numeral 4 del artículo 407 dice: "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público".

En lo que respecta a los bienes fiscales adjudicables, anteriormente se tenían, entre estos, los baldíos y las minas. Hoy sólo podemos ubicar en esta categoría los baldíos por cuanto las minas ya no se adjudican. Son bienes públicos o patrimonio del Estado pero no bienes adjudicables. Así lo señalan el artículo 8 de la ley 20 de 1969, el artículo 3 del decreto 2655 de 1988, actual Código de Minas y la Constitución en su artículo 332.

La categoría bienes de uso público, definida en el Código Civil como... "si su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes, plazas y caminos se llaman bienes de la Unión o de uso público o bienes del territorio" (art. 674), sí continúa vigente en toda su concepción.

De acuerdo con lo anterior, hay bienes públicos que no encajan en esta clasificación. Quiero decir que hay bienes públicos que no son ni bienes fiscales propiamente dichos, ni bienes fiscales adjudicables, pero tampoco bienes de uso público. Ya tenemos un ejemplo en los recursos naturales no renovables, es decir en las minas. La explotación de éstas la asume el Estado directamente o a través de concesiones, pero la mina, en sí, no se puede adjudicar. Obviamente tampoco es un bien de uso público ni un bien fiscal propiamente dicho. Pero no es ese el único ejemplo. La Constitución de 1991 dice en el artículo 63: los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

1 Gómez, José J. *Bienes*. Universidad Externado de Colombia. 1981. p. 91.

De conformidad con el artículo citado, los parques naturales no son bienes de uso público, pues la Constitución los enlista a continuación de éstos. Si los considerara de uso público no los hubiera colocado aparte como lo hizo. Estos parques naturales son bienes públicos pero no son de uso público, pues su régimen es distinto al de las calles, puentes, etc. Y bien sabemos que tampoco son fiscales adjudicables ni fiscales propiamente dichos.

En el artículo 72 de la Nueva Carta se lee: El patrimonio cultural de la Nación esta bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

De este artículo desprendemos que los bienes que hacen parte del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, son bienes públicos por su titular, pero no son bienes de uso público, como tampoco son fiscales adjudicables ni fiscales propiamente dichos. Su naturaleza no permite encajarlos en ninguna de esas categorías.

El espacio público, el espectro electromagnético y la órbita geoestacionaria son bienes públicos, pero tampoco son de uso público, ni menos fiscales propiamente dichos ni fiscales adjudicables. Pertenecen al territorio y, en los términos de la Constitución, hacen parte del dominio fiscal.

Bueno, con los ejemplos anteriores creo dejar claro que esa clasificación de los bienes públicos debe ser revisada y, es más, la misma concepción de la propiedad pública debe ser reconsiderada y es necesario dejar claro qué se entiende por patrimonio público y, por ese mismo camino, debemos mirar qué se entiende por patrimonio común, pues estos términos son citados tanto en la Constitución como en algunas leyes, tal vez sin reparar de manera alguna en su alcance. De cualquier forma debemos ponernos de acuerdo en que no puede entenderse que son sinónimos los términos propiedad y patrimonio. El Constituyente no fue exigente con el lenguaje al tratar estos temas y es trabajo de la doctrina y la jurisprudencia ubicar en su punto el espíritu de la norma, sobre la base de la falta de claridad.

Digamos, entonces, que la concepción tradicional de propiedad que los romanos consideraban como el derecho más completo, pues abarcaba el *usus*, el *fructus* y el *abusus* (facultad de disposición), casi nada tiene que ver con la propiedad pública, salvo algunas excepciones que encontramos en los llamados bienes fiscales propiamente dichos. Quiero decir que aunque el Estado sea titular de un parque natural, o lo sea de un recurso natural, no puede disponer de estos. Son bienes inalienables. Están fuera del comercio. Para explicar esta relación del

Estado con dichos bienes se ha acudido a la figura del dominio eminente entendido

como un poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, el cual se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades de la comunidad lo requieran, aun cuando aquel esté sometido a propiedad privada.²

Pero el mismo autor, al contrario de la mayoría de los tratadistas de derecho público, reconoce que esa figura del dominio eminente no puede confundirse con propiedad:

De manera que no es un derecho de propiedad, sino una potestad que coexiste con aquel derecho. El poder o dominio no hace parte del patrimonio del Estado desde el punto de vista económico tradicional, pero es evidente que influye indirectamente en ese patrimonio, pues en mayor o menor medida es el fundamento de la riqueza estatal.³

PROPIEDAD Y PATRIMONIO

Dice el Código Civil Colombiano en su artículo 669 que el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. Desde los romanos se ha venido diciendo que el derecho de propiedad es pleno y perpetuo, ilimitado y absoluto, para señalar que es el derecho real más completo. La doctrina moderna se ha encargado de colocar este derecho en su justo puesto hasta el punto de que en la actualidad todos aceptan el carácter no perpetuo, ni pleno, ni ilimitado, ni absoluto de la propiedad. A pesar de lo dicho sigue siendo cierto que el derecho de propiedad, como derecho real, es el único del cual se pueden predicar los atributos del *jus utendi*, *fruendi* y *abutendi* reunidos, entendiendo por este último la facultad que tiene el dueño de disponer de la cosa. De enajenarla. En realidad, es esta característica la que viene a distinguir las posibilidades del propietario de las que tiene un mero tenedor o de las que tiene otro titular de derechos reales, como un usufructuario, por ejemplo, pues éstos no pueden disponer de la cosa.

Hacemos el anterior comentario por cuanto estamos plenamente de acuerdo con quienes señalan que las cosas públicas no pueden ser objeto de propiedad. Comentando este punto dice Michel Villey:

2 Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General*. Ed. Temis. 1985. p. 156.

3 Rodríguez, Libardo. *Ob. cit.* p. 156.

No hay nada que difiera más del concepto moderno de propiedad que la *proprietas* romana... En la acepción más amplia, *proprietas* es la cualidad que tiene una cosa de pertenecer a alguien de manera privada, como la *salubritas* de una tierra es su capacidad de ser sana, su *bonitas* lo que ella tiene de bueno. La palabra *proprietas* denota la cualidad que tiene de ser propio de algún ciudadano en particular. De esta manera vemos que la propiedad para los romanos no es el atributo de una persona sino que se dice respecto de una cosa. Evidentemente las cosas públicas no son propiedades. Ellas no presentan la cualidad que tienen las otras cosas, la *proprietas*.⁴

Por eso es que a los tratadistas de derecho público les da dificultad explicar algunas formas de relación del Estado con ciertas cosas, por lo cual se rebuscan teorías como la denominada dominio eminente, lo que no es más que un rebusque conceptual. El dominio eminente puede ser una manifestación del poder del Estado, de la soberanía en los términos que ya mencionamos, pero para qué hablar de propiedad, de dominio. Me parece que, en términos generales, la categoría de propiedad pública debe dejarse a un lado para todos los bienes que son inenajenables, pues la cualidad de la enajenabilidad es inherente a la propiedad. En la Constitución anterior se prohibía la existencia de bienes inenajenables, pero esta expresión se suprimió en la actual y, por el contrario, se señalaron varios bienes como inenajenables.

El concepto PATRIMONIO puede servirnos más acertadamente para referirnos a los bienes que venimos mencionando como inenajenables y pertenecientes al Estado. Se ha entendido por patrimonio "todos los derechos patrimoniales de que es titular una persona —derechos reales, de crédito, inmateriales y hereditarios— se consideran como si formaran un todo, es decir, una universalidad jurídica que recibe el nombre de patrimonio".⁵

Titulares de un patrimonio pueden ser no sólo las personas naturales sino también las personas jurídicas, por ende las entidades de derecho público y por ello el Estado. Tradicionalmente se han planteado dos teorías sobre el patrimonio que son la subjetiva y la objetiva o moderna. Actualmente tenemos que agregar otra que es la del patrimonio común.

Barrieri parte de la distinción de tres significados tradicionales del concepto de patrimonio acuñados por diferentes doctrinas: la *subjetiva* que remite esta noción a la idea de personalidad. La *objetiva* que ve en

4 Villey, Michel. *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*. Ediciones Ghersi. 1980. p. 106.

5 Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo II. Derechos reales. Editorial Temis. 1983. p. 31.

el patrimonio una masa de bienes afectados a un fin y la teoría del *patrimonio común* para la que el patrimonio es el conjunto de bienes afectados a una comunidad humana. Al concepto de patrimonio común se asocia la idea de transmisión, el objetivo de conservar los bienes y la consideración de su administración como gerencia y no como propiedad. La originalidad de esta teoría reside, según Barrieri, en que toma en cuenta la noción de grupo humano natural (familia, pueblo, país, mundo, humanidad). Y, en segundo lugar, destaca su independencia de las concepciones subjetivas y objetivas del patrimonio, ya que ésta coloca en primer plano la idea de transmisión, de manera que las generaciones son mera y sucesivamente usufructuarias. Para Kiss, el concepto de patrimonio común de la humanidad de los bienes ambientales podría asimilarse a un *trust* o mandato ejercido en interés de las generaciones presentes y futuras, de forma que los Estados se convierten en depositarios de valores comunes a la humanidad, agentes ejecutores.⁶

Así las cosas, tendríamos al Estado como titular de una patrimonio compuesto, como universalidad jurídica, de varios elementos distintos, así: propiedad sobre los llamados bienes fiscales propiamente dichos, aquellos que sí podría enajenar, como serían los vehículos, lotes de terreno, edificios, etc. Los bienes fiscales adjudicables, que si bien no los puede vender sí los puede adjudicar, me refiero a los baldíos. Y de bienes patrimoniales —mas no propiedad—, en todos los demás bienes de que es titular el Estado, en los términos que hemos expresado, y que hacen parte del patrimonio común del Estado Nación. Estarían allí todos los bienes que por la Constitución o por las leyes son inenajenables pero que pertenecen al Estado o a otra entidad territorial de derecho público, *verbi gracia*:

Los bienes de uso público como los puentes, las calles, etc. (art. 63 C.N.).

Las minas o recursos naturales no renovables (art. 332 C.N.).

Los bienes ambientales a que se refiere el decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales y del Medio Ambiente (arts. 3 y 42).

Los bienes que hacen parte del patrimonio arqueológico de la Nación (arts. 63 y 72 de la C.N.).

Los bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación (art. 72 C.N.). El espacio público (art. 82 C.N.).

El espacio aéreo (art. 82 C.N.).

El mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la

zona económica exclusiva, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético (art. 101 C.N.).

OTROS BIENES DEL PATRIMONIO COMÚN DEL ESTADO O DEL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

La lista que traíamos de bienes públicos o del patrimonio común del Estado la podríamos engrosar con otros bienes cuya naturaleza puede confundirse con la del patrimonio común de la humanidad. Mencionamos los siguientes:

Los parques naturales (art. 63 C.N.)

Los recursos genéticos, la biodiversidad o diversidad biótica (arts. 81 C.N., 21 C.N. y 2 de la ley 99 de 1993).

El paisaje (art. 79 C.N. y 8 de la ley 99 de 1993).

Otra vez el segmento de la órbita geostacionaria.

Al hablar de estos bienes tenemos que poner de presente el interés de algunos países y de varias conferencias internacionales sobre el tema, en señalar los recursos genéticos, los parques naturales y la órbita geostacionaria como parte del patrimonio común de la humanidad.

Finalmente debemos considerar otros bienes que sí son patrimonio común de la humanidad, tal como lo es el alta mar. Ese espacio oceánico que está más allá de las zonas de control de los estados. Más allá de la plataforma marina y de la zona económica exclusiva (200 millas). El espacio aéreo al llegar al punto en que se considera ultraterrestre, en donde se vuelve de libre exploración y utilización, no susceptible de adquirir por ocupación en los términos del derecho internacional. Como también la luna y los demás cuerpos celestes.

Hechas las anteriores consideraciones en torno al alcance de los términos propiedad y patrimonio en relación con los bienes públicos, pasemos a hablar de algunos aspectos relacionados con el tema de la propiedad tal como fueron concebidos y desarrollados por los constituyentes. De paso iremos anotando las críticas que consideramos apropiadas a cada aspecto.

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Consultadas las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se puede apreciar cómo algunos de sus miembros fueron conscientes de las críticas que a través de los años se han hecho a la expresión: "La propiedad es una función social" consagrada desde la reforma constitucional del 36, con base en la clari-

dad conceptual que se tiene en el sentido de que la propiedad es un derecho, no una función, aunque como derecho tiene una función social que cumplir. Los tratadistas, unos con más fuerza que otros, han reconocido el error de la redacción en la enmienda constitucional. Duguit habló del propietario como un funcionario pero esa no fue la idea de quienes reformaron la Constitución en el 36. Por eso nos extrañó que los constituyentes volvieran a repetir la redacción tan criticada. La verdad es que algunos constituyentes advirtieron el error.

En el informe de la minoría —que había sido derrotada por 19 votos contra 7—, se lee:

Concebir la propiedad como una función social, según lo establece la Constitución actual y se recoge en la ponencia aprobada por la mayoría de las dos comisiones conduce a hacer una formulación que no solo desconoce la esencia de la propiedad sino que también incurre en grave contradicción lógico-jurídica. En efecto, si se garantiza la propiedad a título de derecho, según se hace en el inciso primero del artículo primero, esto es, como una facultad que se desprende naturalmente de la condición humana para usar, disfrutar y disponer de los bienes que tienen la virtualidad de dar satisfacción a las propias necesidades, no puede simultáneamente asignársele en la misma norma el carácter de una función, pues esta no es otra cosa que una actividad de obligatorio cumplimiento ejercida para el logro de fines que no son propios.

La propiedad, como todo derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, ha de ejercerse conforme a un elevado y positivo sentido de la responsabilidad social. Es por ello importante y, aun, necesario establecer expresamente que “impone”, “implica”, o “tiene” implícitas obligaciones para con la sociedad (fórmula esta acogida, entre otros, por el ilustre expresidente liberal y connotado constitucionalista, Dr. Alfonso López Michelsen); pero no se ve justificable en sí misma como una función, pues con ello no queda resuelto ningún problema y, antes bien, se mantiene vigente una ostensible incongruencia.⁷

De tal manera que en la votación se impuso la redacción que quedó consagrada en el actual artículo 58, a pesar de los comentarios en contra.

FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

Tal como quedo el texto del artículo 58 en este aspecto: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función

7 *Actas de la Asamblea Nacional Constituyente*. Publicadas por la Consejería para el Desarrollo de la Constitución.

ecológica”, es equívoco. ¿A quién le es inherente la función ecológica, a la propiedad o a la función social? Esta ambigüedad también la previeron algunos miembros de la constituyente. En las actas de la Comisión Quinta se lee sobre este punto:

Por otra parte, con la formulación hecha en el inciso 2 del mismo artículo se agrega una nueva y flagrante contradicción al texto de la Constitución Nacional. Porque resulta ilógico, por decir lo menos, que a la función en que, según se dice, consiste la propiedad le sea inherente adicionalmente una función ecológica.⁸

La redacción de la norma pudo hacerse de manera más clara, aunque somos conscientes de los apuros que los constituyentes tuvieron con el factor tiempo.

ECOLOGÍA Y AMBIENTE

La Constitución utiliza indistintamente los términos ecología y ambiente. Haciendo una lectura de los artículos de la Constitución que se refieren a este tema, encontramos cómo en los artículos 49, 66, 67, 79, 80, 88, 95, 277, 289, 300, 310, 317, 331, 333, 334, 339, 361 y 366 se habla de ambiente y en los artículos 58, 79, 215, 226, 302, 313 y 340 de ecología.

Se ha dicho que ecología es un concepto de carácter biológico, en el que se comprenden las estructuras y funciones de la naturaleza. De los organismos y grupos de organismos que se encuentran en ella y su interacción y relación con el ambiente.

Una concepción “ecologista” del ambiente nos muestra este como el medio físico que tiene relación con un conjunto dado de organismos. Pero el ambiente no solamente está relacionado con la ecología. Su concepción es más amplia. Modernamente se considera el ambiente como un sistema holístico. Interrelacionado con variables no solo físico-bióticas, sino también sociales, económicas, culturales, antropológicas. Sunkel, citado por Carrizosa Umaña, define el ambiente como “el entorno bio-físico que conforma la sociedad humana”.⁹ Esta definición, en opinión de la doctora Rosángela Calle, experta en derecho ambiental,

interrelaciona la concepción bio-física con la antrópica, porque el hombre al construir artificialmente sus “ambientes” para vivir, recrear-

8 *Actas de...*

9 Carrizosa Umaña, Julio. *La política ambiental colombiana*. Ed. Fescol- Cerec. Bogotá 1992. p. 58.

se, trabajar, etc., se integra positiva o negativamente con los elementos físico-bióticos. Por esta razón no puede entenderse el ambiente sólo en el contexto físico-biótico.¹⁰

Desde este punto de vista la Constitución debió haber dicho que la propiedad tiene una función ambiental más bien que función ecológica. Y, entendidas así las cosas, podríamos decir que, de conformidad con el artículo 80 de la Constitución, cuando prescribe que "El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución", la propiedad debe, cualquiera sea su forma de explotación, ubicarse dentro de los parámetros del denominado desarrollo sostenible, que según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza

es un proceso de mejoría económica y social que satisface las necesidades y valores de todos los grupos interesados manteniendo las opciones futuras y conservando los recursos naturales y la diversidad. Es un concepto complejo que incorpora los siguientes principios:

Sostenibilidad ecológica: que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de los procesos ecológicos, la diversidad biológica y los recursos biológicos.

Sostenibilidad social: exige que el desarrollo aumente el control que la gente tiene sobre sus vidas. Que se aumente y fortalezca la identidad comunitaria.

Sostenibilidad cultural: que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos.

Sostenibilidad económica: que el desarrollo sea económicamente eficiente y equitativo dentro y entre generaciones.¹¹

En la declaración de Estocolmo, en 1972, se dijo: "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y adecuadas condiciones de vida en un medio ambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar".

La Corte Constitucional, en sentencia reciente, se pronunció así:

Y es que como se observa tanto en la Declaración de Estocolmo como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se hace relación directa del medio ambiente con el derecho a la vida y a la integridad personal, al bienestar y a la salud física y mental por lo que nadie puede gozar de perfecta salud si hay factores exóge-

10 Calle, Rosángela. Conferencia sin publicar.

11 Carrizosa Umaña, Julio. *Ob. cit.* p. 60.

nos contaminantes que invaden el ambiente y tornan la naturaleza hostil frente a la presencia humana...¹²

Por todo lo anterior volvemos al punto de partida: es el ambiente en toda su concepción sistémica el que debe interesarnos cuando hablamos de propiedad y no sólo la ecología. Si desde la década del 30 tenemos claro lo que se entiende por función social de la propiedad, ahora que iniciamos una nueva etapa en nuestra vida constitucional, debemos empezar a clarificar qué fue lo que quiso decir el constituyente con esa expresión *función ecológica de la propiedad*, aunque la redacción de la norma sea equívoca. La norma reformativa del 36 también lo fue. Dentro de este orden de ideas propugnamos porque el Estado, de conformidad con el mandato constitucional, sólo proteja la propiedad, cualquiera que sea la manifestación de los atributos de ésta: el jus utendi, fruendi o abutendi, cuando dicha manifestación esté conforme con el ambiente del hombre en los términos señalados. De lo contrario no habrá protección estatal al propietario como tampoco la debe haber cuando se infrinja la función social de la propiedad por éste.

LA PROPIEDAD COLECTIVA ¿NUEVA FORMA DE PROPIEDAD?

Cerca de un millón de negros del Pacífico y cerca de medio millón de indígenas ubicados en los departamentos de Antioquia, Cauca, Choco, Nariño y Valle del Cauca vienen pidiendo desde tiempos lejanos su reconocimiento como etnias, es decir como "pueblos distintos por su forma de manejar la tierra, de gobernarse, de hablar, de adorar sus dioses y en ocasiones hasta de apariencia física".¹³ Este reconocimiento, en parte, lo habían logrado los indígenas, como se hizo, por ejemplo, en el actual Código de Minas, decreto 2655 de 1988, pero nunca se había hecho con los negros. La verdad es que tanto los indígenas como los negros han mantenido, a través de los tiempos, una vinculación con la tierra ajena a los criterios de la propiedad privada. La relación de dominio conocida por nosotros no tiene que ver nada con ellos. Reclaman estas minorías respeto a sus formas colectivas de uso de la tierra. Por ello y por haber tenido representación en la Constituyente los Indígenas (no la tuvieron los negros), se logró obtener por primera vez un reconocimiento constitucional de la diversidad étnica con todo lo que ello conlleva y, se logró, además, que se aceptara en la Constitución la modalidad de propiedad colectiva, con las características señaladas en los artículos 63 y 329 de ser inalienable, imprescriptible e inembargable.

12 Sentencia Corte Constitucional.

13 Arocha, Jaime. Magazine Dominical *El Espectador*. No. 329. Julio 30 de 1989.

La idea de consagrar la propiedad colectiva a nivel normativo no es nueva entre nosotros. En la ley 89 de 1890 ("Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada") ya se hablaba de proteger los resguardos como forma colectiva de propiedad de los indígenas. En el artículo séptimo de dicha ley se lee, como función de los cabildos: "7. Impedir que ningún indígena venda, arriende o hipoteque porción alguna del resguardo aunque sea a pretexto de vender las mejoras que siempre se considerarán accesorias a dichos terrenos". Sobre esta ley dijo el investigador Raúl Arango Ochoa:

De allí que sea necesario considerar esta ley en un sentido más amplio que la normatividad que establece, es decir, como una coyuntura que sirvió y sigue sirviendo a los indígenas en sus reivindicaciones en la medida que consagró la propiedad colectiva de la tierra, la imprescriptibilidad en el dominio de la misma, la imposibilidad de gravarla, su inalienabilidad; además, estableció las normas que rigen para el gobierno de los cabildos, verdaderos núcleos de poder local, dándoles el carácter de entes jurídicos de carácter especial...¹⁴

En el decreto 561 de 1989 por el cual se reglamentó el régimen jurídico de las empresas comunitarias que había creado la ley 135 de 1961, como forma colectiva de explotación de predios agrarios por campesinos pobres, se habló nuevamente del reconocimiento a la comunidad indígena y a su propiedad colectiva. Igual cosa hizo la ley 30 de 1988 al autorizar la adjudicación colectiva de tierras a las empresas comunitarias. En igual sentido se pronunció el decreto 1934 de 1992, que reglamentó la adquisición y titulación de tierras para los reinsertados que hacían parte de organizaciones rebeldes.

Como puede verse, la idea de proteger la propiedad en forma comunitaria o colectiva sacándola del comercio, no es nueva en nuestra legislación, mas sí es novedosa su consagración a nivel constitucional, pues con el artículo 93 de la nueva Constitución queda abierta la puerta para que la ley señale otras formas de propiedad como inembargables, inalienables e imprescriptibles. La Constitución anterior tenía una idea totalmente opuesta, cuando señalaba en el artículo 37 que no habrá en Colombia bienes que no sean enajenables. Esa prohibición se suprimió por el Constituyente. Pero esta protección es fundamental para los negros y los indígenas pues tanto estos como los negros del Pacífico y las comunidades negras en general han acumulado

un acervo de conocimientos y de tecnologías para el uso, la defensa y el aprovechamiento del medio que, en gran medida, se ajustan a las

14 Arango Ochoa, Raúl. *Derechos territoriales, indígenas y ecología*. Varios autores. Cerec. p. 233.

condiciones de fragilidad de los espacios que constituyen su medio de vida. Estos conocimientos y tecnologías que, en buena medida, comparten las comunidades negras con las comunidades indígenas, representan una alternativa real aprovechable por el Estado para reforzar la definición y ejecución de una clara política de defensa de los recursos naturales renovables en tales áreas...¹⁵

Desde los albores mismos del descubrimiento, la Corona quiso que se respetara a las tribus indígenas la posesión de las tierras que cultivaban. En la legislación de Indias se consideraba a los indígenas dentro del marco de su grupo y, aunque en las adjudicaciones de tierra que hizo la Corona figuraba el nombre del cacique, se entendía que este adquiriría no para él sino en nombre y representación de su grupo de indígenas, de su tribu o de su clan. Al respecto dice el historiador Guillermo Hernández Rodríguez:

Por regla general las autoridades españolas interpretaban con carácter de derecho colectivo sobre la tierra las adjudicaciones que por cualquier causa se hubiesen hecho a los caciques. Así sucedió, por ejemplo, con las tierras del resguardo de Caqueona, en el macizo central colombiano de los Andes. En 1638 había obtenido el cacique, Sebastian Inca de Salazar, un documento de amparo a la posesión sobre esas tierras. La nieta del cacique se casó con Marcel Verdugo quien a nombre de su esposa promovió pleito alegando que las tierras eran herencia de su mujer. En 1765 fue fallado este negocio en última instancia por la Audiencia Real de Quito, entidad que revocó la decisión de primera instancia desfavorable al resguardo y ordenó la devolución de la tierra a los indios.¹⁶

Esa era la esencia del resguardo: la comunidad propietaria de una extensión de tierra, en forma colectiva, aunque los títulos figuraran a nombre del cacique. Por supuesto que esta institución o forma de propiedad comunitaria es ajena a la tradición del derecho romano, lo que explica que la figura del resguardo hubiera sobrevivido en la Colonia pero no en la República. La revolución de la independencia movida por ese ánimo libertario, individualista, encarnado en personas como Bolívar y Nariño, respiraba los aires de la Revolución Francesa. Ello explica que Bolívar dicte medidas aparentemente en favor de las comunidades indígenas pero que en el fondo conducían a su aniquilamiento. En famoso decreto de 5 de julio de 1820, Bolívar ordena "se devolverán a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban los resguardos, según sus

15 Sánchez Enrique, Roldán Roque y María Fernanda Sánchez. *Derechos e identidad*. Disloque Editores. 1993. p. 257.

16 Hernández Rodríguez, Guillermo. *De los chibchas a la colonia y a la república*. Colección Biblioteca Básica Colombiana.

títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerla los actuales tenedores". Pero a renglón seguido se dispone, en el mismo decreto, la división del resguardo entre las familias que componen la comunidad.

Bolívar ha conocido el desarrollo de la Revolución Francesa, sabe que las grandes propiedades feudales de Francia fueron divididas en parcelas y entregadas a los campesinos para desarrollar en el campo una clase próspera y múltiple que estuviera en condiciones económicas de absorber como mercado los productos de las industrias nacientes. El ejemplo es fresco. El Libertador lo aprendió en su estada en París. Lo oyó comentar por Simón Rodríguez y supo aplicarlo a los países que surgían a la vida al golpe de sus manos modeladoras.¹⁷

En cuanto a los negros la novedad es mayor. Ni siquiera tuvieron representación en la Constituyente. Acertó ésta con el reconocimiento de la diversidad étnica y, en particular, con la protección expresa a nivel constitucional de la propiedad colectiva, pues la enajenación de los resguardos o de la propiedad comunitaria o colectiva conlleva la pérdida de la identidad cultural. Precipita la desintegración de la comunidad. De otra parte, este pronunciamiento constitucional coloca a Colombia a tono con los desarrollos actuales en el derecho internacional sobre minorías étnicas. A pesar de este paso adelante, considero que la Constitución debió prever la posibilidad de que el Cabildo pudiera señalar, por excepción, y en circunstancias particulares, la posibilidad de enajenar algunos predios. O permitir una reglamentación de esta posibilidad por la ley. Lo contrario conduce a maniatar indebidamente a la comunidad y suprimir el jus abutendi (derecho de disposición) inherente a toda propiedad y, de alguna manera, considerar a los grupos étnicos como "incapaces". Piénsese, a modo de ejemplo, en una comunidad indígena que desaparece casi en su totalidad, razón por la cual se hace aconsejable enajenar el resguardo para cambiar de sitio o porque la comunidad no requiere de toda la tierra. Como está la norma no podría hacerse nada. Lo que no ocurre con la propiedad de las comunidades negras, pues en el artículo 55 transitorio se ordenó que por el Congreso se dictara una ley que les reconociera la propiedad colectiva a las comunidades que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. Repárese cómo la Constitución autoriza al legislador para que señale de qué manera se puede enajenar la propiedad colectiva de las comunidades negras, lo que no hizo con respecto a los indígenas, pues con estos de una vez prohibió su enajenación. En desarrollo del mandato constitucional se dictó la ley 70 de agosto 27 de 1993 y en el artículo 7 se lee: "En cada comunidad, la parte de la tierra de la comuni-

17 Hernández Rodríguez, Guillermo. *Ob. cit.* p. 300.

dad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable. Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento, pero el ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas".

LA PROPIEDAD SOLIDARIA

Dice un inciso del artículo 58 de la Constitución que el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. En el artículo 60 se lee: Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. El artículo 64 agrega: Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa. El artículo 333: La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Como puede observarse, tuvo la Asamblea Nacional Constituyente una gran preocupación por las formas de economía solidarias y asociativas. Se respalda esa forma de propiedad solidaria y asociativa que, como ya lo anotamos, no es nueva en nuestro sistema legislativo mas sí en el ordenamiento constitucional. Estamos nuevamente hablando de formas de propiedad colectiva, con un régimen distinto al de la comunidad o de la copropiedad. Sobre ellas dijo la Corte Constitucional: "El artículo 58 de la Constitución garantiza la propiedad privada, es decir, la que actúa en función del lucro monetario directo" (informe de ponencia sobre la propiedad, *Gaceta Constitucional*. No. 46. p. 26). El mismo artículo extiende la tutela constitucional a las formas asociativas y solidarias de propiedad, en las cuales el beneficio para los asociados y miembros de la empresa colectiva no se materializa mediante la distribución de utilidades "sino en el mejoramiento directo de su calidad de vida, bien sea por el uso que hacen de los bienes y servicios, o por la oportunidad de empleo que les ofrece su esfuerzo solidario" (Ibíd p. 26).¹⁸

18 Sentencia Corte Constitucional. No. C-006 enero 18 de 1993. *Gaceta constitucional*. Tomo I. 1993.

Y de qué manera van a proliferar las formas asociativas y solidarias con el auge de la privatización y con este neoliberalismo deshumanizado que nos viene tocando. Ya veremos al Estado "ayudando" a la asociación de basureros, a la de abogados desempleados, a la de jubilados sin pensión, a la asociación de viudas de la policía, a la asociación de madres de desaparecidos, a la asociación de empleados públicos cesantes, etc. Al respecto dice Gilberto Vásquez Ramírez:

El hacendista Esteban Jaramillo decía que con el producto de la lotería el Estado hacía asilos para los pobres después de hacer pobres para los asilos. Parodiándole se puede decir que, con el Neoliberalismo el Estado ofrece una economía solidaria para marginados, después de producir marginados para la economía solidaria. Y a semejanza de las loterías, que no todos ganan, en la economía solidaria tampoco todos encuentran empleo. O, mejor dicho, llegará a ser como una lotería conseguir empleo así sea en la economía solidaria.¹⁹

Sobre esta forma de propiedad dice el Dr. Jesús Vallejo Mejía:

En términos más generales, puede considerarse que las referencias que la Constitución hace respecto de las formas asociativas y solidarias de propiedad implican que estas pueden no participar de los atributos tradicionalmente vinculados a la noción de propiedad privada, v.gr., la titularidad del dominio, que podría no radicar en cabeza de sujetos jurídicos convencionales (individuos, sociedades, cooperativas, asociaciones o fundaciones) sino en comunidades territoriales, acciones comunales, etc.; el régimen jurídico podría excluir o limitar el uso y el beneficio individuales de los bienes, así como el derecho de disposición, y así sucesivamente... Puede considerarse que las tierras comunales de grupos étnicos y las de resguardo pertenecen a esta categoría.²⁰

Podríamos decir, en consecuencia, y para terminar, que la propiedad colectiva tiene dos variantes: una es la propiedad comunitaria de los resguardos y de los negros, expresamente denominada propiedad colectiva en los artículos 329 y 55 transitorio de la Constitución y la propiedad solidaria llamada así por la Constitución en el artículo 58, lo mismo que la propiedad que por normas distintas a la Constitución se venía dando con el carácter de colectiva, en las normas de derecho agrario o ahora con los grupos de reinsertados, también formas de propiedad solidaria.

19 Vásquez Ramírez, Gilberto. *El neoliberalismo en la Constitución colombiana*. Tesis de grado Laureada. Unaula. p. 77.

20 Vallejo Mejía, Jesús. "Apuntes sobre el régimen de la propiedad y la iniciativa privada en la Constitución del 91". *Revista ANDI*. Medellín. Septiembre-octubre de 1991. p. 51 y ss.