

Rojas Cortes, M. J. (2007). Función ecológica de la propiedad en Colombia: de la imprecisión conceptual a la construcción de un nuevo derecho de propiedad (Monografía de grado para optar por título de Abogada). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, Bogotá D.C.

**FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD EN COLOMBIA:
DE LA IMPRECISIÓN CONCEPTUAL A LA CONSTRUCCIÓN DE UN
NUEVO DERECHO DE PROPIEDAD**

Monografía de Grado para optar por título de Abogada.

Presentada por: María Juliana Rojas Cortes

Profesor responsable: Daniel Bonilla Maldonado

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
JUNIO DE 2007

INTRODUCCIÓN

Función ecológica de la propiedad en Colombia: ¿Lindas casas con jardín?

El ejercicio del derecho de propiedad¹, tradicionalmente, se ha considerado como la manifestación más evidente de la libertad del hombre². La forma como el dueño usa el bien, si obtiene frutos del mismo, y si resuelve venderlo o cederlo, son decisiones autónomas del propietario en las que, en principio, no tienen ninguna injerencia los terceros y tampoco el Estado. Así las cosas, la libertad manifiesta en el derecho de propiedad podría llevarse a extremos: el propietario puede decidir ampliar su casa hasta encontrar la calle o bien puede construirla de tantos pisos como lo desee. También, si lo considera pertinente, puede talar los árboles necesarios para adecuar su predio, o si se trata de un predio rural, su dueño puede mantenerlo sin cultivar por un tiempo indefinido.

Los escenarios descritos, si bien pueden parecer extremos, no son ajenos a la realidad actual. Ya se han convertido en circunstancias comunes, particularmente en las ciudades en proceso de crecimiento en Colombia. Se pueden mencionar dos ejemplos relevantes: la construcción de viviendas en los Cerros Orientales de Bogotá,³ a pesar de ser reserva

¹ En este texto se hace referencia al derecho de propiedad privada específicamente. Si bien en la legislación civil y las disposiciones constitucionales no se diferencia el tipo de propiedad, en este texto se analiza el derecho de propiedad teniendo en cuenta las afirmaciones de Jeremy Waldron. De acuerdo con este autor, la definición de la propiedad privada ha sido un tema que han buscado esquivar varios teóricos e incluso han llegado a afirmar que no es posible definirla. Al respecto afirma Waldron: “En un sistema de propiedad privada, las reglas que gobiernan el acceso y el control de los recursos materiales están organizadas alrededor de la idea de que los recursos son en últimas objetos separados cada uno asignado y por ende le pertenece a algún particular”. (WALDRON, Jeremy. *Rights of private property*. Oxford U.S.: Clarendon Paperbacks”, 1988, p.26) Por tanto, se entiende el derecho de propiedad privada como el derecho que le corresponde a un individuo de manera particular dado un criterio de asignación de recursos que identifica a cada bien con un dueño.

² Cfr. PROHUDON, J.P. *¿Qué es la propiedad?: Investigaciones acerca del principio del derecho y del Gobierno*, Barcelona: Editorial Bauza, Biblioteca Helios, 1900

y MONTES L., Vicente. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo: un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978*. Madrid: Civitas, 1980

³ Se hace referencia al problema de la construcción del conjunto “Floresta de la Sabana” en zona de reserva en los Cerros Orientales. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en septiembre 29 de 2006 ordenó la expropiación de los predios construidos después de 1977. Sin embargo, esta decisión fue apelada y ha sido el centro de numerosos debates acerca de los derechos adquiridos y el derecho colectivo al medio ambiente. En: “Primer seminario sobre urbanismo, medio ambiente y seguridad jurídica para construir ciudad”, organizado por la Personería, Foros Semana, la Asociación Nacional e Internacional de Investigación y Desarrollo Inmobiliario (Andid) y el Instituto de Seguridad Jurídica Gubernamental (ISP).

forestal nacional, y la apropiación por parte de particulares de las Islas del Rosario⁴. En cada caso subyace un choque entre el ejercicio del derecho de propiedad y los intereses colectivos, como son la protección del medio ambiente y el interés general.

A partir de la preocupación personal por la ocupación desmesurada de los Cerros de Suba en Bogotá, con numerosas viviendas construidas con el propósito de obtener un alto rendimiento comercial, surge la idea de indagar sobre los actos permitidos al propietario y los límites constitucionales o legales vigentes al uso del suelo, teniendo en cuenta un nuevo elemento: la protección del medio ambiente como obligación imperativa para el Estado y los ciudadanos, tema que ha cobrado relevancia en los últimos años, cuando ya las consecuencias de las acciones imprudentes del pasado se están haciendo evidentes paulatinamente⁵. Sin embargo, es del caso aclarar que la preocupación por la cuestión ambiental no pretende ser un discurso fervoroso e infundado que busque legitimar la limitación del derecho de propiedad a cualquier precio.

El Artículo 58 de la Constitución Política, al establecer que la propiedad es una función ecológica, proporciona una fórmula en la que aparentemente se conjugan el derecho de propiedad y la protección del medio ambiente. Al amparo de esta disposición constitucional no habría lugar a casos en los que se enfrenten el derecho de propiedad y la protección del medio ambiente, sin embargo, las circunstancias de consagración de la función ecológica y su incipiente desarrollo posterior, explican por qué sucede lo contrario.

⁴ Desde el año 2003 se han planteado acuerdos de expropiación con los propietarios ilegales del Archipiélago del Rosario y San Bernardo. En Agosto del 2006 se adelantó un proceso de desalojo de una de las islas conocida como La Cocotera. El Incodetomará posesión de los predios desalojados en las Islas del Rosario, 31 de Agosto de 2006. [Noticia]. [consultado el: 26 de abril de 2007] Disponible en <<http://www.caracd.comco/noticias/327056.asp?id=327056>>

⁵ Fenómenos como el cambio climático producido por el calentamiento global demuestran la incidencia de las acciones del hombre en el medio ambiente. Este fenómeno se produce como consecuencia del efecto invernadero, pero de carácter inducido. Es decir, “ el efecto invernadero es un efecto natural, pero debido al incremento de las actividades humanas que emiten gases de efecto invernadero como combustión de combustibles fósiles, cambios en el uso de la tierra, actividades industriales y actividades ganaderas y agrícolas, se han aumentado las concentraciones de estos gases en la atmósfera, los cuales crean una capa que impide que la energía del sol reflejada por la tierra salga a la atmósfera, lo cual resulta en el aumento de temperatura (...)”. En ESMEERAL, Roberto. Cambio Climático en Colombia. En: [Ayuda de Memoria para el Señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Enero 22 de 2007]

La inclusión de la función ecológica dentro del texto de la Constitución correspondió a un ejercicio de votación por mayoría dentro de la Asamblea Constituyente en 1991⁶, sin que mediara un debate específico acerca del contenido de dicha función. Sin embargo, se revivió la discusión presentada años antes, acerca de las implicaciones que tendría considerar que un derecho, además, era una función. Resultaba un contrasentido, considerar que un derecho implicara obligaciones concretas para su titular.

La discusión en estos términos, no es superable al cambiar dos inflexiones, una del verbo *ser* y otra del *tener*, al hablar de si la propiedad “es” o, “tiene” una función; en últimas están en juego dos concepciones acerca del derecho de propiedad. Por un lado, aquella posición que entiende la propiedad como un derecho subjetivo absoluto cuyos únicos límites son los derechos de los terceros y la ley. Por otro lado, la concepción del derecho de propiedad como un derecho subjetivo complejo, cuyo ejercicio está determinado por los límites que le impone al titular el cumplimiento de funciones específicas para alcanzar objetivos comunes para la sociedad.

Cada una de estas posiciones encuentra su sustento en dos teorías diferentes: la concepción romanista-liberal o individualista y la concepción socialista. La primera de ellas se origina en el derecho romano y se desarrolla a partir del siglo XIX al amparo de las teorías liberales francesas. Por su parte, la concepción socialista surge de la mano de León Diguít⁷ a principios del siglo XX. Esta segunda teoría entiende que el derecho de propiedad ha cambiado para tutelar también derechos colectivos y tiene, por tanto, una función que cumplir frente al resto de la sociedad⁸.

En esta medida el ejercicio arbitrario del derecho de propiedad es incompatible con la concepción socialista; y la existencia de límites inherentes a este mismo derecho no tiene sentido bajo una perspectiva individualista. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano coexisten y se aplican dos instrumentos legales que contienen las

⁶ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Artículo 58: sesiones de las comisiones Asamblea Constituyente.

⁷ DIGUIT León. La transformación del derecho público y privado en FF Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L. 1975 (Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada).

⁸ Nueva posición del hombre dentro de la sociedad. Bajo la perspectiva de Diguít el hombre ya no ocupa una posición independiente y absolutamente libre; por el contrario, se encuentra en una posición funcional, ya no es fin sino medio.

dos concepciones mencionadas acerca del derecho de propiedad. La Constitución de 1991 entiende que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y, por el contrario, está sujeto al cumplimiento de la función social y la función ecológica. Por su parte, el Código Civil en su Art. 669 dispuso que el ejercicio de propiedad sólo esté sujeto a los límites impuestos por la ley y los derechos de los terceros. Vale la pena entonces cuestionarse acerca de la tensión existente entre ambos instrumentos legales e identificar el eje que ha marcado sus diferencias.

En la primera parte de este texto se analiza la concepción individualista y la socialista de la propiedad, teniendo en cuenta las características que cada una de ellas asocia con el derecho de propiedad y las atribuciones que le reconocen al propietario. Por este camino, se hace evidente la transformación del derecho de propiedad, en la medida en que el ejercicio absoluto y arbitrario del derecho ha quedado a un lado para dar paso a un nuevo derecho de propiedad determinado por la función social y la función ecológica.

El proceso de transformación del derecho de propiedad está marcado por un cambio sustancial del panorama del propietario: ya no puede hacer uso de su derecho tanto como lo permita la razón del derecho⁹, ahora sólo le serán protegidos aquellos actos que busquen obtener la mayor utilidad posible del bien en razón a la función social y respete las restricciones ambientales. Sin embargo, cada una de estas dos funciones es independiente. No es posible establecer una relación género-especie que pretenda entender la función ecológica como una especie dentro del concepto genérico de lo social. Las diferencias entre la función ecológica y la función social se dan a partir del cambio de visión que implica superar la perspectiva que entiende al medio ambiente en función del hombre como centro, para comprender, que por el contrario, el hombre hace parte del entorno, y por ende, la protección de los recursos naturales y el ambiente inciden en su propia supervivencia.

En Colombia, parece no existir claridad acerca del contenido de la función ecológica y sus implicaciones directas sobre las características del derecho de propiedad y las

⁹ PROHUDON, J.P. Op.cit. p.34

atribuciones del propietario. Si bien la Constitución de 1991 no definió el concepto de función ecológica, se esperaba que la Corte Constitucional si lo hiciera y que la legislación ambiental estableciera una serie de herramientas para su aplicación. Por esta razón, en la segunda parte de este estudio se examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional y varios instrumentos legales buscando elementos que permitan construir una definición plausible de función ecológica. En este proceso de análisis se hace alusión al caso español en algunos apartes en notas al pie, con el fin de complementar el estudio de las instituciones jurídicas colombianas, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español la función social de la propiedad es un elemento fundamental en la definición del contenido del derecho.

Así las cosas, esta en duda aquel paradigma según el cual la Constitución de 1991 es el último estadio de un proceso de consagración evolutivo que ha atendido satisfactoriamente la cuestión ambiental. La denominada Constitución Ecológica, compuesta por el conjunto de disposiciones sobre la protección de recursos naturales y el medio ambiente, puede permanecer como letra muerta: la consagración constitucional no es suficiente.

En la tercera parte se llega a construir una definición de la función ecológica de la propiedad, a partir de los elementos que arroja la inducción de la legislación ambiental y el análisis de la jurisprudencia constitucional. Así es como la función ecológica se puede entender como el deber inherente al derecho de propiedad de cumplir con las restricciones impuestas por la legislación ambiental vigente que pueden imponer al propietario, tanto abstenciones como acciones concretas. Bajo estos términos, por disposición constitucional no hay lugar a entender el derecho de propiedad a la luz de la concepción individualista del Código Civil.

Sin embargo, no es suficiente hacer evidente la tensión existente entre la legislación civil y la Constitución de 1991, es necesario determinar una salida que permita comprender las dimensiones del nuevo derecho de propiedad. Se descarta por completo la posición que intenta afirmar que dentro del texto del Código Civil se puede entender implícitamente contenida la función ecológica. Se rechaza así mismo la

postura que aboga por mantener el texto de la legislación civil aplicable como el régimen general del derecho de propiedad. Finalmente, la interpretación de las normas civiles a la luz de la función ecológica, es la mejor opción para lograr que intérpretes y operadores jurídicos logren compaginar las atribuciones del propietario con las restricciones ambientales.

De esta forma será posible que los propietarios ejerzan el derecho de propiedad cumpliendo con las restricciones ambientales que garantizan la supervivencia de las futuras generaciones, sin dejar de obtener provecho de su bien.

I. FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD Y EL CÓDIGO CIVIL: Inclusión, interpretación o redefinición.

El objetivo fundamental de este estudio es hacer evidente la tensión existente entre, el concepto de propiedad que establece la Constitución de 1991, y la idea de propiedad plasmada en el Código Civil. Esta tensión se produce porque la función ecológica de la propiedad transforma radicalmente el derecho de propiedad y no es posible entender la propiedad como un derecho subjetivo, absoluto y exclusivo. En consecuencia, las atribuciones del propietario también cambian; el titular no goza de facultades ilimitadas y el ejercicio de su derecho está condicionado al cumplimiento de los deberes que impone la función ecológica. Esta cuestión genera el siguiente interrogante: ¿Cuáles son los límites al ejercicio del derecho de propiedad según los requerimientos ambientales que se han establecido constitucionalmente para la supervivencia futura de los hombres y el crecimiento armónico de las ciudades?

El proceso de transformación que ha sufrido el derecho de propiedad en Colombia no es fortuito; encuentra su sustento en un cambio de concepción teórica acerca del derecho de propiedad, se deja de lado la concepción individualista para dar paso a la concepción socialista de la propiedad. A la luz de esta última concepción, la manera de entender la propiedad cambia de manera rotunda, ofrece un fundamento totalmente distinto y, por ende, el régimen que se deriva está lejos de corresponder a las normas anteriores a la Constitución de 1991.

En estas circunstancias, es necesario analizar las disposiciones del Código Civil acerca de la propiedad, para verificar las características y las atribuciones del titular del bien frente al cambio de concepción descrito. Este análisis puede hacerse desde varias líneas de argumentación. Una, puede negar por completo la aplicabilidad del Código Civil, criticar el carácter obsoleto de sus disposiciones a la luz del contexto actual y declarar derogado su contenido¹⁰. En otra, es posible cuestionar su valor actual pero entender aplicable el Código en aquellos casos en los que no exista disposición específica

¹⁰ Cf. DEVIS ECHANDÍA, Hemando. Características esenciales del Derecho Civil Moderno. Medellín: Ediciones de la Revista Estudios de Derecho, 1943

aplicable¹¹. Una tercera posición buscaría dotar de elasticidad suficiente a los contenidos del Código para entender sus principios aplicables a cualquier caso, porque contienen implícitamente todos los conceptos asociados con el derecho de propiedad¹².

Es común en este tipo de estudios utilizar un método histórico de análisis, que consiste en examinar las disposiciones civiles sobre la propiedad, dentro del contexto de su expedición, y en esa medida poder dotarlas de significado de acuerdo con las nuevas realidades¹³. Al aplicar este método se construyen dos tipos de investigación, una que busca resaltar la función que el texto del Código Civil cumplía en el momento de su entrada en vigor y, otra, que pretende legitimar el esquema formal establecido en las disposiciones civiles al considerar que dicho esquema funciona como una forma de defender los intereses del individuo y además permite limitaciones al propietario.¹⁴

En este texto se ha preferido eludir estas dos líneas investigativas dado que asumir cualquiera de ellas implica sugerir como resultado final del estudio la legitimidad y aplicabilidad del concepto de propiedad del Código Civil en cualquier circunstancia. Este tipo de conclusiones son comunes dentro de la tendencia tradicional de publicaciones acerca del derecho de propiedad; en esos textos, la presentación cronológica acerca de las variaciones del concepto de propiedad a lo largo del tiempo, acomete la aplicabilidad del concepto vigente como incuestionable en cada momento histórico.

Con el firme propósito de dejar de lado la tendencia tradicional que ha creado entre estudiantes y doctrinantes el imaginario del derecho de propiedad estático e incuestionable, en este texto no se analizará en detalle el contexto histórico de las disposiciones civiles sino su fundamento teórico.

¹¹ Cf. ANGOSTO SAÉZ. El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones. 1997

¹² Cf. MACÍAS, Luis Fernando. Introducción al Derecho Ambiental. Bogotá: Legis, 1988

¹³ Afirma Rodota: "... Hablar de historia significa contraponer la situación contraponer a una lectura de la norma fundada solamente sobre datos literales o con nexos lógicos internos con una lectura diversa, que, tras confrontar la situación en que la norma se originó con aquella que debe ser aplicada, trata de reconstruir su significado, teniendo en cuenta las mutaciones de la realidad efectiva y de la estructura total del ordenamiento jurídico"

RODOTA, Stefano. El Terrible Derecho, Estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986, p. 73

¹⁴ *Ibíd.* p. 73

En este orden de ideas, en este capítulo en primer término se estudia la concepción individualista en la que se basa el concepto de propiedad en el Código Civil, para entender este derecho como un derecho subjetivo absoluto. Por este camino, se identifican las características tradicionales del derecho de propiedad y las atribuciones ilimitadas del propietario. En segundo término, se estudia la concepción socialista que sustenta la transformación de la propiedad, a partir de la función social y bajo esta perspectiva se llega a concluir que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo relativo que debe ser entendido como *derecho-función-deber*. Finalmente, se examinan la función social y la ecológica como elementos inherentes al derecho de propiedad que inciden en las características del mismo y en las atribuciones de su titular.

A. Derecho de Propiedad: “El derecho de abusar de las cosas, tanto como lo permita la razón del derecho”¹⁵.

En este aparte se pretende evidenciar la concepción individualista que sustenta el concepto de propiedad del Código Civil en Colombia. Para tal efecto, se analizarán las características de esta concepción, originadas en el derecho romano y en la teoría liberal francesa, como categorías que han ejercido una fuerte influencia en la cultura jurídica colombiana.

Para empezar, es necesario considerar las características del Código Civil y la función que quiso asignársele al momento de su expedición. El Código Civil fue adoptado en 1887 siguiendo las pautas establecidas por el Código Civil chileno, redactado por Andrés Bello. En uno y otro se le otorgó un papel preponderante a la ley como expresión máxima de la voluntad soberana, y fuente única de derecho. Así, la Constitución era entendida como un conjunto de aspiraciones, o un marco de referencia abstracto, que sin la ley no tenía efecto alguno.

De acuerdo con Mauricio Villegas:

¹⁵ PROHUDON, J.P. Op. cit. p.34

“El derecho es aquí entendido como la ley, la cual es percibida como una declaración de la voluntad soberana que sólo puede ser interpretada por el legislador. La voluntad soberana expresada en la constitución, por una parte y la costumbre, proveniente de la realidad social, por la otra, las cuales se ubican en los dos extremos de una trilogía en donde la ley es el punto intermedio, son, en la práctica jurídica, subsumidas en la voluntad del legislador.¹⁶”

De esta forma, las disposiciones del Código Civil contenían la única verdad acerca de las situaciones reguladas y las consecuencias jurídicas aplicables por cualquier tipo de incumplimiento de las normas¹⁷.

Dentro del Código Civil, en el Artículo 669 el derecho de propiedad se estableció en estos términos: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad”. Según esta definición, es claro que la propiedad se entiende como un derecho subjetivo real sobre una cosa corporal que el titular puede usar y gozar libremente. Teniendo en cuenta la función atribuida al Código Civil, no había lugar a entender la propiedad de otra forma.

La lectura de la propiedad así consagrada no corresponde a un ejercicio de creación original del legislador colombiano. El sustento que nutre el concepto de propiedad y las características que asume, tiene sus orígenes en el derecho romano y en el Código Napoleónico de 1804¹⁸.

La propiedad en el derecho romano tuvo, en un principio, un valor religioso¹⁹ en el que el derecho de propiedad se entendió como: “un derecho subjetivo, absoluto, general,

¹⁶GARCIA VILLEGAS, Mauricio. Apuntes sobre codificación y costumbre en el derecho colombiano. p20, [consultado en Septiembre 26 de 2006]

Disponible en: <www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c2-HistoriadeDerecho.pdf>

¹⁷ Ibíd., p. 21

¹⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁹ SANCHEZ PINZÓN, Ana María. Reservas naturales de la sociedad civil: la función ecológica de la propiedad privada como una alternativa para el desarrollo. Bogotá: 2001 p.13. Tesis de Grado, (Abogada). Universidad del Rosario. Facultad de Derecho

exclusivo, ilimitado y perpetuo, inviolable a favor del ciudadano”²⁰. La propiedad contaba con amplia protección y exigua limitación, era en últimas “el derecho de abusar de las cosas, tanto como lo permita la razón del derecho”²¹. En estas circunstancias el derecho de propiedad dota de amplias facultades al propietario y únicamente las limita en aras de proteger el derecho de dominio de otro propietario, de forma tal, que más que limitaciones la propiedad tiene mecanismos de protección que aseguran al propietario ejercer un derecho absoluto sobre las cosas²².

Esta concepción romana del derecho de propiedad sustentó el concepto de propiedad vigente en Europa hasta el siglo XVII. A partir de este momento, bajo un contexto histórico distinto,²³ se desarrolló una concepción individualista liberal de la propiedad que posicionaba al Estado como garante de la libertad de los hombres libres y racionales,²⁴ y en esa medida, el derecho de propiedad adquirió connotaciones de derecho natural. La preocupación fundamental de los ciudadanos, específicamente de la clase burguesa, recientemente surgida en este contexto, consistía en limitar las acciones del gobierno frente al pueblo soberano²⁵. Por tanto, la perspectiva liberal condicionaba la intervención del Estado en la esfera del individuo, a la autorización de la ley, como única manifestación de la voluntad popular. De esta forma, la ley dotaba de facultades expresas a la administración, mientras que para los individuos era un limitante excepcional al ejercicio pleno de su autonomía²⁶.

En estas circunstancias, los derechos individuales se consideraban inherentes al hombre, como libertades negativas, cartas de triunfo, frente a cualquier tipo de abuso de los

²⁰ Ibid., p.13

²¹ PROUHDON J.P. Op. cit., p.34

²² Cf. Ibid., p.35

²³ Sin intención de caer en la tradicional presentación histórica acerca del derecho de propiedad, si es necesario hacer alusión al contexto histórico bajo el cual se desarrolla la concepción individualista de la propiedad. En el auge de la Revolución Francesa en 1789 se condice la idea de los derechos del individuo como libertades negativas frente al Estado que implican para este último abstenerse de intervenir en la esfera de tales derechos y limitarse a garantizarlos. Tal concepción proviene también del contexto económico marcado por la Revolución Industrial que se inicia en la segunda mitad del siglo XVIII y marca el camino del cambio entre la producción manual y la economía agraria a la producción industrial, donde la propiedad debía contar con facilidades de intercambio y comercialización.

²⁴ Cf. SANCHEZFREIZ, Remedio. Introducción al Estado Constitucional. Barcelona: Editorial Ariel, 1993

²⁵ GALLO, Ezequiel. Notas sobre el liberalismo clásico. Versión corregida y ampliada de Ezequiel Galb, Notas sobre el liberalismo clásico, En Varios Autores, Liberalismo y sociedad, Ensayos en honor al profesor Dr. Alberto Benegas Lynd. [Artículo en Línea] [Consultado el 24 de febrero de 2006] Buenos Aires: 1984. Disponible En: <<http://www.hacer.org/pdf/Gallo02.pdf>>

²⁶ ZAGRABELSKY, Gustavo. El derecho dictil. Madrid: Editorial Trotta, 2002 p.27-28

gobernantes²⁷. El derecho de propiedad hacía parte de esta serie de derechos naturales preexistentes al Estado, inmunes a su intervención no regulada, y que además, garantizaban a los hombres la posibilidad misma de subsistir. No sin razón se afirmaba: “El derecho de propiedad es en sí, por consiguiente una institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del derecho mismo”²⁸.

Dos instrumentos normativos permiten evidenciar la aplicación de esta concepción sobre el derecho de propiedad; la Declaración de Derechos del Hombre (1789) y el Código de Napoleón en Francia (1804). En el primero de ellos se plasma perfectamente la concepción vigente al consagrar el derecho de propiedad como un derecho natural e imprescriptible. En su Artículo 2 establece: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”²⁹ Por su parte, el Código de Napoleón en Francia, surge como respuesta al interés liberal de consagrar la ley como la expresión máxima de la voluntad general capaz de regular cualquier situación³⁰. El Código Francés se fundamenta en los siguientes principios: “a) para las personas: igualdad de poder jurídico de todo individuo en la Nación y en la familia; b) para las cosas: propiedad privada como la afectación exclusiva de una cosa o una persona, con derecho a transmisión para después del fallecimiento; c) para los actos jurídicos: autonomía contractual”³¹.

Resulta interesante entender la dimensión de los principios transcritos en la consagración de un texto específico, el Art. 544 del Código Francés. La estructura del texto y las

²⁷ Ver. FIORAVANTI, Mauricio. Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2000. De acuerdo con este autor el modelo individualista que sustenta el concepto de las libertades negativas parte de concebir la relación entre el individuo y el Estado a partir del contrato social celebrado por todos los hombres que deciden que el Estado actúe como tercero con poder de coacción para dirimir los conflictos entre los particulares y para garantizar el ejercicio de las libertades individuales que se entienden “potencialmente indefinidas” salvo limitaciones específicas por ley. Bajo este modelo se establece la conocida presunción de libertad, que implica que todo lo que no está prohibido está permitido. Esta caracterización de las libertades a partir de una concepción individualista determina sin duda las facultades y limitaciones del derecho de propiedad.

²⁸ *Ibid.*, p.103

²⁹ Adicionalmente se debe tener en cuenta el Art. 4: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

³⁰ MARIE Portalis, Jean Etienne. Discurso preliminar al Código francés. (Trad. I Cremades y L. Gutiérrez Masson), Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.10-11

³¹ SÁNCHEZ. *Op.cit.*, p. 16

implicaciones de su interpretación han valido como sustento para llegar a afirmar que el Código de Napoleón es el Código de los Propietarios³². Así, el Art. 544 afirma: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa siempre una indemnización justa”. Bajo esta perspectiva el titular del derecho de propiedad cuenta con atribuciones absolutas y las limitaciones que se le impongan al ejercicio de su derecho son accidentales.

Aunque se mantiene en gran medida la influencia del derecho romano, el Código Francés responde a circunstancias históricas particulares de liberalización de la propiedad de la tierra por parte de los vasallos frente al dominio eminente que ejercía el señor feudal³³. El derecho de propiedad era entonces entendido como:

“un derecho sagrado e inviolable, un derecho tan absoluto, subjetivo e individual como la concepción romanista, sólo que en este momento histórico la legitimidad del derecho a la propiedad se basaba en razones políticas justificadas en la protección de los derechos naturales del hombre frente a los abusos de los gobernantes³⁴”.

El Código Civil colombiano entiende el derecho de propiedad bajo las líneas expuestas anteriormente; el vínculo entre el Código colombiano y el Código de Napoleón se puede apreciar en dos elementos fundamentales. En primer lugar, el derecho de propiedad es entendido en la legislación civil colombiana como un derecho subjetivo absoluto, asumiendo así la misma noción del Código Francés³⁵. En segundo lugar, las limitaciones impuestas a la propiedad, se entienden externas o accesorias al ejercicio de este derecho. Con razón se afirma, “en nuestro Código ha sido consagrada, (...), la noción de propiedad como derecho absoluto, perpetuo, exclusivo, sagrado. Es cierto que tanto en él como en el Código Francés existen algunas limitaciones y desmembraciones del derecho de dominio, pero nada de eso modifica el carácter absoluto de las

³² DE VIS. Op. cit., p. 41

³³ OCHOA Raúl Humberto. Bienes. Bogotá TEMIS.2006. p. 194-195

³⁴ SANCHEZ Op. cit., p. 15

³⁵ DEVIS. Op.cit., p. 42

facultades”³⁶ En esta medida, la codificación civil de la propiedad hace evidente la relación entre el propietario, como titular dotado de atribuciones, frente a los terceros y frente al Estado cuya intervención está limitada³⁷.

El ejercicio de un derecho cualquiera, bajo estas condiciones absolutas, denota un pensamiento específico sobre la manera de concebir el derecho. Más que derechos, bajo esta perspectiva, son derechos subjetivos absolutos. Este término se ha utilizado para designar “... la facultad o poder de un sujeto de exigir algo a otro, o eventualmente una abstención a todos, bajo coacción jurídica”³⁸. En este sentido, un derecho subjetivo surge como facultad frente a un tercero pero bajo el amparo de un medio de coacción³⁹ establecido por el derecho objetivo⁴⁰. Esta concepción está directamente relacionada con la idea de libertad⁴¹ en la medida en que el titular de un derecho subjetivo cuenta con facultades indefinidas⁴² para ejercer sus derechos como principio y, debe aceptar ciertas limitaciones como excepción. En esta medida, el derecho subjetivo confiere poder a su titular para actuar lícitamente en dos situaciones concretas: la primera de ellas denominada por los doctrinantes “señorío”, implica que el derecho esta sometido a la voluntad del titular y en esta medida puede hacer lo que “quiera” con su derecho⁴³. La

³⁶ Ibid., p. 42

³⁷ Bajo este mismo sistema de relaciones se estructura otra teoría acerca de la propiedad, expuesta por John Locke. Es necesario hacer alusión a este autor para aclarar que contrario a lo que se ha llegado a pensar, sus categorías no influyeron directamente en la concepción individualista francesa y por ende tampoco tuvieron eco en la codificación civil colombiana. La teoría de John Locke influyó la concepción anglosajona y norteamericana de la propiedad. De acuerdo con

VALENZUELA, Víctor Hugo García. John Locke: propiedad y gobierno. *sl.* En: Revista de Historia, año 9–10, vol. 9–10, 1999–2000. p.5 [Consultado el 28 de enero de 2006] Disponible en: <www2.udel.cl/historia/rhistoria/art03.doc>

De acuerdo con Locke la propiedad es un derecho natural inherente al hombre que garantiza su supervivencia. Al respecto dicho autor afirma: “ Tanto si consideramos la razón natural, la cual nos dice que los hombres, una vez nacidos, tienen derecho a su preservación, y en consecuencia a comer y a beber y a todas aquellas cosas que la naturaleza ofrece para su subsistencia...”

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Ediciones Filosofía Alianza Editorial, 1990, p. 24.

En estas circunstancias, el autor considera que la forma de apropiación es por medio del trabajo en la medida en que el hombre se depositando algo de si mismo en la cosa para transformarla.

³⁸ LACRUZ, José Luis Et Al. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. Madrid: Dykinson, 2006, p. 51

³⁹ RUIZ T, Samuel. Origen, fundamentos del derecho y del derecho subjetivo. [Artículo en Línea] consultado el 2 de noviembre de 2006] Disponible en <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyAkApFypBVBxwLKt.php>

⁴⁰ RIOS LARRAÍN, Hernán. Lecciones de Derecho Civil. Chile: Colección Manuales Jurídicos, 1994, p.122

⁴¹ MONTE S. Op. cit, p.86. El autor hace referencia a esta relación para entender la transición hacia un nuevo concepto de propiedad, por eso sobre este mismo punto se volverá más adelante, cabe por ahora considerarlo como característica de los derechos subjetivos.

⁴² Cf. FIORAVANTI

⁴³ LACRUZ. Op. cit, p.52

segunda situación, se denomina “pretensión” y significa que el titular puede hacer exigible su derecho a terceros y puede reaccionar ante cualquier amenaza o afectación⁴⁴.

Por tanto, bajo la concepción individualista expuesta, es claro que el derecho de propiedad es un derecho subjetivo que brinda al propietario el ejercicio de un poder de señorío y pretensión: éste puede someter el bien a su voluntad y además puede exigir su respeto a terceros. Por su parte, las limitaciones al derecho de propiedad serán determinadas por las normas jurídicas pertinentes sin que sea permitido afectar las atribuciones del propietario.

Derecho de propiedad absoluto: propietario arbitrario.

Ahora que se ha establecido la conexión entre el concepto de propiedad del Código Colombiano⁴⁵ y la concepción individualista, es necesario analizar las implicaciones de dicha consagración. Para hacer este análisis, se examinarán las características del derecho de propiedad y las atribuciones de propietario, con el ánimo de identificar su contenido y develar más adelante sus deficiencias. En esta medida, de nuevo se busca establecer una diferencia tajante con los textos tradicionales sobre el derecho de propiedad, dado que no se busca en ningún caso caer en definiciones dogmáticas inamovibles.

Al derecho de propiedad se le atribuyen tradicionalmente las siguientes características:

a) Absoluto; b) Exclusivo y c) Perpetuo⁴⁶.

⁴⁴ RUIZ T. Op. cit.

⁴⁵ Es pertinente traer a colación el caso español, dado que en España se puede evidenciar el mismo proceso de construcción de la concepción individualista. Al igual que en Colombia, el Código Español fue expedido teniendo como fuente el ya nombrado Art. 544 del Código Napoleónico, tal como se evidencia en el Art. 348 Código Español que estableció: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. El artículo trascrito coincide con el colombiano en establecer como única limitación la ley, aunque el Código colombiano señala los derechos ajenos como otro límite.

⁴⁶ MONTÉS. Op. cit. p.68. La doctrina española, ha entendido que la propiedad tiene las mismas características que le atribuye la legislación civil en Colombia. En primer lugar, la unidad del derecho de propiedad, significa que el dominio que ejerce un propietario es sobre un tipo cosa específicamente. En cuanto a la perpetuidad, se ha entendido en dos sentidos básicamente; por un lado implica que la duración física de la cosa determina la duración del derecho y por otro el derecho de propiedad es perpetuo en la medida en que es transmisible por causa de muerte.

a) Absoluto:

La primera de las características ha sido entendida como el pleno ejercicio del derecho por parte del propietario dentro los límites impuestos por los derechos ajenos y por la ley. El carácter absoluto de la propiedad ha sido objeto de debate constante, específicamente alrededor de la expresión *arbitrario* contenida en el Art.669 C.C. Este término parece sugerir, tanto la posibilidad de extralimitarse, como la facultad de decidir o disponer de su derecho de propiedad.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado al respecto que:

“El calificativo de arbitrario, que se le da a la norma acusada del derecho de propiedad, está atemperado en la misma disposición por la prohibición de que con su ejercicio se vulnere la ley o derecho ajeno, todo lo cual implica que no es una facultad absoluta como ya se anotó, y debe por tanto enmarcarse dentro los límites que el legislador señale. Téngase en cuenta además que la acepción en que debe entenderse el adverbio “arbitrariamente” es la de “arbitrio”, es decir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “facultad que tiene el hombre (en este caso el titular del derecho) de adoptar una resolución con preferencia de otra” y no la de abuso como podría resultar de la lectura inmediata del artículo 669 del Código Civil...⁴⁷”

En concepto de la Corte Suprema, no se puede considerar que la palabra arbitrariamente implique la facultad absoluta de ejercicio por parte del propietario, y por el contrario, contiene, en si misma, el debido respeto por la ley y el derecho ajeno.

Las limitaciones a la propiedad, así entendidas, no exigen al propietario ningún tipo de actividad o conducta específica, dado que la titularidad del derecho de propiedad sólo le confiere facultades. En esta medida el derecho de propiedad también es absoluto con relación al poder público, en tanto éste sólo podría imponer restricciones de interés público⁴⁸.

⁴⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Agosto 11 de 1988, citado por VELAZQUEZ. Luís Guillermo. Bienes. Bogotá: Temis, 2004, p.178

⁴⁸ DIGUIT. Op. cit., p. 238

Acerca de las limitaciones a la propiedad se ha desarrollado la teoría del abuso del derecho como fuente de restricciones al titular, contenidas en el mismo derecho. De acuerdo con Devis Echandía⁴⁹, existen dos tipos de restricciones al propietario: las obligaciones y el abuso del derecho. En el primer caso, son obligaciones de vecindad que imponen el deber de no hacer nada que cause un perjuicio al vecino. En cuanto al abuso del derecho, este mismo autor considera que se refiere a los actos no intencionales del propietario que afectan a su vecino⁵⁰. Sin embargo, contrario a lo expuesto por el autor, la teoría del abuso del derecho, va más allá de un acto sin intención. Se considera que existe abuso cuando se viola el límite del derecho de otro titular⁵¹, dado que no es permitido el ejercicio de un derecho en contra de los derechos radicados en terceras personas. Se ha llegado a considerar que la teoría del abuso del derecho es el óbice de transición hacia un nuevo concepto de propiedad teniendo en cuenta que bajo dicha teoría los derechos no pueden ser tomados como estáticos,⁵² y además, se le exige al titular del derecho cumplir con la finalidad propia de tal derecho⁵³.

A pesar de lo anterior, la limitación al derecho de propiedad bajo la teoría del abuso del derecho, está dada por la titularidad del propietario frente a la titularidad de otro propietario. En otras palabras, la limitación no proviene del contenido mismo del derecho y por tanto no le exige al propietario ningún tipo de actividad o respeto de un deber específico. Por tanto, aun cuando se pueda afirmar que el abuso se presenta en aquellos casos en que no se está ejerciendo el derecho de acuerdo con la función de este mismo, las posibilidades de exigencia y cumplimiento, sólo están dadas en la medida en que el ejercicio abusivo vulnera el derecho de otro propietario.

⁴⁹ DEVIS Op.cit. , p.46

⁵⁰ Ibíd., p.46

⁵¹ RESTREPO Centeno, Maíra Fernanda. La expropiación de Santiago de las Atalayas y el pueblo viejo de Cusiana. Bogotá: 1992. p.52. Tesis de Grado: (Abogata) Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho

⁵² MONTÉS. Op.cit. , p.82

⁵³ RESTREPO. Op. cit., p.52, 53,54.

Es pertinente transcribirlo expuesto por la autora sobre el tema:

“... El abuso del derecho tiene dos momentos uno subjetivo y otro objetivo, Será objetivo, si se refiere a la función social de cada uno de nuestros derechos, y subjetivo, en cuanto se trata de investigarse la conducta del agente ha obedecido a un motivo legítimo, por lo tanto es indispensable confrontarlos motivos del agente-elemento personal y subjetivo- con la función u objeto del derecho –elemento social y objetivo.”

b) Exclusividad:

Esta característica se refiere al ejercicio del derecho de su titular frente a un tercero, de forma tal, que sólo el titular está facultado para hacer uso de la cosa⁵⁴. En principio no sería posible que sobre un mismo bien existan dos personas con la posibilidad de ejercer las facultades propias del derecho de propiedad, sin embargo, también la exclusividad esta sometida a una serie de excepciones. En primer lugar, en la práctica es posible que varias personas gocen de distintas facultades sobre un mismo bien. Es así como el propietario puede ceder el uso del bien sin perder su capacidad de disposición o bien puede permitir el usufructo a otra persona de este mismo bien⁵⁵. Así mismo, por cumplimiento de normas de convivencia o reglamentos de copropiedad, los propietarios deben “compartir” el ejercicio de su derecho con otras personas por distintos títulos.

En esta medida, el carácter exclusivo de la propiedad no es incondicional, dado que la misma regulación del Código Civil prevé la posibilidad de compartir las facultades de los propietarios. En el Art. 793 C.C. se especifican varias limitaciones al derecho de propiedad a saber: “1) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición; 2) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; 3) Por las servidumbres”. Cada una de estas limitaciones implica afectar la exclusividad del derecho del propietario, sin embargo no se han suscitado controversias alrededor de la legitimidad y justificación de tal afectación.

c) Perpetuidad

Esta tercera y última característica del derecho de propiedad implica que el derecho dura tanto como dure la cosa, incluso más allá de la vida del propietario por la facultad de otorgar por testamento los bienes⁵⁶. En esta medida, el no uso del bien no acarrea la pérdida del derecho⁵⁷; es más, no hay ningún tipo de limitación temporal para el ejercicio del mismo.

⁵⁴ VELÁSQUEZ. Op. Cit., p.179

⁵⁵ Ibíd., p. 180

⁵⁶ DIGUIT. Op.cit., p.238

La perpetuidad planteada en estos términos bajo la concepción individualista no generaba mayores inconvenientes. Sin embargo, las condiciones sociales y económicas han demostrado que el no uso del derecho de propiedad por tiempo indefinido no debe pasar desapercibido. Por el contrario, se han desarrollado medidas que afectan e incluso llegan a extinguir definitivamente el derecho de propiedad del titular que no ha utilizado el bien por un tiempo determinado⁵⁸.

Después de analizar las características del derecho de propiedad, es evidente que el panorama de los propietarios no puede ser mejor: cuentan con una amplia gama de posibilidades de acción, por lo que su ejercicio aparentemente no tiene límites que impliquen algún tipo de afectación al derecho.

En este mismo sentido, las facultades que se le han atribuido tradicionalmente al derecho de propiedad, buscan conservar la posición del propietario en ejercicio de un derecho absoluto. El Código Civil siguiendo las pautas establecidas bajo el Código Napoleónico confiere al propietario dos facultades fundamentales: el goce y disposición de la cosa. Estas facultades corresponden a los conceptos tradicionales que provienen del derecho romano: *usus*, *fructus* y *abusus*⁵⁹.

La primera facultad, el *usus*, se entiende como la posibilidad del titular de utilizar el bien de acuerdo con su naturaleza. En pocas palabras el uso, “consiste en darle a la cosa todos los servicios que ésta es capaz de proporcionar”⁶⁰. El uso se ha relacionado con la facultad de goce en un doble sentido; por un lado puede entenderse que el primero de los conceptos incluye el goce, dado que si la utilización implica apropiación se está gozando del bien⁶¹. Por otro lado, también es posible considerar que el Código Civil se refiere expresamente al goce por tanto este concepto subsume el uso. En cualquier caso se debe entender que el usar o gozar de la cosa de acuerdo con su naturaleza es una facultad a disposición del propietario que puede aprovecharla como prefiera. El *fructus*

⁵⁸ Es el caso de las medidas adoptadas como parte de reformas agrarias. En Colombia a partir de la Ley 200 de 1936 se estableció la expropiación por mantener terrenos incultos por más de tres años.

⁵⁹ RESTREPO. Op. Cit., p.30

⁶⁰ *Ibid.*, p. 30

se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un bien de obtener las utilidades que éste produce. Al respecto, el Código Civil en el Art.716 determina que los frutos sean naturales o civiles⁶² de una cosa son de su dueño, en tanto como titular del derecho obtiene para su propio beneficio las utilidades que su bien le provea.

Finalmente, la facultad de disposición del bien, implica que su titular puede hacer que lo que prefiera con su bien. Tiene la posibilidad de transformar físicamente el bien, desprenderse de él o ceder alguna de sus facultades; es decir, el titular puede disponer natural o jurídicamente de su bien. En el primer caso, puede transformar e incluso destruir su bien por medios naturales. En cuanto a la disposición en términos jurídicos, el propietario puede decidir venderlo, arrendarlo o cederlo⁶³.

En conclusión, el propietario tiene derecho a usar, gozar y disponer de la cosa, y en esa medida puede dejar de usar, gozar o disponer sin importar sus consecuencias⁶⁴. Sin embargo, tal como se hizo evidente al analizar las características del derecho de propiedad, existen límites y excepciones insalvables que nublan el panorama de los propietarios. Por tanto, no es posible extender la concepción individualista, al extremo de considerar que las facultades del propietario son indeterminadas y funcionan más bien como un conjunto genérico de potestades⁶⁵.

Las excepciones y límites minan el concepto tradicional de la propiedad y, dentro de un contexto de cambios sociales y económicos, se han de convertir en el eje de un importante proceso de transformación.

⁶² La diferencia entre los dos tipos de frutos, en aplicación de los Arts. 714 y 717 C.C., es que los primeros son producidos por la naturaleza sin intervención humana, mientras que los frutos civiles son los que produce el bien por uso y con la intervención del hombre. Es el caso de los precios, las pensiones o los arrendamientos, entre otros.

⁶³ Al respecto Velásquez aclara que disponer de una cosa, “es la facultad del sujeto de desprenderse del derecho por causa de muerte o acto entre vivos (...)” Adicionalmente, analiza en detalle las implicaciones de la facultad de disposición jurídica de un bien, entendida fundamentalmente como la libertad de enajenación. En ajenar incluye transferir dominio, limitarlo o gravarlo y en principio no hay restricciones para enajenar cualquier tipo de bien. El autor establece que la Constitución de 1991 faculta a la ley para restringir la libertad de enajenación. (VELÁSQUEZ. Op.cit., p. 188).

⁶⁴DIGUIT. Op. cit., p. 238

⁶⁵. En este punto es necesario hacer referencia al caso español teniendo en cuenta las conclusiones del autor citado. En el Código Civil Español también se determina como facultades del propietario el uso y el goce. Sin embargo, Montés enfatiza las facultades del propietario y afirma: “Su contenido (del derecho de propiedad) aparece determinado en el artículo 348 del Código Civil, comprende dos connotaciones genéricas: gozar y disponer. Y cada una de ellas no son siquiera facultades determinadas, sino conjuntos genéricos de facultades y tal vez “todas las facultades que pueden comprenderse en el contenido del Derecho Subjetivo” (MONTÉS. Op.cit., p.60)

B. Hacia un nuevo derecho de propiedad.

El aparte anterior tuvo como objetivo identificar la concepción que sustenta el derecho de propiedad en los términos del Código Civil. Por este camino se identificaron las características del derecho de propiedad y las facultades que confiere a su titular. Sin embargo, el análisis condujo a nuevos interrogantes acerca de las excepciones y las limitantes a tal derecho. En esta sección se busca determinar las implicaciones que tales excepciones tienen en la concepción tradicional del derecho de propiedad, para finalmente concluir que el cambio del concepto de propiedad transcurre fundamentalmente desde un derecho subjetivo absoluto, a un derecho subjetivo relativo, cuyo contenido y limitaciones están determinadas por dos funciones específicamente: la función social y la función ecológica.

La transformación del derecho de propiedad se sustenta en la concepción socialista de la propiedad desarrollada por León Diguít⁶⁶. La teoría se hizo evidente en el contexto colombiano⁶⁷ a partir de la reforma constitucional de 1936, y en la consagración de la propiedad en la Constitución de 1991, por tanto es necesario entender la línea de argumentación utilizada por este autor. Adicionalmente, no se puede negar que la teoría de este autor contiene importantes categorías que modificaron el imaginario liberal, no únicamente en materia de propiedad, sino en la posición misma del individuo frente al Estados y sus pares.

⁶⁶ Actualmente, se hace referencia a una tercera concepción que incluye elementos de la concepción socialista e individualista, denominada noción o concepción solidarista. Esta última busca conjugar el respeto por las atribuciones del propietario con el cumplimiento de una función social de la propiedad. En este sentido, “esta noción otorga y reconoce a la propiedad privada una función social que implica obligaciones, permitiendo la intervención estatal en situaciones que pueden favorecer o perturbar el interés general de la sociedad en contraprestación de intereses individuales”. En SILVA PARRA, Marcela. La función ecológica de la propiedad en Colombia. 2004. p.20. Tesis de Grado, (Abogada). Universidad Externado. Facultad de Derecho

Sin embargo, la concepción socialista no desconoce ni pretende extinguir el derecho de propiedad, por lo que la noción solidarista no será objeto de estudio por considerar sus aproximaciones redundantes.

⁶⁷ Cf. OCHOA Carvajal Raúl. Bienes: Estudio sobre los bienes y la propiedad. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R, 1995

Es pertinente hacer una aclaración: el término socialista utilizado por el autor, no hace referencia a ninguna filosofía política, únicamente se utiliza para denominar el fenómeno de socialización de la propiedad, sin seguir un sistema económico específicamente⁶⁸. Sin embargo, a la luz esta teoría el concepto de propiedad cambia radicalmente: “La propiedad, no es pues el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza”⁶⁹. La conclusión expuesta por Diguít era sin duda excepcional a la luz de la concepción francesa individualista vigente, donde el derecho de propiedad era la manifestación misma de la libertad y en esa medida, era el derecho subjetivo por excelencia; sin embargo, en criterio de Diguít, el giro que se da en las relaciones ente el individuo y el Estado en el siglo XX no permite, de ninguna forma, mantener el sistema de propiedad individualista.

Así las cosas, el argumento central de Diguít sobre la materia se desarrolla a partir de la nueva posición del hombre dentro de la sociedad. Bajo su perspectiva, el hombre deja de ser un fin en si mismo, que disfruta de una serie de derechos entendidos como prerrogativas a su favor; el hombre ya no ocupa una posición independiente y absolutamente libre. En estas circunstancias, no es posible hablar de derechos en el sentido liberal, ahora el hombre debe cumplir con una serie de funciones específicas para alcanzar fines colectivos. En palabras del autor antes citado:

“El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de Derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados”⁷⁰.

Teniendo en cuenta la nueva posición del hombre, Diguít entiende que el ordenamiento jurídico no puede permanecer sin modificaciones. En criterio de este autor, el ordenamiento debe responder al papel del individuo como medio en la sociedad y en esa medida debe proteger intereses colectivos por encima de los particulares. El sistema jurídico anterior, el sistema civilista de acuerdo con la terminología utilizada por el

⁶⁸ DUGUIT. Op. cit., p.236

⁶⁹ *Ibid.*, p.240

⁷⁰ *Ibid.*, p.178

autor, esta fallando y no se ajusta a la realidad, dado que busca proteger únicamente intereses individuales⁷¹.

Las consecuencias de los cambios antes señalados, la posición del hombre y el papel de Estado, inciden directamente en el derecho de propiedad. De acuerdo con Diguít, la propiedad “se socializa” en dos sentidos básicamente:

“Primeramente, que la propiedad del individuo deja de ser del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día mas numerosas”⁷².

Por tanto, la propiedad ya no es entendida como un derecho y solo los actos en pro del interés de la colectividad reciben la protección del Estado. En este contexto, la asociación ineludible entre propiedad y libertad queda prácticamente disuelta: a la luz de las teorías socialistas, la libertad del individuo esta encaminada exclusivamente a consolidar la interdependencia social⁷³, y en esta medida, la propiedad sólo es protegida en aras de preservar tal interdependencia⁷⁴.

Es común llegar a exagerar los argumentos de la concepción socialista hasta el punto de atribuirle características expropiatorias. Sin embargo, es necesario aclarar que el argumento expuesto por Diguít no aspira a extinguir el derecho de propiedad por completo. Por el contrario se reconoce la existencia de la propiedad, sin dejar de señalar las limitaciones y deberes que debe cumplir el propietario. Tal como lo ratifica Diguít la propiedad en estas nuevas circunstancias tiene dos implicaciones fundamentales:

“a) El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales y es especialmente en las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física,

⁷¹ El autor especifica cuales son en su criterio las fallas del sistema que el denomina civilista, es pertinente nombrarlas en su orden. La primera de ellas se da porque la propiedad como derecho subjetivo es una concepción metafísica en contra del positivismo moderno. La segunda falla esta en que el sistema civilista protege únicamente intereses individuales, contrario a la posición actual del individuo dentro de la sociedad no como fin en sí mismo, sino como medio. Finalmente, el sistema civilista falla porque no protege fines colectivos. *Ibid.*, p. 129

⁷² *Ibid.*, p. 236

⁷³ Es pertinente citar la definición de libertad expuesta por Diguít: “Libertad es el deber para el individuo de emplear en su actividad física, intelectual y moral en el desenvolvimiento de esta interdependencia”. *Ibid.*, p. 179

⁷⁴ *Ibid.*, p. 178

intelectual y moral; b) El propietario tiene el deber, por consiguiente el poder, de emplear su cosa en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias”⁷⁵.

Es bajo estas condiciones donde se produce un profundo cambio conceptual: la negación del derecho de propiedad como derecho subjetivo absoluto. “La propiedad ya no se presenta como un “derecho”, esto es, como una “situación de poder”, sino como una posición más compleja en la que se definen “deberes” e incluso “obligaciones”⁷⁶”. Es decir, ya no es posible afirmar que el propietario pueda utilizar su bien como le plazca, debe tener en cuenta la función que cumple su propiedad dentro de la sociedad y responder a intereses colectivos.

Bajo esta perspectiva, la propiedad se convierte en un derecho subjetivo complejo. As, el derecho subjetivo de propiedad no desaparece en la medida en que aún tutela intereses individuales, sin embargo, es complejo dado que adicionalmente debe incluir los intereses colectivos y el cumplimiento de deberes específicos que garantizan su protección. En palabras de Vicente L. Montés: “En la noción del derecho subjetivo que resulta (...) habría que señalar la presencia, junto con el interés del titular, de un interés colectivo, la referencia a un bien determinado y la coordinación de ambos intereses (individual y colectivo)”⁷⁷.

La superación de la noción de derecho subjetivo, implica entender que un derecho puede implicar, simultáneamente, obligaciones y deberes. Dicho de otra manera, esta segunda forma de ver la propiedad deja de lado la anacrónica definición *propiedad-derecho*, para asumir la propiedad como *derecho-deber o libertad-función*⁷⁸.

De acuerdo con la concepción individualista de *propiedad-derecho* el propietario tiene derecho sobre la cosa para utilizarla, o no, según le parezca, y adicionalmente cuenta con la posibilidad de exigir respeto de su ejercicio a las demás personas. Tal como se

⁷⁵ Ibid., p.78

⁷⁶ MONTÉS. Op. cit. p.87

⁷⁷ MONTÉS. Op. cit., p.87

⁷⁸ SANCHEZ Op. cit., p.21. Se hace alusión a la denominación que utiliza la autora, sin embargo más adelante se determinará la denominación que se considera adecuada a la luz de los fundamentos de la concepción individualista y las características de derechos subjetivo.

demonstró a través del análisis de la concepción socialista, la *propiedad-derecho* está relegada.

Al entender el derecho de propiedad como *libertad-función*, la relación entre propiedad y libertad no puede ser la misma que se estableció bajo la concepción individualista. Como consecuencia de la transformación hacia la concepción socialista se producen dos cambios fundamentales⁷⁹. Por un lado, el derecho de propiedad ya no tutela únicamente intereses individuales, sino también colectivos. En esta medida, la propiedad no es manifestación propia de la libertad absoluta del individuo; en su ejercicio el propietario debe tener en cuenta los intereses de la comunidad. De otra parte, siendo la propiedad una función, la libertad que puede ejercer el propietario ha de estar limitada por las obligaciones que le imponga el cumplimiento de dicha función.

En cuanto a la denominación *derecho – deber*, es necesario entender que su aplicación implica que las limitaciones impuestas al derecho de propiedad son elementos inherentes al mismo derecho, en la medida en que para lograr satisfacer un interés colectivo superior se le puede exigir al propietario cumplir con deberes específicos.

Al tomar elementos de las dos categorías expuestas, resulta adecuado entender el derecho de propiedad en una triple condición *derecho-función-deber*. Así las cosas, el derecho de propiedad tiene una función específica dentro de la sociedad en aras de alcanzar un propósito común. Por tanto, el cumplimiento de esta función implica que el propietario no puede ejercer su derecho sin limitaciones y por el contrario debe acatar unos deberes específicos. El incumplimiento de tales deberes puede ser justamente castigado por el Estado, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico protege intereses colectivos y los actos del propietario serán respetados en la medida en que el individuo acate dichos intereses comunes, y cumpla con los deberes impuestos para ello.

Existen posiciones que consideran contradictorio afirmar que el derecho de propiedad es derecho y función al mismo tiempo. Las objeciones se dan en dos sentidos: se afirma

⁷⁹MONTEÉS. Op. cit, p. 89

que el carácter subjetivo del derecho no admite la imposición de obligaciones; y además, se considera que siendo la propiedad manifestación de la libertad no es posible que se exija algún comportamiento específico a los propietarios⁸⁰.

Estas objeciones apuntan a preservar las características básicas del derecho subjetivo; si se mantiene la concepción individualista de la propiedad y se ata la libertad a la propiedad, no hay cabida para determinar un contenido obligacional inherente al derecho de propiedad. Sin embargo, una vez se tiene claro que efectivamente el derecho de propiedad no es un derecho subjetivo en sentido estricto, y su fundamento no corresponde a una concepción individualista, es lógico que se le pueda exigir al propietario cumplir con una función y respetar ciertos deberes.

En estas circunstancias, no sería plausible que aún preserven su fuerza tradicional argumentos individualistas liberales que apuntan a preservar los intereses de los propietarios por encima de propósitos colectivos de convivencia. La tensión que aspira hacer evidente este texto indica lo contrario: en el ordenamiento jurídico colombiano coexisten fundamentos filosóficos y políticos adversos en torno a la noción de propiedad.

***Derecho subjetivo absoluto vs. Derecho subjetivo relativo:
Código Civil vs. Constitución Política de 1991.***

Hasta este punto, se ha pretendido explicar la transformación del derecho de propiedad a la luz de la concepción socialista. Teniendo en cuenta la conclusión que arrojó este ejercicio, el derecho de propiedad como *derecho-deber-función*, es necesario preguntarse acerca del concepto de propiedad vigente en el Código Civil. El cuestionamiento planteado en estos términos contiene un elemento fundamental: la Constitución de 1991 plasma en su texto la concepción socialista de la propiedad.

En este aparte se hará referencia expresa al texto constitucional y al contenido del Código Civil, sin embargo, se debe mantener presente como trasfondo de las

⁸⁰RODOTA. Op. Cit., p.223-224

afirmaciones expuestas, las implicaciones jurídico-políticas de la tensión entre dos instrumentos normativos de la alta categoría de los analizados.

El análisis propuesto empezará por estudiar el texto de la Constitución Política de 1991 para identificar los elementos nuevos que agrega al derecho de propiedad⁸¹. El Artículo 58 C.N, establece:

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

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”⁸².

La lectura de este artículo demuestra varios elementos importantes. En primer lugar, el ejercicio del derecho está supeditado al interés general y a la ley por encima del interés individual. Por ende son admitidas medidas como la expropiación por razones de

⁸¹ En este punto es necesario, recordar la aclaración hecha antes acerca del objeto de estudio: la propiedad privada. La Constitución colombiana no hace distinción alguna acerca del tipo de propiedad protegida, por lo que bien podría entenderse genéricamente como cualquier tipo de propiedad o estrictamente restringido a la propiedad privada. La Corte Constitucional ha aclarado el punto: “La propiedad en la Constitución no se identifica con la propiedad privada, que indudablemente es una de sus especies. (...) Jurídicamente, la propiedad –como concepto– se proyecta en varios regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y una pluralidad de titularidades privada, solidaria, estatal” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-006 de 1993.

⁸² Se hace referencia específica a este artículo sin negar que en el texto de la Constitución existen muchas más disposiciones que se refieren al derecho de propiedad, tales como el Art. 60 donde el Estado se compromete a garantizar el acceso a la propiedad; el Art.329 en el que se reconoce la propiedad colectiva de los resguardos indígenas y el Art.333 que consagra la función social de la empresa. Sin embargo, teniendo en cuenta que el elemento fundamental dentro de la investigación es la función ecológica de la propiedad, el análisis se concentrará en el Art. 58 antes transcrito

interés general y utilidad pública⁸³, a pesar de la vulneración que implica para los propietarios. En segundo lugar, se hace referencia al derecho de propiedad como función social y ecológica. Aquí es importante detenerse en el análisis de las palabras “es” y “tiene” en relación con la función ecológica, dado que la variación entre estas dos palabras ha generado un debate presente desde las discusiones de la Asamblea Constituyente, y que hoy día se mantiene latente.

En su momento, el constituyente Rodrigo Lloreda, manifestó no estar de acuerdo con la posibilidad de consagrar obligaciones como parte de un derecho⁸⁴. Hoy en día, se hacen aún afirmaciones como esta acerca del Art. 58 de la Constitución de 1991:

“Es así como en la Constitución de 1991 no se soluciona el equívoco que se presentaba en la redacción del artículo 30 de la anterior constitución, sino que por el contrario se volvió a reproducir la redacción; lo cual nos hace pensar si se incurrió en el error de nuevo, o por el contrario como algunos autores lo afirman no es ningún equívoco sino que en la Constitución de 1991 no se consideró mas a la propiedad como un derecho individual, sino una función dinámica, ligada a los intereses de la comunidad”⁸⁵.

A pesar de la oposición frente a la consagración del derecho de propiedad bajo los términos descritos, el texto de la Constitución no deja dudas acerca del sentido en el que debe entenderse el concepto de propiedad en Colombia. Es así como, a partir de 1991 el derecho de propiedad no puede ser entendido más como un derecho absoluto y en esa medida los actos del propietario no pueden permanecer inmunes a cualquier tipo de limitación. Por tanto, el propietario está lejos de su posición tradicional individualista: ya no puede utilizar su bien como mejor le parezca, su ejercicio debe ajustarse a la función social y ecológica.

⁸³ Mas adelante en este estudio, se hará referencia a la utilidad pública y el interés social al momento de referirse a la imprecisión conceptual acerca de la función ecológica.

⁸⁴ PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991, Ob.cit, p. 3

⁸⁵ HIDRON HENAO, Javier. Régimen Constitucional de la Propiedad, citado por Eugenia Ponce de León, en Lecturas sobrederecho del medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000. Tomo I p.469

Así las cosas, es claro que la Constitución de 1991, se sustenta sobre las bases de la concepción socialista ya descrita. De acuerdo con el Art.58C.N, el derecho de propiedad, además de derecho, es dos funciones, por tanto no se puede considerar como un derecho subjetivo absoluto, y las funciones se asumen como limitación propia del ejercicio para el propietario. Por ende, si el derecho de propiedad es a la vez función social y ecológica, el titular debe acatar los deberes específicos que se deriven del cumplimiento de cada una de las funciones, y así, sólo cuando el propietario acata tales deberes, el Estado garantiza que la propiedad le será efectivamente protegida.

Bajo estos supuestos, se puede concluir que el derecho de propiedad en la Constitución de 1991 corresponde a la trilogía mencionada *derecho-deber-función*, que lleva a entenderlo como un derecho subjetivo complejo. Al respecto, la Corte Constitucional afirma:

“En el derecho moderno, se reconoce la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios”⁸⁶.

Del análisis hecho hasta el momento surgen dos preguntas importantes: ¿Qué papel juega el Código Civil en este contexto?; ¿Puede considerarse como fuente de cambio, o por el contrario, ha sido totalmente superado?⁸⁷ Al buscar respuestas a estas preguntas se hace evidente la existencia de un choque entre la Constitución Política de 1991 y el Código Civil, frente a las diferencias en el concepto de propiedad que contiene cada uno de estos instrumentos normativos.

La cuestión planteada en estos términos no admite respuesta única, amerita un estudio concienzudo que tenga en cuenta las implicaciones reales de adoptar cualquier posición en medio del choque. No obstante, resulta sorprendente la forma ligera en que la Corte

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-491/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁸⁷ MONTÉS. Op. Cit., p. 15

Constitucional debatió el tema en la sentencia C-595 de 1999⁸⁸, en la medida en que, teóricamente se espera que la posición de la Corte sugiera respuestas para la cuestión, al hacer un ejercicio de interpretación del Código Civil frente a las disposiciones constitucionales.

La sentencia mencionada se da como consecuencia de la acción pública de inconstitucionalidad que interpone un ciudadano en contra del Artículo 669⁸⁹ del Código Civil, por considerar que va en contra del Inciso 2 del Art. 58 de la Constitución Política, y por tanto viola los valores axiológicos que sustentan el Estado Social de Derecho que se estableció a partir de 1991.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional empieza por exponer una línea cronológica acerca del concepto de propiedad en Colombia a partir de cada una de las Constituciones, que le permite concluir que la consagración de la propiedad en la Constitución de 1991 se ha alejado de la concepción individualista que contiene el Código Civil, por cuanto su Artículo 669 no refleja lo que es hoy la propiedad en Colombia. Más adelante, la Corte establece que el derecho de propiedad no puede, en ningún caso, ser ejercido en contra de los derechos de otras personas, dado que la Constitución del 1991 no permite que ningún derecho pueda ser ejercido de forma absoluta. Por tanto, teniendo en cuenta el concepto de propiedad a la luz de la Constitución y el principio que exige el ejercicio limitado de los derechos, en criterio de la Corte, la solución adecuada fue la exclusión del ordenamiento de la palabra “arbitrariamente”.

A pesar de la decisión de la Corte, esta palabra aún la defienden tratadistas como Luís Guillermo Velásquez, quien considera que la Corte se equivocó al no entender que “arbitrariamente” se refiere a adoptar una resolución u otra, sin que se refiera al abuso del derecho⁹⁰. En estas circunstancias, cabría preguntarse si la expulsión de la palabra arbitrariamente del ordenamiento jurídico implica que se haya eliminado el choque entre el Código Civil y la Constitución de 1991.

⁸⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 de 1999.MP. Carlos Gaviria Díaz

⁸⁹ Norma demandada: “Artículo 669. 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.”

⁹⁰ Cf. VELÁSQUEZ

Definitivamente ello no fue así: a pesar de que el texto del Artículo 669 no ha sido modificado, la vigencia del concepto de propiedad privada del Código Civil esta en duda⁹¹.

C. Función social y función ecológica: la transformación del derecho de propiedad.

En el aparte inmediatamente anterior, al explicar el cambio en el concepto de propiedad sustentado bajo la concepción socialista, se reafirmó como elemento principal de la propiedad el cumplimiento de la función del bien. La determinación de esta función es el eje de la transformación de la propiedad, en la medida en que hace parte del derecho de propiedad y determina su contenido. Por lo tanto, a continuación se analizará en qué consiste la función social de la propiedad y cómo se ha entendido como eje de cambio, para luego determinar sus diferencias con la función ecológica y centrar el cuestionamiento del concepto de propiedad en esta última función.

De acuerdo con la teoría de Diguít, en cumplimiento de la función social el propietario debe emplear sus riquezas de acuerdo con su función y es legítima la intervención del Estado para exigir su cumplimiento. Al respecto el autor afirma:

“La propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumpla esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención

⁹¹ En España, al igual que en Colombia se considera que se produce un choque entre las disposiciones del Código Civil y la Constitución, al entender que esta última supedita el contenido del derecho de propiedad a la función social, mientras en términos civilistas la propiedad es un derecho a priori y las limitaciones legales son excepcionales. En la doctrina española no hay duda del choque y de la insuficiencia del Código Civil, sin embargo hay quienes no consideran el Código obsoleto (la posición más radical al respecto es la de Vicente Montés) y plantean su aplicación e interpretación a la luz del precepto constitucional. El derecho de propiedad concebido en la C.E en su Artículo 33 se ha considerado como la unificación del concepto de propiedad aplicable a cualquier tipo de bien, que subsana la ambigüedad legislativa que se estaba presentando como consecuencia de numerosas regulaciones paralelas a la tradicional contenida en el Art.348 del Código Civil antes estudiado. “De todos es conocido que la situación preconstitucional se caracterizaba por la inadecuación del artículo 348 del Código Civil para dar cabida a la evolución sufrida por el derecho de propiedad como consecuencia de las nuevas concepciones sociales y económicas que pretendían la satisfacción de intereses colectivos”.

ANGOSTO, Ob.cit, p.70

de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas conforme a su destino”⁹².

La función social entendida en estos términos se constituye en contenido y en limitante del derecho al mismo tiempo: hace parte del contenido, en tanto las atribuciones del propietario y los actos permitidos están determinados por la función social, y es su limitante en cuanto legitima la intervención del Estado para asegurar su cumplimiento. Sin embargo, existen serias objeciones al concepto de función social. Se duda, por un lado acerca del contenido de lo “social”, ya que este término podría asumir múltiples significados, sin que sea posible atribuir este calificativo a una función específica. Al respecto se ha llegado a establecer que:

“... la afirmada imposibilidad de entender de modo unívoco la calificación social, sobre la falta de credibilidad de cualquier tipo de mensuración de la utilidad social, y por tanto, sobre la inutilidad de emprender cualquier clase de traducción a fórmulas jurídicas rigurosas, cuando no se llega a la desconfianza total hacia todas las proposiciones en que el adjetivo social aparece”⁹³.

Así las cosas, no se podría hablar de una función social de la propiedad, en tanto la función entendida como la consecución de un interés general es exigible para cualquier derecho⁹⁴. Como fórmula vacía, el término función social bien podría aplicarse para exigir al trabajador que acepte su despido, si con la liquidación de la empresa donde trabaja, se consigue la mejor prestación de un servicio como fin de la colectividad.

Existe una objeción adicional a la función social, según la cual, conferir una función a la propiedad implica establecer límites a las atribuciones al propietario a partir de elementos externos que no hacen parte del contenido del derecho y por tanto bien pueden resultar ignorados.

⁹² DIGUIT. Op. cit., p.229

⁹³ RODOTA. Op. cit., p.192

⁹⁴ *Ibíd.*, p.99

“Precisamente en este remachado carácter extraño que la función tiene respecto del derecho se origina la contradictoria utilización del concepto de función, que -concebido como una atemperación del carácter absoluto de una propiedad individualista- se convierte en fórmula defensiva del derecho de propiedad tradicional...”⁹⁵

Ahora bien, frente a las objeciones expuestas antes, es posible contestar que a pesar de la multiplicidad de acepciones posibles para el concepto “social” no por ello ha de negarse la utilidad social que debe cumplir la propiedad, atendiendo incluso a las dos concepciones estudiadas. De esta forma, en términos individualistas, la propiedad deviene utilidades para el propietario en la medida en que tiene la atribución de usufructo del bien. En este mismo sentido, a la luz de la concepción socialista, la propiedad es la afectación de un bien para el interés colectivo, afectación que no tendría sentido si no implica utilidades para el propietario.

En cuanto a la utilidad social, entendida en términos de utilidad colectiva, pueden surgir dudas si se mantiene la perspectiva individualista de la propiedad. Sin embargo, si se logra identificar la propiedad dentro de un sistema que protege intereses colectivos, es claro que la propiedad debe buscar beneficiar tales intereses, sin que sea excluyente con el ejercicio individual por parte del propietario.

Frente a los cuestionamientos acerca de la función social como limitante externo a la propiedad, vale la pena preguntarse si la limitación al uso, abuso o disposición del bien, en razón de las características del mismo bien y la posibilidad de castigar actos contrarios a tales características, aún pueden considerarse como elementos externos al derecho de propiedad, cuando además se ha dejado atrás la idea del derecho subjetivo absoluto.

En este orden de ideas, aceptar las anteriores objeciones implicaría dotar a la propiedad de un carácter absoluto inmodificable, que no tiene cabida dadas las condiciones de transformación que se han venido describiendo. Por tanto, es plausible considerar que la

⁹⁵ RODOTA. Op. cit. , p.218

función social actúa como eje de transformación del concepto de propiedad, en tanto modifica sustancialmente el derecho, determina su contenido específico y supe dita las actuaciones del propietario al interés general.

La transformación del derecho de propiedad entendida en estos términos no implica una alteración superficial, el verdadero cambio se verifica en dos elementos fundamentales: el contenido del derecho y la atribución del propietario. En cuanto al contenido del derecho, es claro cómo, bajo el nuevo concepto de propiedad, la función social determina las atribuciones del propietario y por tanto el alcance mismo del derecho. En pocas palabras, el cambio implica que el derecho de propiedad ahora se define a partir de sus límites y no, al contrario, como sucedía bajo el esquema tradicional.

La atribución del propietario también varía teniendo como eje la función social. El propietario no asume su posición en cuanto tal, es decir, en virtud de la titularidad, por ende los límites impuestos no corresponden al abuso del derecho. Por el contrario, la atribución del propietario está dada por su actividad en pro del interés general. En este sentido,

“mientras para la concepción tradicional de los derechos subjetivos, el sujeto al que venían atribuidos los poderes (titular del derecho) era, en principio, libre para determinar el uso de los poderes, utilizándolo según sus propios fines y conveniencias, se ha modificado ahora este esquema tradicional desde el momento en que el ordenamiento jurídico prevé que el ejercicio de esos poderes no vaya dirigido únicamente a la satisfacción del interés privado, sino de mas generales exigencias de la sociedad en su conjunto”⁹⁶.

La transformación del derecho de propiedad teniendo como eje la función social se dio también en Colombia⁹⁷, a pesar de los contradictores que han pretendido negar el cambio

⁹⁶ MONTÉS. Op.cit., p.186. Es necesario aclarar que para el autor citado la teoría del abuso del derecho dio paso a la transformación de la propiedad, sin embargo tal como se expuso antes en este estudio no se considera que el abuso del derecho se puede considerar como antecedente de dicho proceso. Ver página: p.18

⁹⁷ Tal como se expuso antes la Constitución de 1991 determinó el contenido del derecho de propiedad a partir de la función social y ecológica; sin embargo es necesario tener en cuenta que el cambio tuvo su origen muchos años atrás en 1936 a través del Acto legislativo 01 que reformó la Constitución de 1886. El Artículo 10 de dicho Acto, estableció “ Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justotítulo, con arreglo a la leyes civiles por personas naturales o jurídicas , los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

aduciendo una aparente contradicción en el Art.58 de la Constitución, buscando preservar el derecho de propiedad con su carácter subjetivo absoluto.

Las implicaciones del proceso de transformación en el contenido del derecho de propiedad y las atribuciones del propietario son fácilmente verificables. En primer lugar, hoy no cabe duda que la función social es parte inherente del derecho de propiedad y por ende determina su contenido. Al respecto la Corte Constitucional afirma:

“El derecho de propiedad se configura como un derecho subjetivo que tutela intereses individuales, derecho que encuentra los límites del poder conferido al titular para su ejercicio, en el cumplimiento, precisamente, de la función social que le corresponde; en consecuencia, esa función social no se debe entender como un mero límite externo para su ejercicio, sino como parte sustancial del mismo”⁹⁸.

Acerca de la atribución del propietario, es necesario recordar el Art. 58 C.N, antes transcrito. Este artículo estableció que el interés general debe ceder al particular y por tanto son permitidas medidas restrictivas que, aunque afecten el derecho de propiedad, tengan como finalidad el bien común.

Teniendo en cuenta los objetivos que persigue la función social y las implicaciones de esta función para las actividades de los propietarios, la función social debía ser, en últimas, el elemento que define el contenido del derecho de propiedad, de forma tal que se asegure la protección de intereses colectivos⁹⁹. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano la función social no cumple este papel.

Cuando de la aplicación de una ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones”.

Para su tiempo, la reforma resultó bastante innovadora y controversial, ya que pretendía modificar el régimen de propiedad existente buscando limitar el derecho de propiedad para redistribuir la tierra. Por tal razón, se considera que a través de esta reforma, “...tanto el ejecutivo como el Congreso buscaban la modernización de la propiedad agraria. Acabar con la noción de derecho de dominio como derecho absoluto. Había que hacer comprender a los propietarios que no bastaba con tener el título inscrito sino que era necesario poseer la tierra con hechos positivos que mostraran una explotación económica de ella”

SILVA. Op. Cit. , p.86

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-589/1995. MP. Fabio Morón Díaz.

⁹⁹ En España la función social se entiende como elemento fundamental del derecho de propiedad que define su contenido. En la Constitución española de 1978, la función social queda establecida en el Art. 33 numeral 2 así: “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Para Montés y Angosto

Función social y función ecológica¹⁰⁰: ¿Género-especie?

Una vez se ha entendido la función social como eje de transformación del derecho de propiedad, en este aparte se analizará la función ecológica, como otra función que determina el contenido de dicho derecho y, por ende, cuestiona el concepto de propiedad del Código Civil.

El análisis empezará por determinar las diferencias entre las dos funciones, para luego caracterizar la función ecológica y finalmente establecer las exigencias que implica tal función frente al derecho de propiedad. Desde este momento se debe decir que la caracterización de la función ecológica de la propiedad se hará como resultado de un proceso de construcción autónomo que culmina con la construcción de una definición, dado que la función ecológica no encuentra precisión conceptual en la legislación

(ANGOSTO, p.76 y MONTÉS, p. 185) la función social se ha entendido dentro del ordenamiento español como un concepto válvula que se puede utilizar para distintas situaciones. Tal como lo establece el mismo texto constitucional la función social no se refiere al ejercicio de la propiedad en una sola de sus manifestaciones; es decir, la función social delimita el contenido del derecho de propiedad ejercido sobre cualquier clase de bien. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha especificado el papel de la función social frente al derecho de propiedad. En la sentencia 37 del 26 de Marzo de 1987 afirma: "...la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad". Más adelante en la sentencia 88 del 17 de marzo de 1989, establece "la utilidad individual y la función social definen de modo inescindible el contenido del derecho de propiedad sobre cada tipo de derecho de propiedad a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución". (Cfr. ANGOSTO, p.79)

¹⁰⁰ En el caso español no se hace una clara diferencia entre ambas funciones. El Art. 33 C.E. y el Art. 45 C.E. establece que: "2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado". Por tanto, la función social como limitante del derecho de propiedad debe tener en cuenta la obligación constitucional de velar por la utilización racional de los recursos naturales y defender el medio ambiente. En este contexto la función social del derecho de propiedad debe entenderse en dos perspectivas distintas: una función impulsiva y como función límite. (BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, Madrid: Tecnos 1995, p.744).

En la primera de las perspectivas la función social pretende movilizar al propietario a utilizar su propiedad por medio de la amenaza de expropiación por incumplimiento de la función social, sin embargo el impulso hacia la actividad también es trasladable a los usos del suelo exigidos por razones ambientales.. Es así como, "... el alcance de este efecto propulsivo deberá ser constatado al diseñar las grandes opciones configuradoras del territorio a fin de garantizar el equilibrio ambiental en los asentamientos humanos" (Ibíd..., p. 74) En cuanto a la función social en la perspectiva delimitante, las restricciones ambientales inciden en el contenido del derecho de propiedad sobre ciertos bienes; es el caso de aquellas zonas de especial importancia ambiental o recursos naturales específicamente. Es decir, "la perspectiva ambiental incide en el núcleo esencial de las facultades dominicales de uso y goce de los bienes (...) la identificación de estos bienes y su sometimiento aun régimen genérico o específico de protección y conservación no sólo los apartan del proceso económico, sino que genera en sus titulares unos deberes específicos de conservación de su sustancia que impiden su destrucción o transformación" (Ibíd..., p. 74)

ambiental vigente, ni en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema¹⁰¹.

Es necesario tener en cuenta que la función ecológica, como elemento inherente a la propiedad, se desarrolla bajo la misma concepción ideológica que se expuso antes, al hablar de la función social. En esta medida, el análisis cuenta con dos bases fundamentales: es exigible a la propiedad el cumplimiento de una función específica y los actos del propietario están garantizados si se encaminan a lograr dicho cumplimiento. No hay lugar a repetir el sustento teórico de la función ecológica de la propiedad, sin embargo, esta última función atiende a preocupaciones e implica consecuencias, distintas a las de la función social.

Para lograr identificar las diferencias existentes entre la función ecológica y la función social se debe lograr la eliminación de la relación género – especie en la que la función social es el género. Esta relación se ha establecido como consecuencia de la consagración del Art. 58 que incluye el término *inherente* y de la tendencia común a incluir los conceptos ambientales en otras categorías, como “lo social” en este caso.

En este punto se debe atender a los argumentos expuestos antes, acerca de la multiplicidad de acepciones que puede tener el concepto social. Es posible considerar que la definición varía de acuerdo con la disciplina del investigador, así para un abogado y para un sociólogo “lo social” nunca será lo mismo¹⁰². Sin embargo, en este texto, acogiendo la teoría de Diguit y las precisiones de Montés, se entenderá que “lo social” hace referencia a los intereses colectivos y a la utilidad general, por oposición al interés o beneficio particular. De esta forma, dentro de la función social se acogen los intereses particulares y generales del propietario.

La función social de la propiedad exige la protección de intereses colectivos que implican beneficios de producción de ciertos bienes. Tal como se estableció antes en las consideraciones de Diguit, la función social implica el uso del bien de acuerdo con su naturaleza, y por tanto, el propietario debe utilizar su bien buscando obtener la mayor

¹⁰¹ La profundización sobre la imprecisión conceptual es el tema desarrollado en el Capítulo II de este texto.

¹⁰² RODOTA, Op. Cit., p.192

utilidad. En estos términos se puede afirmar que “la función social de la propiedad busca que los bienes sean productivos, tanto para el dueño como para la comunidad”¹⁰³.

Es posible llegar a pensar que dentro del término social se puede incluir el interés ecológico. En tal sentido se afirma:

“el concepto clásico de Función Social, el cual se formulaba desde la explotación económica de un predio con el fin de redistribuir la riqueza y cumplir con el deber social, es enriquecido durante el Siglo XX y ya en el Siglo XXI esta (sic) deber implica factores además de económicos, factores culturales y ambientales que le son inherentes de utilidad común e interés social”¹⁰⁴.

Siendo ello así resultaría redundante la inclusión de la fórmula de función ecológica en el texto del Art.58 la Constitución, dado que la función social incluiría lo ecológico, y no sería necesario agregar una función más al derecho de propiedad. Esta posición se evidenció durante la discusión del Art. 58 en las sesiones de la Asamblea Constituyente, en donde algunos constituyentes consideraban innecesario incluir la función ecológica de la propiedad¹⁰⁵. Por su parte, los constituyentes que pensaban que si era pertinente redactar el artículo en los términos en que quedó, se refirieron a la función ecológica así:

“Como gran novedad se le impone (al derecho de propiedad) también una función ecológica, a la cual es inherente a la función social de la propiedad. Esta función va más allá de los aspectos meramente socioeconómicos, al incorporar toda una concepción del ambiente como invaluable patrimonio colectivo”¹⁰⁶.

Sin embargo, en el texto constitucional se configura la función ecológica como derivación de la función social y, ambas, como limitantes del derecho de propiedad. Parecería entonces que no hay porque eliminar la relación especie-género entre ambas

¹⁰³RODRIGUEZ, Gloria Amparo, La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de Resguardos Indígenas. En: Beatriz Londoño EtAl. Propiedad, Conflicto y Medio Ambiente Bogotá Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, p.111

¹⁰⁴ SANCHEZ.Op. Cit. ,p.22

¹⁰⁵ Cf. COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

¹⁰⁶ Gaceta Constitucional, No. 112, del 3 de Julio de 1991, p.6. citado por SILVA, Claudia Marcela. La función ecológica de la propiedad en Colombia. Bogotá, 2004. p.95. Tesis de Grado. (Abogada).Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.

funciones. No obstante, tal como sucedió en el análisis de la función social, se hace necesario determinar las connotaciones del término “ecológica” que se agrega a esta nueva función. La ecología se ha entendido como un concepto de carácter general que comprende las relaciones entre los organismos y su entorno¹⁰⁷, también se ha entendido como la ciencia que analiza precisamente tales relaciones. Por tanto, el calificativo ecológico hace alusión a la función que cumple la propiedad dentro del entorno o medio ambiente, al considerar que su cumplimiento incide en las relaciones entre el hombre, el medio ambiente y los recursos naturales¹⁰⁸.

En estas circunstancias, la función ecológica plantea un elemento adicional al contenido del derecho de propiedad: las limitaciones que se impongan no sólo buscarán la utilización racional del bien para su aprovechamiento, sino su utilización acorde con las restricciones ambientales. Tal como lo afirma Gloria Rodríguez,

“...mediante la función ecológica se pretendió garantizar la calidad de vida de las personas, la protección de los recursos naturales y la implementación del principio del desarrollo sostenible (...) la función ecológica intenta proteger el entorno, los ecosistemas, en aras de lograr hacer efectivos los derechos ambientales¹⁰⁹”

El punto de quiebre entre los dos tipos de función de la propiedad, se da en la visión *antropocéntrica* que sustenta la función social y el *biocentrismo* por el que propugna la función ecológica. Las visiones mencionadas hacen referencia a momentos históricos en la evolución de la relación del hombre con la naturaleza, que resultan aplicables en este contexto teniendo en cuenta que cada una de estas visiones sustenta las relaciones de acercamiento entre el Derecho y el medio ambiente.

Bajo la perspectiva *antropocéntrica* el hombre dominaba la naturaleza y está estaba a su disposición sin ninguna limitación: la explotación de los recursos era indiferente a la salud y bienestar del hombre¹¹⁰. Sin embargo, esta concepción cambió:

¹⁰⁷ SILVA. Op. cit., p.98

¹⁰⁸ Ver RODADO, Julio Cesar. Constitución y derecho ambiental: principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente. Bogotá: 2001.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ. Op. cit., p.112-113

¹¹⁰ MACÍAS. Op. cit., p.32

“El hombre hace parte de la naturaleza, no se puede analizar por fuera de ella; se pasa de una concepción puramente antropocéntrica a una visión biocéntrica. No se puede considerar el ser humano como un ser independiente de la naturaleza. La concepción incluye, en consecuencia, las aguas, las plantas, los animales, las tierras e, incluso, las ciudades y las condiciones de vida”¹¹¹.

En estas circunstancias, el ejercicio del derecho de propiedad con función ecológica, debe estar lejos de ser entendido como una atribución absoluta de explotación desmedida del bien para obtener la mayor utilidad. Al admitir las connotaciones de la función ecológica y el cambio de visión descrito, ha de quedar claro que la diferencia entre las dos funciones radica en el cambio de visión del hombre frente a la naturaleza.

Dentro del proceso de caracterizar la función ecológica, es necesario, además, marcar la diferencia entre la función mencionada y el derecho a un medio ambiente sano. La asociación entre estos dos conceptos es común en la medida en que, se ha mantenido la tendencia a agrupar bajo un mismo criterio, cualquier concepto relacionado con el medio ambiente sin ninguna clase de distinción. Por tal razón, es necesario tener claro que aunque la función ecológica busca hacer efectivo los derechos ambientales, no es el derecho en sí. El derecho al medio ambiente sano se encuentra consagrado en el Art. 79 de la Constitución de 1991 en los siguientes términos:

“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

En este orden de ideas, el derecho al medio ambiente sano, es un derecho colectivo protegido constitucionalmente, cuya aplicación se entiende como la obligación en

¹¹¹ *Ibíd...*,p.32

cabeza de los ciudadanos y el Estado, de preservar las condiciones mínimas ambientales y de salubridad que garantizan la supervivencia del hombre¹¹². De esta forma:

“Las condiciones ambientales óptimas requeridas para los propósitos indicados, necesariamente obligan a el Estado y a la sociedad en general a acometer los asuntos atinentes al deterioro ambiental desde una perspectiva integral, esto es, que busque la solución global o de conjunto de su problemática, atendiendo y respondiendo a sus manifestaciones o revelaciones externas, como son: los asentamientos irregulares en la ciudad y en el campo; el deterioro constante de los recursos naturales renovables, (atmósfera, las aguas, la tierra, el suelo y el subsuelo, la flora, la fauna, las fuentes primarias de energía no agotables, las pendientes topográficas con potencial energético, los recursos geotérmicos, los recursos hidrobiológicos y el paisaje), y la creación por el hombre de elementos o factores nocivos (ambiente cultural - basura, ruido, olores, etc.) que inciden en el menoscabo del ambiente”¹¹³.

La función ecológica se predica del derecho de propiedad específicamente en tanto hace parte de su contenido. Es decir, el propietario como cualquier ciudadano tiene el deber de preservar el medio ambiente, como ciudadano y no únicamente por su calidad de propietario. Sin embargo, el cumplimiento de la función ecológica no es exigible a un ciudadano que no es propietario, pero el respeto del derecho al medio ambiente sano sí, pues este compete a todos los ciudadanos según el texto constitucional.

Como conclusión, se debe tener claro que la función ecológica hace parte del derecho de propiedad y en esa medida hay un contenido obligacional adicional que pretende proteger intereses colectivos ecológicos. Tales intereses no son asimilables a los intereses sociales que persigue la función social, pero si inciden de la misma forma en el contenido del derecho: ya no es posible entender el derecho de propiedad como un derecho subjetivo absoluto, por tanto el propietario ya no tiene la posibilidad de usar su

¹¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-284 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹³ *Ibíd.*

bien libremente sin ningún tipo de restricción y sus actos solo están protegidos si se ajustan a intereses ecológicos y sociales.

Así las cosas, la función ecológica de la propiedad no debería ser entendida como cualquier fórmula constitucional “decorativa”: la función ecológica abre la posibilidad de construir un nuevo derecho de propiedad. Sin embargo, en Colombia esta función no ha sido precisada conceptualmente y además no cuenta con herramientas para su aplicación.

II. ¿FUNCIÓN ECOLÓGICA?: Imprecisión Conceptual.

En el capítulo anterior se hizo evidente la transformación del concepto de propiedad en Colombia a través de la función ecológica de la propiedad, al pasar de un concepto individualista clásico hacia un nuevo derecho de propiedad socialista¹¹⁴. La contraposición entre los dos conceptos de propiedad permitió concluir que existe una tensión entre el Código Civil y la Constitución de 1991. Sin embargo, no hay claridad conceptual acerca de la función ecológica: no se sabe a ciencia cierta, cual es su contenido, que obligaciones genera su cumplimiento, y tampoco se han identificado las herramientas necesarias para su aplicación.

La Constitución de 1991 hace referencia a la función ecológica en su Art. 58, pero no contiene ninguna definición de esta función. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema es escasa e incompleta. Solo hasta el año 2006 aparece un pronunciamiento que caracteriza la función ecológica como función inherente al derecho de propiedad, independiente de la función social. Hasta ese momento permanecía vigente la confusión que mantenía la función ecológica bajo el género de “lo social”¹¹⁵ y se entendía como otra de las aplicaciones del derecho al medio ambiente sano. Finalmente, aunque en la legislación ambiental existen instrumentos legales que contienen referencias textuales a la fórmula constitucional, no existe una definición de función ecológica, ni se han especificado herramientas jurídicas para su aplicación.

La doctrina colombiana tampoco ofrece mayor precisión acerca de la función ecológica. Ha construido varias definiciones de función ecológica desde diferentes perspectivas y con referencia a contextos de aplicación disímiles. Así por ejemplo, se ha entendido que esta función es “el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente, que no es otra cosa que la aceptación y aplicación de las medidas impuestas por la política ambiental para prevenir, reducir, o controlar la contaminación; y procurar

¹¹⁴ Es pertinente recordar en este punto que el término socialista se refiere a la concepción socialista de León Diguít y no a un tipo de sistema económico.

¹¹⁵ Se hace alusión en estos términos tal como se hizo en el Capítulo I al discutir acerca del contenido e la función social. En ese momento se menciona la crítica de Stefano Rodota al término social al considerar que era un término imposible de precisar si se tiene en cuenta que puede adquirir diversos matices de acuerdo con la posición del intérprete. RODOTA Op. cit., p.192

el desarrollo sostenible”¹¹⁶. Bajo esta perspectiva, la función ecológica es una más de las aplicaciones del derecho al medio ambiente sano, que no hace referencia expresa al ejercicio del derecho de propiedad; por tanto, puede ser exigible a cualquier persona y su cumplimiento está tutelado a través de las acciones populares¹¹⁷ como mecanismos de protección de derechos colectivos¹¹⁸.

También se ha hecho referencia al tema en estos términos: “el concepto de función ecológica como tal implica, que no se pueda usar la propiedad de forma tal que cause daño al medio ambiente o a la salud de los hombres, los animales, o que altere los recursos naturales”¹¹⁹. Esta definición entiende la función ecológica relacionada específicamente con la forma en que se debe usar la propiedad, buscando al mismo tiempo, preservar los recursos naturales y proteger la salud de los hombres y de los animales.

Una tercera definición se refiere al cumplimiento de la función ecológica en relación con una comunidad específica, de tal forma, que el contenido de la función se ajusta a las características y costumbres de dicha comunidad. Bajo esta perspectiva la función ecológica se ha definido como “...aquella función que presta un espacio para garantizar la continuidad de las dinámicas ecológicas naturales, la conservación de la biodiversidad – los bosques, el agua, el suelo- así como la protección de las culturas que lo habitan”¹²⁰.

Las anteriores definiciones, aunque ofrecen un cierto grado de claridad acerca de la función ecológica, dejan sin respuesta varios interrogantes: ¿Qué tipo de comportamientos son exigibles a los particulares para que se cumpla la función?;

¹¹⁶ ROJAS PEÑA, Diego Mauricio. La función ecológica de la propiedad privada en Colombia: análisis desde una perspectiva de precedentes jurisprudenciales y de la normativa vigente. Bogotá 2004. p.18. Tesis de Grado. (Abogado) Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

¹¹⁷ El Art. 87 C.N. establece “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

¹¹⁸ De acuerdo con el Art.79 C.N: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

¹¹⁹ SILVA. Op. cit., p.95

¹²⁰ COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL EN CONVENIO CON UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Función ecológica de la propiedad en resguardos indígenas. Coordinadora Académica: Beatriz Londoño. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2004. p 1.

¿Cuáles son los límites a la función ecológica?; ¿Existen herramientas jurídicas para aplicar la función ecológica?

La imprecisión conceptual en la Constitución de 1991, en la doctrina y en la legislación ambiental vigente, ha tenido como consecuencia el desconocimiento del contenido de la función ecológica de la propiedad y, por ende, de las obligaciones que implican su cumplimiento. Se ha establecido, de esta manera, un ámbito incierto de aplicación propiciado por el razonamiento divergente entre intérpretes, tal como se evidenció en las definiciones transcritas; y por el criterio de aplicación de diferentes operadores jurídicos. Así las cosas, la función ecológica de la propiedad puede considerarse aplicable en cualquier situación o, en contraste, únicamente en contextos específicos como el caso de las comunidades indígenas*. Por esta razón, en este segundo capítulo se pretende dotar de contenido a la función ecológica a través del análisis de los elementos que puedan arrojar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la legislación ambiental vigente.

Inicialmente, se analiza la posición de la función ecológica dentro de la Constitución de 1991, con la preocupación de estar frente a una fórmula constitucional meramente “decorativa”, a pesar de ser el centro de la tensión existente entre el Código Civil y la Constitución de 1991. A continuación, se estudia la posición de la Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, y finalmente, se examinan varios instrumentos legales para lograr, por inducción, precisar el contenido de la función ecológica de la propiedad. Del éxito de este ejercicio depende la solidez de la tesis del texto: al lograr precisar el contenido de la función ecológica es posible construir un nuevo concepto de propiedad que deje de lado la idea del derecho subjetivo absoluto que contiene el Código Civil.

* De acuerdo con conversaciones sostenidas con funcionarios de la Oficina de Educación y Participación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia, Bogotá. Agosto 10 de 2006.

A. ¿Constitución ecológica?

La preocupación acerca de la consagración de la función ecológica de la propiedad en la Constitución de 1991 como una figura “decorativa”, se deriva de dudar de los enfoques tradicionales que han pretendido entender la Constitución como el destino culminante de un proceso de evolución exitoso, para incluir el tema ambiental en el ordenamiento jurídico. Aunque no se debe llegar al extremo de dudar de la importancia de la inclusión de la función ecológica de la propiedad como parte del texto constitucional, si se debe enfatizar en que la simple inclusión no es suficiente, se debe hacer precisión conceptual acerca del contenido de esta función.

Bajo la perspectiva tradicional, expuesta por gran parte de los textos de derecho ambiental¹²¹, el proceso de evolución del derecho ambiental colombiano se inicia con la expedición del Código Fiscal (Ley 110 de 1912) donde se regula por primera vez la explotación de los bosques y se alude a la competencia del Estado para hacer las reservas que considere pertinentes. Años más tarde se expiden la Ley 200 de 1936¹²² y la Ley 135 de 1961¹²³, donde se establecen importantes reformas agrarias que hicieron evidente un prematuro interés por el ambiente y el manejo de las tierras¹²⁴.

¹²¹ Fueron consultados: MACÍAS, Luís Fernando. Introducción al Derecho Ambiental, Bogotá Legis. 1998, RODAS Julio Cesar, Constitución y derecho ambiental: principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente. Bogotá: 2001, POSSE PATIÑO, Miguel. Derecho ambiental colombiano. Bogotá: Legis 1999.

¹²² Esta ley incluyó la extinción de dominio a cargo del Instituto Nacional de Reforma Agraria, en favor del Estado para aquellos predios que no estaban siendo explotados económicamente. Esta medida implicó la introducción de limitantes al ejercicio del derecho de propiedad rural específicamente. Cf. RODAS

¹²³ Por medio de esta ley, se estableció el procedimiento de extinción de dominio por inutilización de la propiedad. Adicionalmente se establecieron las condiciones necesarias para que el Instituto de Reforma Agraria pudiera adquirir predios de propiedad privada cuando se ha declarado su adquisición como de utilidad pública e interés social.

¹²⁴ Para este momento, más que la preservación del territorio lo realmente problemático era la utilización adecuada de la tierra en cultivos o ganado para garantizar la alimentación y el sostenimiento de los campesinos. No sin razón se estableció en la Ley 200 la explotación de la tierra como prueba de la propiedad, así:

“Artículo 1. Se presume que no son baldíos sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sembreras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. El ceramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de explotación económica, pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella. También a las porciones incultas cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de éste”.

Esta misma ley prohíbe la tala de árboles por los problemas que se generan para las cuencas abastecedoras de agua:

“Artículo 8: Es prohibido, tanto a los propietarios particulares como a los cultivadores de baldíos, talar los bosques que preserven o defiendan las vertientes de aguas, sean éstas de uso público o de propiedad particular, y que se encuentran en la hoya o zona hidrográfica de donde aquéllas provengan. En las hoyas o zonas a que se refiere esta

En 1972 se produce una declaración internacional, la Declaración de Estocolmo, considerada como la primera manifestación de preocupación internacional¹²⁵ por los efectos de la acción del hombre sobre el medio ambiente. En esta declaración¹²⁶ se establece, por primera vez, que dadas las condiciones de crecimiento global y subdesarrollo mundial, era necesario que el hombre decidiera asumir la responsabilidad de la protección del medio ambiente para su supervivencia y la de las futuras generaciones. Se debía lograr que cada Estado, dentro del respeto por su soberanía, especificara las políticas ambientales que estaba dispuesto a impulsar para lograr una planificación racional de desarrollo socioeconómico que garantizara mejores condiciones de vida para todos los seres humanos¹²⁷.

disposición, sólo podrán hacerse desmontes, previo permiso otorgado por el Gobierno, con conocimiento de causa, y siempre que las obras que vayan a realizarse no perjudiquen el caudal de las aguas respectivas. La contravención a lo dispuesto en este artículo acarreará al responsable una multa de veinte pesos (\$20) a doscientos pesos (\$200), que impondrá la autoridad policiva más inmediata al respectivo lugar, de oficio o a petición de parte interesada, y la obligación de replantar los árboles destruidos". Con esta prohibición se pretendía evitar el desabastecimiento de agua, al entenderla como elemento necesario dentro del proceso de producción más no como recurso natural no renovable.

¹²⁵ A partir de esta Declaración la preocupación internacional sobre el medio ambiente se materializa en las constituciones de varios países expedidas después de 1972. Se puede tomar como ejemplo la Constitución de España expedida en 1978, que en su Art. 45 estableció:

" 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

En el ordenamiento español, el medio ambiente está consagrado de manera independiente como un derecho y deber exigible a las autoridades públicas, que se encuentra a su vez relacionado con otras materias dentro de la misma Constitución. Es así como, " la Constitución española de 1978, siguiendo la pauta de todas aquellas que han sido promulgadas o reformadas a partir de la década de los años setenta dedica un precepto al medio ambiente- destacando su especialidad respecto a materias próximas como salud pública (art.43), cultura (art.44) o patrimonio artístico y, al propio tiempo, lo enuncia como un derecho...¹²⁵". (BARNES Vázquez Javier

(Coordinador), Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia. Madrid: Tecnos; Junta de Andalucía, c1995 p.727).

¹²⁶ La Declaración se da como producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada del 5 al 16 de Junio de 1972 en Estocolmo. Se considera como la primera reunión a nivel mundial, donde se manifiesta la preocupación internacional por el medio ambiente. Sin embargo, se ha considerado que la preocupación del momento atendía más a un efecto económico y a una perspectiva antropocéntrica, en tanto no se conocían las dimensiones posibles de los daños ambientales y las consecuencias económicas que tales daños pudieran tener. Cfr: PEREZ, Efraín. Derecho Ambiental. Bogotá: Mc Graw Hill, 2000.

¹²⁷ La declaración utiliza el término hombre específicamente, al referirse a su relación con el entorno, como el responsable de las acciones que se deben acometer para la protección del medio ambiente y en últimas como el beneficiario de las medidas que se adopten.

En 1974, a la luz de los principios¹²⁸ establecidos en la Declaración de Estocolmo¹²⁹, se expidió en Colombia el Código Nacional de Recursos Naturales –CNRN– (Decreto Ley 2811 de 1974)¹³⁰, buscando garantizar la adecuada planeación y organización de los recursos naturales como patrimonio de todos los hombres. Este Código se ha considerado como un gran intento de recopilación de la legislación ambiental. Se expidió con el propósito de establecer un texto sistemático único¹³¹, que debía contener todas las disposiciones pertinentes acerca del manejo de los recursos naturales, en cuanto a los usos permitidos y las restricciones que aseguraran la preservación y conservación de tales recursos. Por esta razón, se afirma que antes del CNRN no existía legislación ambiental,

“Si bien había normas relativas a distintos recursos naturales renovables, como los bosques o las aguas, estas disposiciones no estaban relacionadas al ambiente, sino que se referían de forma sectorizada a cada recurso en particular sin guardar coherencia entre sí, pues obedecían a las circunstancias disímiles que habían motivado la expedición de cada una de ellas”¹³².

Finalmente, en 1991 se expide la que se ha llegado a denominar como una “constitución ecológica”¹³³, porque contiene varias disposiciones¹³⁴ relacionadas con la protección del ambiente sano, salud y saneamiento ambiental, desarrollo de actividades agrícolas, conservación de áreas de importancia ecológica, cuidado de riquezas

¹²⁸ Específicamente el Principio 2 establece: “Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

¹²⁹ En 1992 se da la Declaración de Río como continuación de la de Estocolmo. En esta oportunidad se estableció el concepto de desarrollo sostenible y los principios generales para la aplicación de este concepto. Se buscó lograr la convivencia armónica entre los seres humanos y la naturaleza en el marco del desarrollo económico, por tal motivo se exhortó a los Estados para que adoptaran las acciones, medidas y programas tendientes a controlar y evitar actividades que atentarán contra el medio ambiente. En su momento la consolidación del concepto de desarrollo sostenible, resultó sin duda innovadora ya que implicaba imponer límites ciertos al desarrollo económico que en principio se entendía ilimitado

¹³⁰ Cfr. MACÍAS, p.61

¹³¹ *Ibíd.* p. 64

¹³² AMAYA, Oscar Darío. La constitucionalidad del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en: Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 181

¹³³ Cfr. AMAYA, Oscar. La constitución ecológica de Colombia.: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Esta última esta compuesta por todas aquellas disposiciones constitucionales que se refieren a la protección del medio ambiente sano, salud y saneamiento ambiental, desarrollo de actividades agrícolas, conservación de áreas de importancia ecológica, cuidado de riquezas naturales, función ecológica de la propiedad, entre otras.

¹³⁴ RODAS Monsalve Julio Cesar, Fundamentos del derecho ambiental colombiano. Bogotá: Ediciones. Uniandes, Tercer Mundo, 1995. p.35

naturales, entre otras¹³⁵. Al parecer, la cuestión ambiental no ofrece, a partir de este momento, mayores dificultades, en tanto hay varias disposiciones constitucionales donde se han plasmado preocupaciones específicas como la protección del derecho colectivo al medio ambiente, o la conservación de zonas ecológicas importantes.

Sin embargo, la cuestión no es tan evidente. La consagración legal y constitucional del tema ambiental refleja el diálogo que se da entre el Derecho y el medio ambiente. Por tal razón, la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano acoge dentro de sus disposiciones la regulación del medio ambiente, determina el contenido de las instituciones de derecho ambiental y su grado de aplicación¹³⁶. Es necesario examinar las visiones contenidas en dicho diálogo para evaluar, en qué medida puede la consagración constitucional de 1991 ser el punto máximo de la evolución del derecho ambiental.

En el primer capítulo se identificaron dos visiones generales acerca de la relación entre el hombre y el medio ambiente: la visión *antropocentrista* y la *biocentrista*¹³⁷. La primera de ellas percibe el ambiente en función del hombre: los recursos naturales están a su disposición y las restricciones ambientales apuntan a evitar cualquier peligro para la especie humana. La segunda, la visión *biocentrista*, entiende al hombre como parte

¹³⁵ Cfr. GÓMEZ MEJÍA, Alberto. Medio Ambiente. En: Los cambios constitucionales: 1886-1991 Bogotá: Sociedad Económica Amigos del País. 1992. p.261

¹³⁶ Al respecto RODAS afirma: "No obstante, ello (la inclusión del ambiente como materia de relevancia constitucional) no es suficiente, pues en la actualidad la discusión se centra en determinar los mecanismos jurídicos de tutela, bien como derecho público subjetivo o sentido objetivo como bien jurídico, existiendo en torno a la discusión dificultades metodológicas que parten de los contornos difusos que puede adquirir el concepto de ambiente", RODAS. Fundamentos del derecho ambiental colombiano. Op. Cit., p. 28

¹³⁷ En la brecha existente entre estas dos visiones opuestas es posible identificar diferentes estadios que se reflejan en la consagración legal. En un primer momento la legislación pretende proteger al hombre de los riesgos que puede implicar la naturaleza para su propia supervivencia, en esta medida las disposiciones apuntan a establecer límites para mantener diferencias tajantes entre el hombre y su entorno. En un segundo estadio, la legislación entiende el ambiente como fuente de recursos y por tanto regula su utilización, de forma tal que asegure frutos y productos. De esta forma la regulación busca determinar la mejor forma de explotación de los recursos y se asocia directamente con los usos del suelo y el régimen de propiedad. En el tercer estadio, la visión va cambiando en la medida en que se entiende que los recursos naturales son agotables y no son fuentes infinitas a disposición del hombre. Esta posición se puede ver reflejada en la legislación que establece regímenes estrictos de preservación y conservación de los recursos naturales no renovables. Finalmente, ya a la luz de una visión *biocentrista*, la legislación pretende proteger el ecosistema donde se encuentren los recursos de forma tal que se garantice la conservación y preservación del medio ambiente, a través de herramientas de supervisión y control a cargo de organismos específicos. Sobre las etapas de la consagración legal ver: PEREZ, Op. cit, p.3. Este autor considera que existen cuatro etapas en la evolución de la legislación ambiental, a saber: 1. Protección enfocada en la protección de los riesgos específicos del ambiente que afectan la calidad de vida del ser humano; 2. La legislación apunta a dominar los recursos determinando criterios de uso; 3. Conservación de los recursos, más allá de la determinación de los usos; 4. Control ecológico de acuerdo con el ecosistema en el que se encuentra el recurso.

integrante de su entorno y, por ende, la protección del medio ambiente es un deber que garantiza la supervivencia de la especie y de las generaciones actuales y futuras.

En los últimos años el diálogo entre Derecho y medio ambiente se ha entendido a partir de una visión *biocentrista*, porque el derecho ambiental ha dejado de lado la idea de preservar los recursos únicamente para ser explotados por el hombre. Se ha llegado a considerar fortalecido el diálogo entre Derecho y medio ambiente, y se estima que el Derecho ha logrado interpretar y regular los fenómenos ambientales adecuadamente. Al respecto afirma el autor español, José Pardo Steve: “...En las últimas décadas del siglo XX se refleja ya en la legislación, en la gestión pública y en la jurisprudencia, una nueva correlación entre la sociedad y la naturaleza. (...) Esta nueva percepción, (...) acaba finalmente por reflejarse en el Derecho, particularmente en el tratamiento que dispensa a los recursos naturales”¹³⁸. Por su parte, Luís Fernando Macías considera que en Colombia el tema ambiental ha entrado a hacer parte de la acción misma del Estado, dejando de ser un discurso contestatario¹³⁹, lo que indicaría que el ordenamiento jurídico colombiano entiende la importancia de la protección del medio ambiente y la acoge como parte de los deberes a cargo del Estado.

Sin embargo, la imprecisión conceptual sobre la función ecológica podría indicar que el diálogo entre Derecho y medio ambiente aun refleja una visión *antropocentrista*. La consagración constitucional atiende la preocupación del momento acerca del ejercicio de la propiedad en contraposición con la protección del medio ambiente. En estas condiciones, pareciera que la función ecológica de la propiedad responde a una situación problemática para los propietarios, que se zanja superficialmente con una disposición constitucional, sin necesidad de definir su contenido.

Desde la inclusión de la función ecológica en el texto de la Constitución se pudo hacer evidente esta forma de diálogo. Durante las discusiones de la Asamblea Constituyente en 1991 no se tenía certeza acerca del contenido específico¹⁴⁰ de la función ecológica, sin embargo, tal como se mencionó en el primer capítulo, la aprobación del artículo se

¹³⁸ ESTEVE, José. Derecho al medio ambiente. Barcelona: Marcial Pons. 2005. p.183

¹³⁹ MACÍAS. Op. cit., p.30

¹⁴⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Op.cit

dio por votación en comisión sin llegar a un consenso acerca del sentido y propósito de esta función.

En estas circunstancias, la consagración constitucional de la función ecológica de la propiedad no debe considerarse el estadio máximo dentro de la legislación ambiental. Si bien la fórmula incluida en el Art. 58 de la Constitución resultó novedosa frente al derecho de propiedad¹⁴¹, la enunciación sin contenido no puede garantizar la aplicación efectiva y su cumplimiento verificable. Por el contrario, se abre espacio a una nueva controversia acerca del papel de la función ecológica frente al derecho de propiedad, como una limitación legítima o un elemento *parásito*¹⁴² que se aprovecha abusivamente del derecho de propiedad en aras del interés del colectivo.

Es posible pensar que no todo está perdido. La jurisprudencia constitucional y la ley están llamadas a desarrollar el contenido y las formas de aplicación de la fórmula del Art. 58 de la Constitución. ¿Por este camino, se logrará superar la imprecisión conceptual de la función ecológica de la propiedad?

B. La función ecológica de la propiedad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La posición de la Corte Constitucional frente a la función ecológica de la propiedad debería arrojar elementos acerca de su contenido y de las obligaciones que genera su cumplimiento, en tanto este alto tribunal es el encargado de interpretar y dotar de contenido el texto constitucional. Por tal razón, en este aparte se analizan varias sentencias con el propósito de lograr precisar el concepto de función ecológica de la propiedad. Se analizan las siguientes decisiones: T-537 de 1992, C-006 de 1993, C-223 de 1994, C-126 de 1998, C-147 de 1997, C-649 de 1997, C-595 de 1999, C-491 de 2002 y C-186 de 2006. La anterior selección se hizo teniendo en cuenta aquellas sentencias que hacen referencia¹⁴³ a la transformación del derecho de propiedad y

¹⁴¹ Cfr. AMAYA La constitucionalidad del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

¹⁴² MACIAS. Áreas protegidas y propiedad Op. Cit, p. 107

¹⁴³ El criterio de selección hubiera debido ampliarse además a aquellas sentencias que permitieran elaborar un patrón fáctico de aplicación de la función ecológica, sin embargo las referencias encontradas entre sentencias solo se dan

mencionan la función ecológica al hacer alusión a su relación con la función social y al analizar los límites del derecho de propiedad. El estudio de las sentencias permite evidenciar la forma en la que la Corte entiende el concepto de propiedad vigente, de acuerdo con el texto de la Constitución, frente a casos concretos o frente a otros instrumentos legales, como el Código Civil.

Las sentencias estudiadas, arrojan la siguiente conclusión: la Corte Constitucional acepta que el concepto de propiedad en Colombia ha sufrido una importante transformación y ya no puede ser entendido a la luz de la concepción individualista. En esta medida, deja de lado la idea de un derecho subjetivo absoluto que puede ser ejercido sin restricciones por su titular, haciendo evidente la tensión existente entre la legislación civil y la Constitución de 1991. Sin embargo, la Corte no aclara el contenido de la función ecológica, la asimila a la función social, y no concibe esta última función como eje de transformación del derecho de propiedad.

La Corte Constitucional inicia su reflexión acerca del derecho de propiedad y la función ecológica en la sentencia T-537 de 1992¹⁴⁴, cuando establece que esta función refleja una variación en el ordenamiento jurídico a partir de una nueva escala de preocupaciones sociales, donde la protección del medio ambiente se considera uno de los fenómenos que amerita la intervención estatal. Se habla entonces, de la “ecologización” de la propiedad como la necesidad de ejercer la propiedad en beneficio del titular, sin perjudicar a quienes lo rodean, buscando garantizar mayor bienestar para las generaciones venideras¹⁴⁵. En esta sentencia la Corte se refirió a la función ecológica al describir el derecho de propiedad como un derecho fundamental, cuando decidió una acción de tutela interpuesta por una ciudadana en contra del Gerente del Banco Central Hipotecario, porque no le permitió negociar una cédula hipotecaria que le había vendido a un señor que le pagó con unos cheques sin fondos.

Con esta primera sentencia la Corte parecía estar abriendo un camino de profundos cambios para el derecho de propiedad a la luz de la función ecológica. Sin embargo, en

entre sí por afinidad conceptual y no por resolver casos similares. Por esta razón, gran parte de las sentencias son de constitucionalidad y no de tutela.

¹⁴⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-537 de 1992, M.P. Simón Rodríguez

¹⁴⁵ *Ibíd.*

sus siguientes pronunciamientos la Corte acepta la transformación de la propiedad, pero menosprecia el papel de la función ecológica en este proceso.

En la sentencia C-006 de 1993¹⁴⁶ la Corte hace un estudio juicioso acerca del derecho de propiedad en el Código Civil y los nuevos regímenes de propiedad para determinar la exequibilidad del artículo 296 del Decreto Ley 2655 de 1988 y del artículo 1º, numerales 4 y 10 de la Ley 57 de 1987 en el cual se exigía el registro del derecho de minas, so pena de perderlo por extinción *ipso iure*.

La Corte en sus consideraciones se refirió a la transformación de la propiedad en estos términos:

“No solamente el elemento “arbitrariedad”, contemplado en la superada definición civilista de la propiedad, resulta erosionado- en cuanto el titular no es libre, so pena de sufrir la extinción de dominio, de sustraerse a la obligación legal de explotar económicamente su propiedad- sino que su libertad de disposición puede supeditarse a las exigencias del interés social, con lo cual la “alteridad” eclipsa la otrora subjetividad absoluta del derecho de propiedad”¹⁴⁷.

De esta forma, la Corte asume que la transformación de la propiedad implica superar el concepto de propiedad que contiene la legislación civil, porque a la luz de la Constitución de 1991, el titular del derecho debe supeditar sus acciones a intereses colectivos y no puede ejercer su derecho de forma absoluta.

Así las cosas, la Corte entiende el derecho de propiedad bajo una nueva perspectiva y se preocupa por determinar las limitaciones permitidas para lograr preservar el contenido esencial de este derecho. En las sentencias C-223 de 1994¹⁴⁸ y la C-649 de 1997¹⁴⁹, la Corte establece el contenido esencial del derecho de propiedad para proteger dos atribuciones del propietario: el goce y la facultad de disposición.

¹⁴⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-006 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-223 DE 1994, MP. José Gregorio Hernández

¹⁴⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-649 de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell

Al respecto, en la sentencia C-223 de 1994 la Corte estableció: “Ese núcleo irreductible de poder, garantizado por la Constitución, se refiere al nivel mínimo que pueden objetivamente tener las facultades de goce y disposición del bien para permitir a su titular extraer su utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio...¹⁵⁰”. En esta oportunidad la Corte resuelve una acción pública de inconstitucionalidad en contra del Art. 87 de la Ley 135 de 1961, por medio del cual se establece que los fundos rurales con extensión inferior a tres hectáreas no pueden ser objeto de división. Para la Corte si bien esta medida constituye una limitación al propietario, es admisible en la medida en que busca la mayor productividad de la tierra en pro del beneficio general.

Por tanto, para la Corte el núcleo esencial del derecho de propiedad está determinado por la utilidad que el bien representa para su propietario. Así lo afirma en la sentencia C-649 de 1997, cuando aclara que no es posible aceptar ninguna limitación a las atribuciones del propietario que impliquen para éste último perder la posibilidad de obtener beneficios y utilidades de su bien¹⁵¹. Esta última sentencia se produce al analizar la constitucionalidad de dos artículos de la Ley 99 de 1993, uno¹⁵² de los cuales autoriza al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-MAVDT para sustraer áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales¹⁵³. En criterio del demandante, la administración, en este caso el MAVDT, no es competente para sustraer áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales en tanto su delimitación es facultad del legislador. La Corte acepta parcialmente los argumentos del demandante y decide declarar la inconstitucionalidad de la disposición, aclarando, sin embargo, que el MAVDT sí está autorizado para sustraer áreas de reserva forestal¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Op. cit. Sentencia C-223

¹⁵¹ Op. cit. Sentencia C-649

¹⁵² Ley 99 de 1993. Artículo 5: “Funciones del Ministerio. Corresponde al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE: 18. Reservar, alinear y sustraer las áreas que integran el Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento

¹⁵³ El Art. 327 del CNRN define los parques nacionales naturales, así: “Se denomina sistema de parques nacionales el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales, o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran”. De esta forma, los parques naturales son un tipo reserva que se constituyen por disposición del legislador.

¹⁵⁴ Este tipo de reservas se constituyen de acuerdo con lo establecido en el Art. 47 CNRN: “Sin perjuicio de derechos legítimamente adquiridos por terceros o de las normas especiales de este Código, podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de recursos naturales renovables de una región o zona cuando sea necesario

Al establecer el contenido del núcleo esencial, la Corte buscó determinar hasta qué punto era admisible limitar el derecho de propiedad. Sin embargo, en la sentencia C-147 de 1997¹⁵⁵, la Corte considera posible aplicar la función ecológica y la función social hasta llegar a justificar formas de expropiación. Al respecto afirma:

“...no obstante el respeto que merecen los referidos derechos sea posible decretar su expropiación, utilizando las modalidades previstas en la Constitución, o que se puedan imponer limitaciones, obligaciones o cargas especiales, con el fin de asegurar la función social de la propiedad y de la función ecológica que le es inherente”¹⁵⁶.

En este punto, la Corte incurre en una imprecisión al considerar que la función ecológica puede justificar medidas expropiatorias. El procedimiento de expropiación, establecido en el Art. 58 de la Constitución de 1991, se ha entendido como la operación administrativa por medio de la cual el Estado, ajustado a un procedimiento legalmente establecido, priva a un particular de su propiedad mediante justa indemnización cuando sea necesario por razones de utilidad pública e interés general¹⁵⁷.

Bajo el concepto de interés general podría entenderse incluida la protección del medio ambiente y, en esta medida, por aplicación de la función ecológica, la expropiación estaría justificada. Sin embargo, en el proceso de expropiación no interesa si el propietario afectado está utilizando su bien adecuadamente; es decir, el propietario puede estar cumpliendo con la función ecológica pero si es necesario privarlo de su derecho buscando un beneficio común, la expropiación está permitida.

No se debe olvidar, además, que la función ecológica dentro del proceso de transformación del concepto de propiedad, no es un elemento externo que pueda llegar a

para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos”.

“Mientras la reserva esté vigente, los bienes afectados quedarán excluidos de concesión de uso a particulares”.

¹⁵⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Se debe aclarar que en esta sentencia, no se hace referencia a ninguna situación específica que amerite la aplicación de la función ecológica. Se menciona esta función y al derecho de propiedad, cuando se analizan los derechos adquiridos en el contrato de arrendamiento que no pueden ser modificados al entrar en vigencia una nueva ley, en este caso la Ley 56 de 1985.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Cf.* RESTREPO

extinguir el derecho de propiedad por completo. La forma de garantizar la aplicación de la función ecológica no puede ser la extinción del derecho de propiedad, porque no tendría sentido exigir el cumplimiento de dicha función sobre el derecho, una vez éste se ha extinguido.

Hasta este momento, la Corte tiene claro que el derecho de propiedad no puede ser entendido bajo la concepción individualista de la legislación civil y en esta medida acepta que es posible imponer limitaciones al derecho de propiedad, siempre y cuando el propietario pueda obtener utilidad de su bien. En estas circunstancias, no habría dudas acerca de la tensión existente entre la Constitución y el Código Civil. Sin embargo, la Corte emite dos pronunciamientos, la sentencia C-126 de 1998¹⁵⁸ y la C-595 de 1999¹⁵⁹, que no son consecuentes con sus decisiones anteriores sobre el tema.

En la sentencia C-126 de 1998 la Corte analiza la constitucionalidad del Código Nacional de Recursos Naturales -CNRN. Los accionantes consideran que el CNRN asume la protección del medio ambiente a través de mecanismos para regular el acceso de los ciudadanos a los recursos naturales, mientras la Constitución entiende esta misma tarea como un deber del Estado y de los ciudadanos de garantizar un derecho colectivo al medio ambiente sano, a la salubridad pública y a la posibilidad de participar en organismos de decisión en el tema ambiental. Los accionantes también alegan que el CNRN permite que haya propiedad privada sobre ciertos recursos naturales, cuando la Constitución no lo permite al establecer que las riquezas naturales son de afectación pública y no admiten propiedad privada.

Para la Corte, si bien es cierto el CNRN no utiliza la misma terminología de la Constitución de 1991, los principios¹⁶⁰ que lo orientan son similares y por tanto no se

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Cabalero

¹⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁶⁰ El Artículo 9 del CNRN establece que: "El uso de elementos ambientales y de recursos naturales renovables, debe hacerse de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Los recursos naturales y demás elementos ambientales deben ser utilizados en forma eficiente, para lograr su máximo aprovechamiento con arreglo al interés general de la comunidad y de acuerdo con los principios y objetivos que orientan este Código;
- b) Los recursos naturales y demás elementos ambientales, son interdependientes. Su utilización se hará de manera que, en cuanto sea posible, no interfieran entre sí;
- c) La utilización de los elementos ambientales o de los recursos naturales renovables debe hacerse sin que lesione el interés general de la comunidad, o el derecho de terceros;

pueden considerar inconstitucionales. Aduce la Corte que el principio de protección del ambiente como deber del Estado no debe asumirse como la prohibición absoluta de utilizar productivamente los recursos naturales. Por ende, el manejo de recursos naturales regulado por el CNRN no va en contra de las disposiciones constitucionales. En este mismo sentido, la Corte aclara que el concepto de desarrollo sostenible, aunque no está contenido en el CNRN, sí está “prefigurado” en su texto. Es decir, en criterio de la Corte, el CNRN se anticipó a la concepción de desarrollo sostenible contenido en la Constitución de 1991.

Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional tampoco entiende que exista contradicción alguna entre el régimen de propiedad privada de los recursos naturales establecido en el CNRN y la prohibición constitucional de adquirir riquezas naturales. Si el Art. 58 de la Constitución protege la propiedad que adquirida de acuerdo a la ley, la propiedad sobre los recursos naturales es permitida si se adquiere de acuerdo con los requerimientos del CNRN. En cuanto al ejercicio del derecho de propiedad, la Corte asume que cuando el CNRN establece la obligación de ejercer este derecho de acuerdo con la función social, también hace referencia a la función ecológica implícitamente.

La Corte asume una posición similar en la sentencia C-595 de 1999 antes mencionada, al considerar que el choque que se evidencia entre el Código Civil y la Constitución puede ser solucionado fácilmente. En esta sentencia la Corte debía decidir acerca de una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del Art. 669 del Código Civil que establece: “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. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.” El ciudadano que interpuso la acción consideró que dicho artículo estaba en contra del Inciso 2 del Art. 58 de la Constitución Política, porque el carácter privatista y

- d) Los diversos usos que pueda tener un recurso natural estarán sujetos a las prioridades que se determinen y deben ser realizados coordinadamente, para que se puedan cumplir los principios enunciados en los ordinales precedentes;
- e) Los recursos naturales renovables no se podrán utilizar por encima de los límites permisibles que, al alterar las calidades físicas, químicas o biológicas naturales, produzcan el agotamiento o el deterioro grave de esos recursos o se perturbe el derecho a ulterior utilización en cuanto esta convenga al interés público;
- f) La planeación del manejo de los recursos naturales renovables y de los elementos ambientales debe hacerse en forma integral, de tal modo que contribuya al desarrollo equilibrado urbano y rural. Para bienestar de la comunidad, se establecerán y conservarán, en los centros urbanos y sus alrededores, espacios cubiertos de vegetación”.

absolutista del Art. 669 iba en contra del principio de solidaridad y los valores que sustentan el Estado Social de Derecho.

La Corte en sus consideraciones fue enfática en mostrar la contraposición entre ambas concepciones de propiedad:

“...Se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (...), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91”¹⁶¹.

Advierte como diferencia fundamental entre los dos conceptos de propiedad, el que en el caso del Código Civil el derecho de propiedad es de carácter absoluto y, en cumplimiento de la Constitución de 1991, ningún derecho puede ser ejercido de esa forma. Contrario a lo establecido por la misma Corte en la sentencia C-006 de 1993, la exclusión de la palabra *arbitrariamente* contenida en el Art. 669 C.C. era la forma de compaginar las concepciones contenidas en la legislación civil y la Constitución de 1991.

La decisión proferida en este sentido deja sin solución la cuestión de fondo: un choque de fuentes de derecho que se sustentan sobre concepciones acerca de la propiedad incompatibles entre sí. La exclusión de la palabra *arbitrariamente* solo implica la modificación del texto del Art. 669 del Código Civil, pero la Corte no determina cuál debe ser la interpretación adecuada¹⁶² para hacerla compatible con el Art. 58 de la Constitución. Por tanto, aunque jurídicamente la Constitución sea suprema dentro del sistema de fuentes, no por ello la concepción individualista de la propiedad que acoge el Código Civil va a desaparecer.

¹⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595. Op.cit

¹⁶² Ver: AJA, E. y GONZÁLEZ Beilfuss M. Conclusiones generales. en Aja, Eliseo. Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual. Editorial Ariel Derecho. 1998.

En esta sentencia, al igual que en la C-126/98, la Corte asume una posición pasiva frente a un choque evidente entre instrumentos legales y constitucionales: a pesar de encontrar diferencias manifiestas entre ellos, las decisiones de la Corte solo han buscado armonizar superficialmente disposiciones que se sustentan sobre concepciones disímiles. Este tipo de decisiones no son consecuentes con la posición sostenida por la Corte años antes, en 1992, cuando entendió la transformación de la propiedad como un proceso de “ecologización” del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en pronunciamientos más recientes de la Corte, en la sentencia C-491 de 2002¹⁶³ y en la C-189 de 2006¹⁶⁴, es posible evidenciar un giro en la manera de entender la función social y ecológica que aunque no llega a cuestionar el choque entre concepciones sobre la propiedad, si implica fortalecer el papel de tales funciones.

En la sentencia C-491 de 2002 la Corte establece que las limitaciones al derecho de propiedad, en cumplimiento de la función social, pueden ser tanto abstenciones como acciones específicas. Al respecto afirma: “El carácter social del derecho de propiedad autoriza al legislador para obligar al propietario, ya no sólo a abstenerse de realizar conductas que limiten el ejercicio de su derecho, sino a desplegar acciones positivas que tiendan a efectivizarlo”¹⁶⁵. En este caso, la Corte decidió sobre una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra del numeral 1º del Art. 217 del Decreto 1355 de 1970, (Código Nacional de Policía), en donde se establece: “Los alcaldes o quienes hagan sus veces impondrán construcción de obra: 1) Al que mantenga los muros de su antejardín o los frentes de su casa o edificio en mal estado de conservación o de presentación. 2) A los dueños de inmuebles que no hayan instalado canales, tubos o cañerías para la conducción de aguas, o los tengan en mal estado”. En criterio de la Corte este tipo de imposiciones a los propietarios son constitucionales en la medida en que se establecen para garantizar que el derecho de propiedad cumpla con su función social y prime el interés general.

¹⁶³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-491 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-189 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁶⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-491. Op cit

Por este camino, la Sentencia C- 186 de 2006 ratifica la transformación del derecho de propiedad y además entiende la función ecológica como una función inherente al derecho de propiedad, independiente de la función social. Acerca del concepto de propiedad, la Corte afirma:

”... queda claro que para esta corporación el derecho de propiedad dejó de ser definitivamente un derecho absoluto y acepta las limitaciones que se impongan en beneficio de la esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad”¹⁶⁶.

En esta sentencia se hace referencia a una restricción específica: la prohibición de venta de tierras de las áreas que pertenecen al Sistema de Parques Naturales Nacionales, establecida en el Art. 13 de Ley 2 de 1959. En opinión de la Corte la restricción a la venta de este tipo de predios no constituye una limitación que viole el núcleo esencial del derecho de propiedad, en tanto si bien limita la libertad de enajenación no afecta la facultad de goce, uso y explotación del bien. En estas circunstancias la Corte Constitucional acepta la función ecológica como un elemento inherente del derecho de propiedad, independiente de la función social. En la misma sentencia C-186 afirma al respecto: “...La Constitución prescribe que a la propiedad le corresponde cumplir funciones sociales y ecológicas que además de ser inherentes al reconocimiento del citado derecho conducen a la imposición de obligaciones que legitiman su ejercicio.”¹⁶⁷

Adicionalmente, la Corte considera la restricción de la venta de tierras como una de las aplicaciones de la función ecológica, por ser una limitación frente al derecho de propiedad justificada en un interés superior al ejercicio particular del derecho. Es así como afirma:

¹⁶⁶COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189. Op. cit

¹⁶⁷ *Ibíd.*

“...mediante la limitación o restricción al atributo de la libre enajenación prevista en la norma demandada, consistente en prohibir “las ventas de tierras” particulares que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales, se pretende garantizar como interés superior del Estado Social de Derecho (C.P. art. 8), el cumplimiento de la función ecológica que le es inherente al derecho de dominio (C.P. arts. 58, 79 y 80)”¹⁶⁸.

Esta sentencia reconoce la función ecológica en los términos en que se ha planteado durante el análisis: como una función inherente al derecho de propiedad, completamente diferente a la función social y en virtud de la cual se modifica el contenido del derecho sin afectar su núcleo esencial. Sin embargo, las conclusiones de la Corte en la sentencia C-086/06 deben asumirse con cierta reserva, porque a pesar de la importancia de sus afirmaciones acerca de la función ecológica, en la misma sentencia la Corte considera que el derecho de propiedad mantiene sus características tradicionales: plenitud, exclusividad, perpetuidad e irrevocabilidad¹⁶⁹ y el propietario conserva las atribuciones reconocidas en el derecho romano.

Por lo tanto, las afirmaciones de la Corte resultan contradictorias. Si se admite que el derecho de propiedad ya no puede ser entendido bajo la concepción individualista que sustenta el Código Civil y la función ecológica se asume como un elemento inherente al derecho de propiedad, las características del derecho y las atribuciones de su propietario no pueden permanecer inalterables, ni siquiera como regla general. Por tanto, es necesario preguntarse, por que la Corte mantiene su posición: ¿Cómo pensar que el derecho de propiedad mantiene las características propias del derecho romano, si bajo la concepción de la Constitución de 1991, este derecho no es absoluto y se admite que tiene limitaciones inherentes por la existencia de la función social y ecológica?

Para resumir, queda claro que a través del análisis jurisprudencial no se ha logrado precisar conceptualmente la función ecológica. Únicamente en la sentencia C-186 de 2006, la Corte acepta la función ecológica como función independiente de la función

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

social, pero no entiende sus implicaciones frente al proceso de transformación del derecho de propiedad. Lamentablemente, tal como se verifica en el siguiente aparte, la legislación ambiental vigente tampoco aclara el panorama.

C. Legislación: ejercicio de inducción ambiental.

Después de analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se pudo verificar como sólo una sentencia reciente arrojó elementos importantes sobre el contenido de la función ecológica de la propiedad, sin llegar a precisar del todo el concepto. Se hace necesario acudir a la legislación ambiental vigente con el ánimo de continuar el análisis que permita estructurar una definición de función ecológica de la propiedad.

El valor de la legislación va más allá de la precisión conceptual que puedan ofrecer sus disposiciones. El estudio de estas normas permite también tener claro con que herramientas jurídicas podría contar la función ecológica de la propiedad para su aplicación. Por esta razón, en este aparte se hace alusión a las instituciones jurídicas que implican limitaciones a la propiedad. Haciendo una breve descripción de su funcionamiento, se pretende lograr dos objetivos fundamentales: encontrar elementos para dotar de contenido la función ecológica y comprobar si existen herramientas jurídicas que puedan ayudar a su aplicación. Para alcanzar este propósito, el análisis no se puede limitar a buscar aquellas disposiciones que contengan expresamente la fórmula “función ecológica”, por el contrario el ejercicio de construcción de una definición plausible exige desarrollar un proceso de inducción¹⁷⁰ que permita extraer elementos generales a partir del estudio de instrumentos legales particulares.

En el proceso de investigación se identificaron dos aproximaciones distintas a la función ecológica. Por un lado, se encuentran aquellos instrumentos legales (Leyes y Decretos) de los cuales se pueden inferir elementos relacionados con la función ecológica en tres aspectos específicamente: propiedad sobre recursos naturales, limitaciones a la propiedad por razones ambientales y expropiación. Por otro lado,

¹⁷⁰ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, inducir es: “Extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, el principio general que en ellas está implícito.”

existen instrumentos legales que se refieren expresamente a la función ecológica, como principio fundamental dentro del proceso de ordenamiento territorial en los municipios y como elemento imprescindible en los procesos de titulación y sostenimiento de unidades de propiedad colectiva de las comunidades negras e indígenas.

Instrumentos legales de los cuales se deducen elementos relacionados con la función ecológica:

- *El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables – CNRN-*:

Este Código se expidió por medio del Decreto-Ley 2811 de 1974¹⁷¹, con la intención de regular de forma sistemática todos los asuntos relacionados con el medio ambiente y los recursos naturales¹⁷². Sin embargo, es incluido dentro del análisis dado que, aún esta vigente y sus disposiciones son aplicables bajo el marco constitucional establecido en la Constitución de 1991¹⁷³. El CNRN tiene como objetivo establecer las disposiciones que permitan conservar, proteger y preservar¹⁷⁴ los recursos naturales y el medio ambiente. Para tal efecto este Código incluye, los regímenes especiales para distintos recursos naturales no renovables, las disposiciones que rigen el derecho de propiedad sobre tales recursos y las restricciones permitidas por razones ambientales al ejercicio de la propiedad.

Es pertinente analizar los dos últimos temas tratados por el CNRN, teniendo en cuenta que son limitaciones admitidas al derecho de propiedad. Sin embargo, es necesario

¹⁷¹ Expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades concedidas por el Congreso por medio de la Ley 23 de 1973.

¹⁷² Se debe entender recursos naturales, como todos "...los componentes, renovables y no renovables, o características del medio ambiente natural que pueden ser de utilidad potencial para el hombre". Dentro de tales recursos se ha hecho la diferenciación entre los renovables y los no renovables. Los primeros son aquellos no se agotan con su uso y pueden perpetuarse, mientras que los recursos no renovables no tienen la posibilidad de perdurar infinitamente por el uso. Son ejemplos del primer tipo de recursos, la vegetación y la fauna, mientras que los minerales y el agua, son del tipo de recursos no renovables. [Glosario] En Glosario de WWF Colombia, Disponible en: <http://www.wwf.org.co/colombia/glosario/.php?lsrc=es&sort=R>. Consultado en Septiembre 18 de 2006.

¹⁷³ Sobre la constitucionalidad del CNRN se habló en este mismo capítulo al analizar la sentencia C-126 de 1998.

¹⁷⁴ Cualquiera de estos tres términos parecería ser fácilmente utilizable en reemplazo del otro, sin embargo cada uno de ellos apunta a un objetivo diferente. Por lo tanto, es necesario tener claras sus diferencias para entender las restricciones ambientales que podría abarcar la función ecológica de la propiedad. La preservación implica que no hay intervención alguna o actividad humana con relación a un ecosistema o a un recurso natural. Por su parte, la conservación se refiere a lograr el uso y aprovechamiento dentro de los requisitos legales y de sostenibilidad ambiental. Por último la protección es ejercida por un tercero, el Estado principalmente, quien vigila el cumplimiento de las restricciones ambientales. (PEREZ, Op. cit., p.6)

aclarar que se esta haciendo referencia a dos situaciones diferentes: mientras en una el régimen de propiedad se establece teniendo los recursos naturales como el objeto del derecho, en la otra las restricciones por razones ambientales se refieren a la propiedad ejercida sobre inmuebles.

En el primer caso, la propiedad sobre recursos naturales, el CNRN ha establecido que estos recursos son patrimonio público y por tanto la propiedad particular es excepcional. De acuerdo con los Arts. 42 y 43 CNRN el Estado es el propietario de los recursos naturales renovables, sin perjuicio de que los particulares puedan adquirir su dominio de tres formas diferentes: i) por disposición legal¹⁷⁵; ii) permiso¹⁷⁶; iii) concesión¹⁷⁷. En el segundo caso, es decir las restricciones permitidas al derecho de propiedad, el CNRN contiene una serie de instituciones jurídicas que permiten limitaciones al derecho de propiedad, tales como: servidumbres, declaratoria de reserva o adquisición de predios.

En ambos casos el ejercicio del derecho de propiedad debería ajustarse al cumplimiento de la función ecológica. Sin embargo existe una grave imprecisión al respecto. El CNRN incluye en el Art. 43 en referencia al derecho de propiedad sobre recursos naturales lo siguiente: "...La propiedad debe ser ejercida cumpliendo la función social en los términos de la Constitución". Después de 1991 el CNRN no ha sido modificado para incluir la función ecológica como nuevo elemento del derecho de propiedad ejercido tanto sobre recursos naturales, como sobre inmuebles.

Así las cosas, aparentemente la función social puede abarcar también los asuntos ambientales y el Art. 43 del CNRN se refleja en el Art. 58 de la Constitución Política¹⁷⁸. Este argumento carece de sustento si se tiene en cuenta que tal como se estableció en el

¹⁷⁵: Artículo 53 CNRN: "Todos los habitantes del territorio nacional, sin que necesiten permiso, tienen derecho de usar gratuitamente y sin exclusividad los recursos naturales de dominio público, para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales de uso doméstico, en cuanto con ello no se violen disposiciones legales o derechos de terceros".

¹⁷⁶ Artículo 54 CNRN: "Podrá concederse permiso para el uso temporal de partes delimitadas de recursos naturales renovables de dominio público."

¹⁷⁷ Artículo 59 CNRN: "Las concesiones se otorgarán en los casos expresamente previstos por la ley, y se regularán por las normas del presente Capítulo, sin perjuicio de las especies que para cada recurso se contemplan"

Artículo 60: "La duración de una concesión será fijada teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para cuyo ejercicio se otorga, y la necesidad de que el concesionario disponga del recurso por un tiempo suficiente para que la respectiva explotación resulte económicamente rentable y socialmente benéfica."

¹⁷⁸ AMAYA, Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales. Op. cit. p. 190. Este autor hace una lista de los artículos del CNRN que en su criterio se ajustan a los principios constitucionales y que se expidieron casi como actos premonitorios de lo que será la consagración constitucional de 1991.

primer capítulo la función social no abarca ni agota la función ecológica de la propiedad.

Ahora bien, existe dentro del texto del CNRN otra imprecisión que debe ser anotada. Este Código establece la preservación, conservación y protección como actividades de utilidad pública e interés social. Los términos utilidad pública e interés social son utilizados indistintamente como conceptos, motivos, actividades y propósitos. Sin embargo, la diferencia entre estos dos conceptos es el fin¹⁷⁹ para el que son utilizados: la utilidad pública se refiere a la necesidad de prestación de un servicio público, mientras el interés social implica que se deben desarrollar estructuras o adquirir bienes necesarios para el beneficio social¹⁸⁰.

Ambos conceptos¹⁸¹ son motivos definidos legalmente que justifican la intervención del Estado, a través de la expropiación¹⁸² y adquisición de predios, en tanto de acuerdo con la Corte Constitucional son la causa expropiatoria que determina la limitación del derecho de propiedad de los particulares.

En la sentencia C-389 de 1994¹⁸³ la Corte afirmó:

“La declaración de la utilidad pública o del interés social hace referencia a la causa o fin que justifica la operación de desamparamiento o sacrificio de la propiedad privada de contenido patrimonial afectada, es

¹⁷⁹ SOLANO SIERRA Jairo Enrique. La expropiación. Bogotá Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p. 77

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 130

¹⁸¹ Tal atribución tenía su máxima expresión en el Art. 58 de la Constitución de 1991, cuando afirmaba:

“Con todo el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”. Sin embargo, esta disposición no fue de recibo en la Asamblea Constituyente de 1991, y tampoco en el Congreso que años después lo modificó, porque resultaba contrario a la Constitución que no fuera posible cuestionar judicialmente la decisión del legislador acerca de lo que se podía considerar como de utilidad pública e interés social. Mediante Acto Legislativo 01 de 1999 el Congreso reformó la Constitución y suprimió el último aparte del artículo 58, fundamentado en las siguientes razones:

“(…) Es aquí donde la previsión normativa del inciso final del artículo 58 de la Carta resulta fuera de contexto, cuando no contradictorio con los postulados que como principios fundamentales trae el título primero de la Carta. Una expropiación por razones de equidad no controvertible judicialmente, es extraño al marco general de derechos y garantías de los propietarios de los bienes y derechos en Colombia; una ley cuyo contenido de utilidad pública o de interés social no pueda discutirse en los tribunales es un acto dictatorial del legislador que desconoce la primacía de la Constitución y el debido proceso. (CONGRESO DE LA REPUBLICA, Gaceta del Congreso No. 245, de 30 de octubre de 1998, pgs. 5 y 6, citada por la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-059 de 2001.M.P. María SÁCHICA).

¹⁸² Ver: CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Bienes, Derechos Reales. Bogotá: Editorial A.B.C. 1984, p. 224.

¹⁸³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 1994.M.P Antonio Barrera Carbonell.

decir, a la determinación y proclamación formales de uno de los términos del conflicto: el interés general o público, que han de ser obviamente previos al ejercicio de la potestad expropiatoria. La distinción entre utilidad pública e interés social traduce la amplitud con que se configura la causa expropiatoria: ésta puede consistir tanto en un fin cuya cuestión esté legalmente atribuida a las Administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar y normalmente está entregado en su realización a la actividad privada (interés social)''.

En este orden de ideas, la utilidad pública y el interés social deben ser entendidos en adelante como motivos justificantes de la expropiación; no se deben utilizar como calificativos para actividades tales como la adquisición, la regulación, la preservación, la protección y la conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

Instituciones Jurídicas y derecho de propiedad en el CNRN:

Al continuar con el análisis del CNRN se encuentran una serie de limitaciones a la propiedad, que no están expresamente establecidas como aplicación de la función ecológica pero que deben ser analizadas dentro del proceso de inducción propuesto para este aparte. Estas instituciones son: servidumbres, adquisición de bienes para la defensa de recursos naturales y declaración de áreas de reserva. Existe un elemento en común para las instituciones mencionadas: todas apuntan a lograr la preservación del medio ambiente pero al mismo tiempo buscan garantizar la máxima utilidad del bien para el propietario. A continuación se hace evidente esta singular combinación de objetivos.

a) Servidumbres:

Esta primera institución es un ejemplo de la ambivalencia de objetivos que persiguen las instituciones jurídicas de la codificación ambiental. Las servidumbres en términos básicos son restricciones impuestas al derecho de propiedad a favor del ejercicio del derecho de otro particular o buscando un objetivo colectivo. En la legislación ambiental

existen precisamente dos tipos de servidumbres que se diferencian por los intereses que protegen.

Por un lado se encuentran las servidumbres definidas por el Art. 67 CNRN en los siguientes términos:

“De oficio o a petición de cualquier particular interesado, se impondrá limitación de dominio o servidumbre sobre inmueble de propiedad privada, cuando la imponga la utilidad pública o el interés social por razón del uso colectivo o individual de un recurso previa declaratoria de dicho interés o utilidad efectuada con arreglo a las leyes”¹⁸⁴.

Este tipo de servidumbres funcionan como mecanismos de desagüe y se utilizan para la construcción de presas y la administración de un curso o lago¹⁸⁵. Buscan así maximizar los beneficios y proteger los intereses de los particulares, no necesariamente ajustados al deber de protección de los recursos naturales y del medio ambiente.

En este artículo de nuevo se utilizan los términos utilidad pública e interés social como motivos que justifican la imposición de servidumbres. Sin embargo, tal como se expuso antes, estos términos no corresponden a la limitación por servidumbre, sino a motivos que justifican procesos de expropiación.

Existen también otro tipo de servidumbres,¹⁸⁶ las ecológicas, definidas como:

“El gravamen o limitación de uso que un particular de manera voluntaria, impone sobre una parte o la totalidad del predio, en beneficio de otro predio de distinto dueño, con el fin de contribuir a la conservación, protección, restauración, mejoramiento y manejo

¹⁸⁴ Estas servidumbres corresponden dentro de la clasificación del Código Civil a las servidumbres legales y deben regirse por disposiciones civiles de acuerdo con el Art. 106 CNRN.

¹⁸⁵ Art. 106 a 118. CNRN: “Varios tipos de servidumbres: de acueducto, de desagüe y de recibir aguas; b) de presa y estribo; c) de tránsito para transponer agua y abreviar ganado; d) de uso de riberas”.

¹⁸⁶ JIMENEZ Arturo H. A1, Análisis legal de las Servidumbres ecológicas. En Las Servidumbres ecológicas: Un mecanismo jurídico para la conservación en tierras privadas. Memorias del Seminario Taller realizado en Bogotá, 29 y 30 de mayo de 2001.

adecuado de los recursos naturales y de los valores ambientales existentes en éste”¹⁸⁷.

Este tipo de servidumbres, aspiran a establecer un gravamen específico de carácter voluntario¹⁸⁸ para garantizar la protección del medio ambiente. Sin embargo las características de su constitución desvirtúan su naturaleza por dos razones fundamentales. En primer lugar, al ser las servidumbres de carácter voluntario, no hay posibilidades de constituir una servidumbre para la protección y conservación de recursos naturales, si su dueño no decide aceptarlo. En segundo lugar, las razones que llevan a un propietario a constituir una limitación sobre su predio corresponden más a incentivos económicos o contraprestaciones recíprocas entre los dueños de los predios¹⁸⁹, que a la obligación de cumplir con la función ecológica de su predio. Las dificultades de esta institución jurídica se evidencian en la realidad: en Colombia hasta ahora solo se ha reportado la constitución de una servidumbre ecológica en el municipio de Jardín, Antioquia¹⁹⁰.

Así las cosas, son las servidumbres ecológicas las que plantean la posibilidad de limitar la propiedad, buscando la protección del entorno, sin llegar a la extinción del derecho. Sin embargo, su carácter voluntario les resta efectividad.

b) Adquisición de bienes para la defensa de recursos naturales:

En este caso, al igual que en las servidumbres se admiten restricciones al derecho de propiedad que van incluso hasta la posibilidad de extinguir el derecho. De acuerdo con el Art. 69 del CNRN es posible adquirir bienes de propiedad privada o de derecho público requeridos para un número determinado de fines, todos ellos declarados

¹⁸⁷ PONCE DE LEON Eugenia. Estudio Jurídico de las servidumbres ecológicas en contexto del derecho Colombiano en *Las Servidumbres ecológicas: Un mecanismo jurídico para la conservación en tierras privadas*. . Memorias del Seminario Taller realizado en Bogotá, 29 y 30 de mayo de 2001. p.73

¹⁸⁸ Cfr. JIMENEZ

¹⁸⁹ Eugenia Ponce de León, afirma que existen varias razones para la constitución de servidumbres ecológicas: “a) Las servidumbres ecológicas pueden ser donadas por el dueño del predio sirviente; (... b) Las servidumbres pueden ser onerosas, cuando el dueño del predio sirviente las constituye a cambio de un pago; (...) c) Las servidumbres ecológicas pueden ser recíprocas, cuando un predio tiene a la vez la calidad de sirviente y dominante con respecto a otro predio, en virtud de dos servidumbres diferentes (...); d) Las servidumbres se pueden establecer a cambio de incentivos que estimulen a los ciudadanos a interesarse en esta figura(...)”. (PONCE DE LEON, Op. cit., p.74)

¹⁹⁰ La servidumbre se constituyó en el 2001 en una zona donde crece el loro orejiamarillo. Primera Servidumbre Ecológica en Colombia, [Noticia en línea] [consultado en Septiembre 20 de 2006] Disponible en: http://www.resnatur.org.co/areas/1_servidumbre_ecologicahtml#mas.

previamente como de interés social y utilidad pública. De acuerdo con el Decreto 1541 de 1978 reglamentario del artículo mencionado, los fines¹⁹¹ que se han establecido para permitir la adquisición de bienes buscan básicamente la protección del agua como recurso natural.

Al aplicar esta institución jurídica se abre la posibilidad de proteger recursos naturales específicos, por encima del ejercicio libre del propietario, incluso hasta el punto de extinguir el derecho. En esta medida, se debe tener en cuenta a la hora de definir la función ecológica, que no es un contrasentido exigir a los propietarios comportamientos acordes con las restricciones ambientales. Sin embargo, en el Art. 69 CNRN en el proceso de adquisición de predios, se confunden de nuevo la utilidad pública y el interés social, lo que le resta fuerza a su justificación.

c) Declaración de reserva de una zona determinada:

El panorama varía en este punto: la declaración de reserva no es una restricción al uso de la propiedad, como en el caso de las servidumbres, ni tampoco conlleva a la extinción del derecho como sucede en el proceso de adquisición de predios. La declaratoria implica excluir el bien del comercio y modificar notablemente las características del derecho de propiedad y las atribuciones de su titular.

El CNRN prevé la posibilidad de delimitar una porción determinada de un predio o una zona cuando sea necesario para la conservación o preservación de recursos naturales o para la organización de un servicio público. El Art. 47 CNRN establece expresamente las razones que justifican las reservas y sus consecuencias:

“Sin perjuicio de derechos legítimamente adquiridos por terceros o de las normas especiales de este Código, podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de recursos naturales renovables de

¹⁹¹ Es pertinente señalar algunos de los fines señalados en el Decreto 1541/78

1. Construcción, rehabilitación y ampliación de distritos de riego.
2. Ejecución de obras de control de inundaciones y drenaje,
3. Aprovechamiento de cauces, canteras y depósitos para la construcción de obras hidráulicas.
4. Conservación y mejoramiento de cuencas hidrográficas.
5. Uso eficiente de recursos hídricos y obras hidráulicas de propiedad privada.
6. Establecimiento, mejora, rehabilitación y conservación de servicios públicos concernientes al suministro de agua.

una región o zona cuando sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos. Mientras la reserva esté vigente, los bienes afectados quedarán excluidos de concesión o autorización de uso a particulares.”

En estas circunstancias la declaratoria de reserva¹⁹² o área de manejo especial¹⁹³, ofrece una importante oportunidad para entender la función ecológica de la propiedad, en tanto las limitaciones establecidas trascienden más allá de recomendaciones o sugerencias de uso para el propietario.

Las atribuciones del propietario cambian sustancialmente, si bien la declaratoria de reserva no implica que el propietario pierda su derecho de propiedad sobre el predio¹⁹⁴, el ejercicio de su derecho si se ve limitado dado que el uso del predio debe ajustarse a los requerimientos ambientales que exija la modalidad de reserva. En el caso de las reservas forestales, por ejemplo, el CNRN establece varios tipos de reserva: existen las áreas productoras que permiten el aprovechamiento forestal, es decir, se acepta la extracción de productos de un bosque; también se admiten actividades económicas de sostenimiento siempre y cuando se garantice la recuperación y supervivencia de los

¹⁹² Este tipo de áreas se definen como: “Áreas establecidas por el Estado para la protección de ecosistemas, especies, genes y procesos ecológicos, y de sitios de importancia histórica, cultural y arqueológica. Su manejo, planificación e inversión, se efectúa acogiendo el régimen de usos, planes de manejo y reglamentos específicos establecidos para cada una de ellas” [Glosario] [consultado en Septiembre 20 de 2006.] Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/tesauro_ambiental/naveg.htm

¹⁹³ En cuanto a las áreas de manejo especial, son aquellas que: “(...) se delimitan para administración, manejo y protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables” [Glosario] [consultado en Septiembre 20 de 2006.] Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/prensa/publicaciones/tesauro_ambiental/naveg.htm

¹⁹⁴ La declaratoria no puede implicar la eliminación del derecho de propiedad, es decir no puede llegar a afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad, entendido este último como cualquier posibilidad de utilidad para el dueño del predio. La Corte Constitucional afirma al respecto: “Dentro de las zonas delimitadas, y por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no solo se comprenden territorios de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella está afectada a la finalidad de interés público propia del sistema e parques naturales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación”. (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-649 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell)

bosques de la reserva¹⁹⁵. Así mismo, existen áreas de reserva protectoras en las cuales no se permite ningún tipo de aprovechamiento forestal.

A su vez el predio declarado de reserva adquiere el carácter de bien de uso público¹⁹⁶, entra a estar bajo el dominio eminente del Estado y por ende ya no podrá ser adquirido por prescripción, será inajenable, e inembargable¹⁹⁷.

La declaratoria de reserva podría funcionar como herramienta jurídica de aplicación de la función ecológica por las implicaciones señaladas sobre el derecho de propiedad. Incluso ya se ha cuestionado la legitimidad de esta institución por doctinantes como Luis Fernando Macías quien se pregunta: “¿Hasta donde se debe sacrificar la propiedad privada en nombre de la función ecológica de ella (sic), para que cada vez que se declare un área protegida se afecte dicho derecho? O bien ¿Cuál es el límite a la facultad de ordenamiento territorial para que en nombre de la función ecológica de la propiedad, numerosos predios salgan del comercio?”¹⁹⁸. De esta forma la declaratoria de reserva viene siendo identificada como una herramienta que afecta directamente el derecho de propiedad.

Después de analizar el CNRN se entra a examinar en orden cronológico las leyes ambientales aunque no hacen referencia expresa a la función ecológica de la propiedad, pueden arrojar elementos importantes para determinar su contenido. Cada uno de los instrumentos analizados a continuación se deben asumir como pasos consecuentes en el proceso de investigación, que además permiten, conocer instituciones jurídicas de derecho ambiental relevantes para entender la importancia de compaginar el ejercicio del derecho de propiedad con el deber de proteger el medio ambiente.

- *Ley 99 de 1993:*

¹⁹⁵ Arts. 206, 207 y 211. CNRN

¹⁹⁶ Se considera que este tipo de bienes tienen las siguientes características: a) Su uso corresponde a todos los habitantes; b) Son bienes en cabeza del Estado, lo que quiere decir que ejerce un poder eminente sobre el predio que le permite reglar su uso; c) Son imprescriptibles; d) Son inalienables y e) Son inembargables.

¹⁹⁷ MEDINA DE URIBE, María del Carmen. La propiedad privada en áreas protegidas-reservas forestales. 2005, p.39 Tesis de Grado. (Abogada). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

¹⁹⁸ MACÍAS. Áreas Protegidas y propiedad. Op.cit, p.94

El análisis de esta ley no puede pasar inadvertido dentro del análisis de la legislación propuesta, porque al momento de su expedición la Ley 99 se convirtió en la carta de navegación de la legislación ambiental. Esta ley determinó los principios que debían orientar la política ambiental y estableció la estructura institucional encargada de garantizar la preservación de los recursos naturales y la protección del medio ambiente. Se creó el SINA (Sistema Nacional Ambiental), definido en el Art. 4 como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten desarrollar las políticas ambientales. El SINA está compuesto por el Ministerio de Ambiente, Vivienda Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades territoriales.

A pesar de la importancia de la Ley 99, las instituciones jurídicas que establece no dotan de contenido la función ecológica de la propiedad y son problemáticas como herramientas de aplicación de esta misma función. A continuación se analizarán las licencias ambientales y las reservas naturales de la sociedad civil.

a) Licencias ambientales:

Las licencias ambientales, están definidas en el Art. 50 de la Ley 99 en los siguientes términos:

“Se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”.

El Decreto 1220 de 2005 agrega al concepto mencionado que el acto de autorización es un acto administrativo que expide la autoridad competente cuando alguna obra o actividad puede causar grave deterioro a los recursos naturales y al medio ambiente o se pretende introducir modificaciones considerables al paisaje.

El otorgamiento de licencias ambientales implica establecer una nueva relación¹⁹⁹ de control ejercida directamente²⁰⁰ por el Estado, sobre actividades de particulares para la protección ambiental. El Decreto 1220, antes mencionado, establece como autoridades competentes para expedir licencias a : el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las Corporaciones Autónomas Regionales, municipios y distritos de más de un millón de habitantes y las entidades territoriales que reciban su competencia por delegación de las Corporaciones.

El control ejercido por parte de la autoridad ambiental se refiere a la exigencia de una autorización previa para desarrollar ciertas actividades específicas²⁰¹ y puede entenderse

¹⁹⁹ En el CNRN en los Arts. 27 y 28 se establecía la obligación de declarar el peligro presumible que se diera como consecuencia de cualquier obra o actividad. Adicionalmente se determinó que era necesario obtener licencia y realizar el estudio ecológico ambiental previo para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad. Sin embargo, de acuerdo Luis Fernando Macías, estos mecanismos fueron de difícil aplicación dada la ausencia de reglamentación. Este mismo autor considera que la licencia concebida en la Ley 99 es totalmente nueva y diferente a sus antecedentes. (MACÍAS. Op. cit, p. 94)

²⁰⁰ Se considera control directo de acuerdo con la afirmación de Esperanza Ávila: "(...) los controles directos están concebidos a la manera de permisos o autorizaciones que otorga el Estado, previo el cumplimiento de algunos requisitos y el acatamiento de ciertos límites y condiciones a través del tiempo"; en AVILA DE TISSOT, Esperanza. Las licencias ambientales: Aproximación teórica. FESCOL: Bogotá. 1996, p. 29

²⁰¹ Como ejemplo de las actividades que requieren licencia se mencionan ejemplos de aquellas cuya autorización es competencia del MAVDT de acuerdo con el Decreto 1220 de 2005: Artículo 8: "Competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades:

1. En el sector hidrocarburos:

- a) Las actividades de exploración sísmica que requieran la construcción de vías para el tránsito vehicular;
- b) Los proyectos de perforación exploratoria, por fuera de campos de producción de hidrocarburos existentes, de acuerdo con el área de interés que declare el peticionario;

(..)

2. En el sector minero:

La explotación minera de:

- a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a 800.000 toneladas/año;
- b) Materiales de construcción: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 600.000 toneladas/año;
- c) Metales y piedras preciosas: Cuando la explotación de material removido proyectado sea mayor o igual a 2.000.000 toneladas/año;
- d) Otros minerales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a 1.000.000 toneladas/año.

3. La construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor de 200 millones de metros cúbicos de agua.

4. En el sector eléctrico:

- a) La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW;

(...)

6. En el sector marítimo y portuario:

- a) La construcción o ampliación y operación de puertos marítimos de gran calado;

b) Los dragados de profundización de los canales de acceso a los puertos marítimos de gran calado.

7. La construcción y operación de aeropuertos internacionales y de nuevas

en un doble sentido. Por un lado, para quienes no son propietarios de un bien determinado, la ejecución de alguna de las actividades que requieren licencia ambiental implica el lleno de unos requisitos específicos. Por su parte, quien es propietario de un bien donde se pretenda adelantar un proyecto o actividad que requiera previa autorización de la autoridad competente, puede ver limitada su facultad de uso al no poder emplear su bien como prefiera. En esta medida, la licencia ambiental, no se refiere al cumplimiento de deberes ambientales específicos por parte del propietario de un bien. Sin embargo, la licencia ambiental podría entenderse como una herramienta de aplicación de la función ecológica si se asimila el control ejercido por medio de la exigencia de la licencia ambiental, como una limitación al ejercicio del derecho de propiedad.

Sin embargo, tal como está establecido el procedimiento²⁰² para la expedición de licencias, la verificación de la función ecológica no es uno de los requisitos exigidos²⁰³. En términos generales se cumple el siguiente proceso: Se exige al solicitante la presentación de un Diagnóstico Ambiental de Alternativas²⁰⁴ y de un Estudio de Impacto Ambiental²⁰⁵ y después de la presentación de estos estudios, la autoridad ambiental decide si concede o no la autorización. Por tanto, el propietario que pretenda adelantar una de aquellas actividades que requiere licencia no debe desplegar ninguna acción o abstenerse de un comportamiento específico para cumplir la función ecológica de la propiedad.

pistas en los mismos.

8. Proyectos de la red vial nacional (...)"

²⁰² Se encuentra establecido en los el Art. 58 de la Ley 99 de 1993 y en el Art 22 del Decreto 1220 de 1995.

²⁰³ Tal argumento se sustenta en las afirmaciones de los funcionarios de la sección de licencias del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en que admiten que su oficina conoce acerca de la función ecológica cuando le es solicitado expedir un auto de certificación por parte de la sección de Participación, sin que para tal expedición se verifique el cumplimiento de la función en relación con el control que ejercen las licencias ambientales.

²⁰⁴ El Art. 6 del Decreto 1220 de 2005 establece: Objeto del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Tendrá como objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente el peticionario, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, obra o actividad. Las diferentes opciones deberán tener en cuenta el entorno geográfico y sus características ambientales y sociales, análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas.

²⁰⁵ El Art. 20 del Decreto 1220/05 afirma: El estudio de impacto ambiental es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que se requiera licencia ambiental de acuerdo con la ley y este reglamento. Este estudio deberá corresponder en su contenido y profundidad a las características y entorno del proyecto, obra o actividad

En estas circunstancias, las licencias ambientales a pesar de ser importantes herramientas de control, no arrojan elementos acerca del contenido de la función ecológica de la propiedad y tal como está establecido el procedimiento de expedición, tampoco se pueden entender como herramientas de aplicación de esta función.

b) Reservas naturales de la sociedad civil:

Esta figura de reserva es similar a la declaratoria de reserva establecida en el CNRN; ambas tienen importantes implicaciones para las características del bien y las atribuciones del propietario. Sin embargo, en el caso de las reservas de la sociedad civil su constitución es de carácter voluntario y en esa medida pierde fuerza en su aplicación.

De acuerdo con el Art. 109 de la Ley 99 y el Art. 1 del Decreto 1996 de 1999, las reservas naturales de la sociedad civil son aquellas áreas, o parte de un inmueble, que conservan una muestra de ecosistema natural y que deban ser manejadas de acuerdo con los principios de sostenibilidad de los recursos naturales. En esta institución jurídica se puede evidenciar la combinación entre el ejercicio del derecho de propiedad por su titular y el deber de protección del medio ambiente. En el decreto antes citado se establecen las actividades²⁰⁶ que pueden desarrollarse dentro de este tipo de zonas. Se permiten actividades, agropecuarias para el autosostenimiento, además se autorizan edificaciones y actividades de educación e investigación ambiental. De esta forma, se garantiza la preservación, regeneración y restauración de los ecosistemas, permitiendo simultáneamente al propietario el goce de su derecho.

²⁰⁶ Artículo 3 del Decreto 1996 de 1999: “Usos y actividades en las reservas. Los usos o actividades a los cuales podrán dedicarse las Reservas Naturales de la Sociedad Civil, los cuales se entienden sustentables para los términos del presente decreto, serán los siguientes:

1. Actividades que conduzcan a la conservación, preservación, regeneración y restauración de los ecosistemas entre las que se encuentran el aislamiento, la protección, el control y la revegetalización o enriquecimiento con especies nativas.
2. Acciones que conduzcan a la conservación, preservación y recuperación de poblaciones de fauna nativa.
3. El aprovechamiento maderero doméstico y el aprovechamiento sostenible de recursos no maderables.
4. Educación ambiental.
5. Recreación y ecoturismo.
6. Investigación básica y aplicada.
7. Formación y capacitación técnica y profesional en disciplinas relacionadas con el medio ambiente, la producción agropecuaria sustentable y el desarrollo regional.
8. Producción o generación de bienes y servicios ambientales directos a la Reserva e indirectos al área de influencia de la misma.
9. Construcción de tejido social, la extensión y la organización comunitaria.
10. Habitación permanente”.

En cuanto al procedimiento para la constitución de la reserva, el Decreto 1996 establece como necesario el elevar una solicitud de registro de la reserva natural al MAVDT, entidad que por medio de acto administrativo registra la reserva y le confiere al propietario la facultad de participar en los procesos de planeación que se vayan a ejecutar en el área informándole previamente de las de inversiones que le afecten.²⁰⁷

Las reservas de la sociedad civil plantean la posibilidad de compaginar las atribuciones del propietario con la conservación de un ecosistema particular. Sin embargo, su constitución depende de la voluntad del titular del derecho que admita las limitaciones que la reserva implica; en esta medida su aplicación se puede ver notablemente reducida si no hay ninguna obligación o medio coactivo de por medio. De nuevo, al igual que las servidumbres ecológicas la protección del ambiente esta sujeta a la voluntad de los particulares.

Sobre este punto es pertinente tener en cuenta la opinión expresada por la Red Nacional de Reservas Naturales de la Sociedad Civil²⁰⁸. De acuerdo con esta organización, las reservas no cuentan con las herramientas jurídicas²⁰⁹ que aseguren el cumplimiento del deber de preservación del ambiente y el ejercicio pleno de las atribuciones reconocidos por ley para el propietario de la reserva²¹⁰.

Además de las instituciones jurídicas estudiadas, la Ley 99 contiene un artículo que se refiere específicamente a la función ecológica de la propiedad. En el Art.107 establece:

²⁰⁷ JIMENEZ Arturo Et. Al Op. cit., p.53- 54

²⁰⁸ Asociación de carácter privado conformada por fundaciones y propietarios de reservas naturales que se asociaron en Red en 1993 y que busca consolidar los procesos de conservación en tierras privadas en Colombia. [Sitio Web]. [consultado en Septiembre 25 de 2006]. Disponible en: <http://www.resnatur.org.co>.

²⁰⁹ En este punto es importante tener en cuenta que la Red Nacional de Reservas Naturales ha establecido sus propios sistemas de información y monitoreo, a través de procesos de caracterización y el desarrollo de un Plan de Manejo de reserva, tal como consta en la página web de la red, sin embargo, estas herramientas no son jurídicas y no cuentan con la efectividad suficiente en términos de coacción y sanciones.

²¹⁰ La Red afirma: “ En la Red venimos investigando desde el 2001 la viabilidad de la aplicación en Colombia de diversos instrumentos jurídicos de conservación privada, como las servidumbres ecológicas, comodatos, usufructos, arrendamientos, fideicomisos, testamentos y otros, con la finalidad de analizar la conveniencia de la utilización de estos instrumentos para fortalecer los objetivos de conservación perseguidos desde las Reservas Naturales u otros predios privados.(...) en Red Nacional de Reservas Naturales de la Sociedad Civil. Instrumentos Jurídicos. [página web]. [consultado en: Septiembre 25 de 2006]. Disponible en: <http://www.resnatur.org.co/areas/instrumentos.html>

“Utilidad Pública e Interés Social, Función Ecológica de la Propiedad. Declárense de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres, que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables, conforme a los procedimientos que establece la ley. Las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.

En los términos de la presente Ley el Congreso, las Asambleas y los Concejos municipales y distritales, quedan investidos de la facultad de imponer obligaciones a la propiedad en desarrollo de la función ecológica que le es inherente

Son motivos de utilidad pública e interés social para la adquisición, por enajenación voluntaria o mediante expropiación, de los bienes inmuebles rurales o urbanos, patrimoniales de entidades de derecho público o demás derechos que estuvieren constituidos sobre esos mismos bienes; además de los determinados en otras leyes, los siguientes:

- La ejecución de obras públicas destinadas a la protección y manejo del medio ambiente y los recursos naturales renovables.
- La declaración y alinderamiento de áreas que integren el Sistema de Parques Nacionales Naturales.
- La ordenación de cuencas hidrográficas con el fin de obtener un adecuado manejo de los recursos naturales renovables y su conservación...”

Siendo este el único artículo donde se menciona la función ecológica de la propiedad en la Ley 99, es pertinente analizar en detalle su contenido. Resultan relevantes tres puntos específicamente. El primero de ellos, se refiere a los casos en que admite procedimientos de expropiación o adquisición de predios, cuando sea necesario para la realización de obras públicas que busquen la protección del medio ambiente y los recursos naturales. El segundo punto que merece atención es la exigencia de respeto a

las normas ambientales como reglas de orden público. Como tercer punto, se debe resaltar la facultad que se concede al Congreso, las Asambleas y Concejos municipales para imponer obligaciones que garanticen el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad.

En cuanto al primer punto, es necesario tener en cuenta que el Art. 107 que la adquisición o expropiación son actividades de utilidad pública e interés social. Sin embargo, más adelante en este mismo artículo se establecen como motivos de utilidad pública e interés social para justificar procedimientos de adquisición los siguientes: la ejecución de las obras públicas, la declaración y el alinderamiento de áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales y la ordenación de cuencas hidrográficas. Se evidencia nuevamente, la confusión señalada antes acerca de la forma de utilizar los términos utilidad pública e interés social. Así, al acogerse a lo dispuesto en el Art.107 no queda claro si lo determinante para un proceso de expropiación, es el mecanismo como tal o son los motivos que lo justifican.

En cualquier caso, se debe recordar que la expropiación se ha establecido como un mecanismo de extinción del derecho de propiedad en aras de realizar una obra o generar un servicio de interés general²¹¹, independientemente de la forma como el propietario ejerza su derecho. Es decir, el proceso de expropiación puede proceder contra propietarios responsables que acaten las restricciones ambientales si es necesario para alcanzar un fin común, pero el incumplimiento de tales restricciones no implica que se pueda adelantar ningún mecanismo expropiatorio.

Como segundo punto, se debe resaltar cómo el Art.107 establece la exigencia de respeto a las normas ambientales como reglas de orden público. Esta disposición implica entender la preservación del medio ambiente como una obligación imperativa para autoridades y ciudadanos, por tanto la función ecológica de la propiedad debería entenderse como una norma ambiental constitucional que debe ser acatada y aplicada en cualquier ámbito del derecho.

²¹¹ Cfr. SOLANO

El tercer punto a analizar es la facultad de imponer limitaciones a la propiedad en cumplimiento de la función ecológica de la propiedad, en cabeza del Congreso, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales. Las corporaciones legislativas tienen la posibilidad de darle cumplimiento a la disposición constitucional (Art.58) en el ámbito de su competencia sin que se considere como una limitación ilegítima al derecho de propiedad. Sin embargo, el Art. 107 sólo se limitó a establecer la facultad sin determinar los parámetros necesarios para su ejercicio: ¿Sin definir la función ecológica de la propiedad, como pueden las corporaciones utilizar la facultad especial conferida?

Así las cosas, se puede concluir que la Ley 99 en su Art. 107 arroja importantes elementos para precisar el concepto de función ecológica al dotar de carácter obligatorio las normas ambientales y radicar en cabeza de los órganos legislativos la competencia para hacer cumplir la disposición constitucional.

- *Ley 793 de 2002:*

El proceso de inducción propuesto en este aparte pretende extraer elementos comunes en diversas instituciones jurídicas que permitan construir una definición plausible de función ecológica. El ejercicio propuesto en estos términos no pretende llegar, en ningún caso a inferir la función mencionada de cualquier instrumento jurídico que implique una limitación al derecho de propiedad. Por tal motivo se incluye la Ley 793 de 2002 como ejemplo de una relación forzada entre la extinción de dominio y la función ecológica de la propiedad

La Ley 793 de 2002 estableció el procedimiento de extinción de dominio para todo tipo de bienes, cuando concurren varias causales, una de ellas cuando el bien o bienes de que se tratan provengan de una actividad ilícita. De acuerdo con el Art. 2, se considera como actividades ilícitas aquellas que: “impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente (...)”.

Gloria Amparo Rodríguez afirma al respecto:

“(…) a través del desarrollo que ha tenido la función ecológica de la propiedad, se ha establecido que es causal de extinción del derecho de dominio la explotación que se adelanta con violación de las normas sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las relaciones de preservación y restauración del ambiente contenidas en las normas ambientales pertinentes”²¹².

Dentro del deterioro a los recursos naturales y al medio ambiente, no podría entenderse incluida la función ecológica de la propiedad, dado que la extinción de dominio cumple una función distinta frente al derecho de propiedad. Hacer lo contrario, entender la extinción de dominio como una herramienta de aplicación de la función ecológica lleva a preguntarse: ¿Como es posible obtener la propiedad de un predio por medio del deterioro del ambiente?; ¿La extinción de dominio hace que el titular pierda el derecho porque en su ejercicio deteriora el medio ambiente, o por que obtuvo su bien por medio de actividades que dañan el ambiente? ¿Cómo se aplica la extinción de dominio a un titular de un predio que lo ha adquirido legítimamente pero que incumple las normas de protección y preservación de recursos naturales?

Instrumentos legales que se refieren expresamente a la función ecológica de la propiedad:

A continuación se analizan los instrumentos legales que contienen literalmente la expresión “función ecológica” para verificar si la inclusión textual implicó precisar conceptualmente la función o si se establecieron herramientas jurídicas útiles para su aplicación.

²¹²MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE EN CONVENIO CON UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Op. Cit p. 23

- *Ley 388 de 1997*²¹³:

El ordenamiento territorial en las ciudades se ha convertido en la herramienta más útil para garantizar el crecimiento controlado y armónico, buscando dotar a los ciudadanos de infraestructuras adecuadas que garanticen un sistema habitacional ordenado, crecimiento económico y la sostenibilidad ambiental²¹⁴. Por esta razón, es relevante precisar las acciones administrativas de ordenamiento territorial que pueden brindar claridad acerca de la función ecológica de la propiedad y además pueden actuar como herramientas para su aplicación.

Las disposiciones de la Ley 388 establecen como uno de sus objetivos el garantizar la utilización del suelo de acuerdo con la función social de la propiedad y proteger el medio ambiente²¹⁵; además especifican la responsabilidad de las autoridades territoriales al momento de establecer la regulación a la que se acogen los residentes, comerciantes y constructores de una ciudad. De acuerdo con el Art. 2 de la ley mencionada, el ordenamiento territorial es una función pública que deben ejercer los municipios y distritos para lograr varios fines, entre ellos: “Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible”. En este sentido, la función ecológica se erige como uno de los principios que debe regir el ordenamiento territorial²¹⁶, de tal forma que las acciones y el régimen de propiedad permitido apunten a la protección de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente.

²¹³ Esta ley fue reglamentada por el Decreto 879 de 1998. A su vez la Ley 388 de 1997 surgió como continuación de la Ley 9 de 1989 por medio de la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y apropiación de bienes. Ver: COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Régimen de Licencias y Sanciones Urbanísticas. Compilación Normativa, Serie Reglamentación Ley 388 de 1997. Bogotá:2006

²¹⁴ COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Política de Desarrollo Territorial. [Página Web]. [Consultado: Abril 28 de 2007] Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/viceministerios/vivienda_desarrollo_territorial/desa_territ/desa_territ.htm.

²¹⁵ COLOMBIA. MINISTERIO DE MINISTERIO AMBIENTE Y DESARROLLO TERRITORIAL Y UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Op.Cit. p. 23

²¹⁶ De acuerdo con el Art. 5 de la Ley 388 el ordenamiento territorial se debe entender: “Como una serie de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales”.

Existen diversas acciones administrativas²¹⁷ y de planeación que contempla la Ley 388. Se hará alusión brevemente el Plan de Ordenamiento Territorial²¹⁸-POT, teniendo en cuenta la importancia de este tipo de herramientas en el ordenamiento local y por ser la acción administrativa más tangible para los ciudadanos.

El POT se define como un conjunto de políticas y estrategias para administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Dentro de los determinantes básicos del POT²¹⁹ se encuentra el respeto por las disposiciones ambientales y de conservación de los recursos naturales como normas de superior jerarquía dentro de su sector. Por tanto el POT, debe desarrollarse bajo el marco y en cumplimiento del CNRN, la Ley 99 de 1993 y las regulaciones expedidas por las Corporaciones Autónomas²²⁰. Así mismo, la Ley 388 dispone que dentro del esquema del POT debe estar incluida la delimitación de reservas, áreas de protección y conservación de los recursos naturales y los usos del suelo permitidos.

Sobre la base de estas disposiciones se puede considerar que los planes de ordenamiento son herramientas de aplicación de la función ecológica a cargo de los municipios, como entes responsables de conciliar las disposiciones de ordenamiento para el desarrollo con el deber de protección de los recursos naturales y el medio ambiente. De esta forma, en la elaboración del POT, las decisiones que se adopten inciden directamente en el

²¹⁷Otras acciones administrativas y planeación son: Planes de Ordenamiento Territorial, Clasificación del suelo, Planes parciales y Unidades de Actuación Urbanístico, Cfr. ROMERO CRISTANCHO, Catherine. La renovación urbana: intervención integral del territorio. Tesis de Grado. Universidad de los Andes. 2004

²¹⁸ Existen varios tipos de Planes de Ordenamiento, de acuerdo con el Art. 9 de la Ley 388 de 1997, estos son: “a) Planes de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los distritos y municipios con población superior a los 100.000 habitantes; b) Planes básicos de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población entre 30.000 y 100.000 habitantes; c) Esquemas de ordenamiento territorial: elaborados y adoptados por las autoridades de los municipios con población inferior a los 30.000 habitantes”.

²¹⁹ Es necesario tener en cuenta que el POT, se encuentra dividido a su vez en un componente general, urbano y rural. De acuerdo con el documento elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial, “Relación de los contenidos de los esquemas de ordenamiento territorial con el tipo de norma urbanística que regulan”. “El componente general del Plan: estará constituido por los objetivos, estrategias y contenidos estructurales de largo plazo. El componente urbano: es un instrumento para la administración del desarrollo y la ocupación del espacio físico clasificado como suelo urbano y suelo de expansión urbana, que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas. El componente rural es: “Es un instrumento para garantizar la adecuada interacción entre los asentamientos rurales y la cabecera municipal, la conveniente utilización del suelo rural y las actuaciones públicas tendientes al suministro de infraestructuras y equipamientos básicos para el servicio de los pobladores rurales”. El componente general entendido tanto en el Artículo 17 de la Ley 388 como en el Decreto 879 de 1998, determina que dentro del esquema ordenamiento tiene que estar presente la delimitación de áreas de reserva de protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

²²⁰ Ver Arts. 9, 10, Ley 388 de 1997.

ejercicio del derecho de propiedad de los particulares, dado que el manejo de los suelos²²¹ y la delimitación de las áreas de protección afectan la facultad de uso y disposición del propietario.

Sin embargo, en esta ley tampoco existe precisión acerca del contenido de la función ecológica de la propiedad aun cuando la establece como principio del ordenamiento territorial que debería ser aplicado a través de las acciones administrativas existentes. Por esta razón, vale la pena preguntarse si que en el momento de determinar los usos permitidos del suelo o las áreas protegidas, el creador del POT tiene en cuenta la función ecológica de la propiedad a pesar de no tener claro su significado²²².

Por tanto, se puede concluir que la Ley 388 ha sido reconocida como un importante instrumento de gestión urbana que entiende la importancia de incluir los determinantes ambientales en las actuaciones urbanísticas especialmente en la elaboración del POT. Sin embargo, los operadores jurídicos encargados de su ejecución, las Corporaciones Autónomas y municipios en este caso, no cuentan con la información técnica suficiente para cumplir su labor²²³.

- *Ley 70 de 1993:*

Al continuar con el análisis de la legislación ambiental dentro del grupo de los instrumentos que hacen referencia específica a la función ecológica de la propiedad, es necesario referirse a la Ley 70 de 1993, por medio de la cual se quiso regular el acceso a la propiedad colectiva de las comunidades negras que ocupan terrenos baldíos en la Cuenca del Pacífico.

²²¹ El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ha considerado que “la planificación del uso de la tierra es un elemento fundamental en el proceso de ordenamiento territorial municipal, en la medida que permite identificar y seleccionar las mejores formas de utilización de la tierra y de distribución y localización de las actividades en el territorio, considerando la realidad tanto biofísica como socioeconómica, cultural, tecnológica y política del territorio”, en COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, OFICINA ASESORA DE ORDENAMIENTO AMBIENTAL. Bases Ambientales para el ordenamiento territorial municipal en el marco de la ley 388 de 1997. Bogotá: Abril de 1998, p. 7

²²² Un ejemplo puede ser útil para aclarar el punto: de acuerdo con el POT una zona específica de la ciudad puede adquirir una clasificación que admita la construcción de urbanizaciones con una tasa de densidad superior a la que en realidad permite la zona y sin embargo los curadores urbanos en aplicación del POT conceden licencias de urbanismo y construcción.

²²³ Cfr. Apartes Intervención de Manuel Rodríguez Becerra, Ex Ministro de Ambiente en el marco del Foro: “10 años de la Ley 388 de 1997: Sus aportes al ordenamiento urbano y a la consolidación de políticas de suelo”. Congreso de la República, Mayo 24 y 25 de 2007.

En el proceso de adjudicación de predios, establecido en el Art. 14 de la Ley 70, se incluye dentro de los requerimientos legales, la obligación de observar las normas sobre conservación, protección del ambiente y la utilización racional de los recursos naturales renovables. Por tal razón, el Art. 20 hace alusión al Art. 58 de la Constitución Política y afirma que los “titulares deberán cumplir las obligaciones de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en la defensa de ese patrimonio”.

En estas circunstancias, la Ley 70 ofrece una aproximación interesante a la función ecológica de la propiedad que se refiere a dos circunstancias específicas. Por un lado, el acatamiento a las restricciones ambientales como requisito necesario para ser adjudicatario de un predio, lo que implica que la función ecológica puede ser exigible también a futuros propietarios. Por otro lado, la Ley 70 prevé el deber de colaboración de los miembros de la comunidad con las autoridades ambientales para asegurar el cumplimiento de la función ecológica. En esta medida, se estaría estableciendo un mecanismo de responsabilidad conjunta entre propietarios y autoridades que podría ser extendido a otros contextos como herramienta de aplicación de dicha función.

Sin embargo, la función ecológica de la propiedad colectiva de las comunidades negras pierde efectividad al no ser exigible a través de un mecanismo de coacción o presión²²⁴, en tanto la Ley 70 no prevé sanciones en caso de incumplimiento de la función ecológica y tampoco determina la autoridad competente para vigilar las acciones de la comunidad.

²²⁴ A pesar de que el Decreto 1745 de 1995 estableció el procedimiento para la adjudicación y titulación de las tierras de las comunidades negras y determinó el funcionamiento interno de los Consejos Comunitarios, no se especificó la entidad encargada de verificar y certificar el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad.

- Ley 160 de 1994²²⁵:

Al igual que la Ley 170, pero especificando la entidad responsable y un procedimiento verificable, se ha exigido el cumplimiento de la función ecológica a las comunidades indígenas a través de la Ley 160/1994. Esta ley se encargó de establecer el procedimiento de constitución, ampliación,²²⁶ reestructuración y saneamiento de los resguardos indígenas²²⁷. En estos procedimientos se exige el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad dentro de los resguardos, por lo que la función ecológica de la propiedad se convierte en un elemento fundamental para el desarrollo de los mismos²²⁸.

La certificación del cumplimiento de la función ecológica está a cargo del MAVDT y se realiza dentro del proceso de reestructuración o saneamiento de un resguardo. La comunidad solicita previamente una visita al resguardo que el Incoder ordena por auto. Este auto es conocido por el MAVDT junto con una solicitud de certificación del cumplimiento de la función ecológica de la propiedad, que debe ser atendida dentro de los 30 días siguientes²²⁹.

²²⁵ La ley 160 de 1994, contiene disposiciones importantes acerca de los procesos de expropiación que debe adelantar el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, hoy Incoder, sobre predios rurales. El Art. 52 afirma: “Establécele en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejó de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo primero de la Ley 200 de 1936, durante tres (3) años continuos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, o cuando los propietarios violen las disposiciones sobre conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y las de preservación y restauración del ambiente, o cuando los propietarios violen las normas sobre zonas de reserva agrícola o forestal”. En estos términos es viable la extinción de dominio de un inmueble que no está cumpliendo con normas ambientales. La ley 160, en el Art. 54, determina que en caso de que la extinción de dominio se someta a revisión judicial, se puede adelantar la expropiación cuando existen motivos de utilidad pública e interés social.

²²⁶ El proceso de ampliación se da cuando las tierras son insuficientes para el desarrollo de la comunidad o cuando no están incluidas en el resguardo indígena. El saneamiento de los resguardos se da cuando han quedado incluidas personas que no hacen parte de la comunidad o no son indígenas. La reestructuración consiste en la revisión de la vigencia legal de los títulos respectivos. Ver: RODRIGUEZ, Gloria Amparo, La función ecológica de la propiedad en la ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas, en: LONDOÑO TORO. Op. Cit, p. 127-128

²²⁷ “Resguardo es la figura jurídica que representan los territorios indígenas que tienen título de propiedad colectiva reconocida por el Estado. Tiene como características esenciales que su ameno y gobierno interno les corresponde a las autoridades propias de las comunidades, y que además, son inembargables, inalienables e imprescriptibles. (...)” Ibid. p.119

²²⁸ Cualquiera de los procedimientos mencionados se realizan por autorización por acto administrativo del Incoder. El Ministerio del Interior certifica el cumplimiento de la función social de la propiedad, mientras que el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo territorial certifica la función ecológica. Dado lo anterior se considera que el acto que expide Incoder es un acto de carácter complejo. Ver: Ministerio DE MEDIO AMBIENTE EN CONVENIO CON UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Op.cit. p.40

²²⁹ Decreto 2164 de 1995, Art.10

De acuerdo con los postulados de Ley 160 se ha considerado que la función ecológica se cumple cuando:

- “No hay deterioro o perjuicio sobre los recursos naturales y del ambiente por conductas o abstenciones que los destruyan, agoten, contaminen, disminuyan o degraden.
- Cuando los recursos naturales se utilizan sin exceder los límites permitidos por normas vigentes, que alteren las calidades físicas, químicas o biológicas naturales.
- Cuando no se perturba el derecho de ulterior aprovechamiento, en cuanto éste convenga al interés público”²³⁰.

Los requisitos de cumplimiento apuntan a lograr la utilización adecuada y equilibrada de recursos para evitar comportamientos que degraden el medio ambiente, bajo la supervisión del MAVDT²³¹. En este sentido, el cumplimiento de la función ecológica se entiende en un doble sentido, en la medida en que para las comunidades indígenas la función mencionada es la forma de garantizar sus dinámicas propias de conservación de la naturaleza, y además la preservación de su patrimonio cultural²³².

²³⁰MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL Y UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Op. Cit., p.41

²³¹ El Art. 19 del Decreto 2164 de 1995 afirma: “Fundón social y ecológica. Si del pronunciamiento expedido por el Ministerio del Medio Ambiente se estableciere que la comunidad no está dando cumplimiento a la fundón ecológica de la propiedad sobre los terrenos del resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura que le son propios, el informe será enviado a los cabildos o autoridades tradicionales a fin de que se concierten los correctivos o medidas a que haya lugar”.

En el evento de que se verifique por el Incora el incumplimiento de la función social de la propiedad en un resguardo, conforme a sus usos, costumbres y cultura, según lo previsto en este Decreto, en concertación con los cabildos y autoridades tradicionales, el Instituto determinará las causas de ello y promoverá, si fuere el caso, el apoyo de las entidades pertinentes que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, para adoptar los mecanismos de solución que permitan corregir dicha situación.

Cuando la causa del incumplimiento de la función social o ecológica de la propiedad sea atribuible a la comunidad, se suspenderán los procedimientos de ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos mientras se concertan las medidas y programas dirigidos a corregir las situaciones que se hayan establecido. Una vez acordados los correctivos con el cabildo o la autoridad tradicional, se continuará con el procedimiento administrativo correspondiente. Cuando la causa del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la función social y ecológica de la propiedad se debiere a la acción u omisión de personas o entidades ajenas a la comunidad indígena; a la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito; al estado de necesidad o a la insuficiente cantidad o calidad de las tierras del resguardo, no se suspenderán los procedimientos previstos en este Decreto. En este evento, el Instituto, la autoridad correspondiente del sistema Nacional Ambiental, el Ministerio del Interior y los organismos competentes promoverán, en concertación con las comunidades y las personas involucradas, las acciones que fueren pertinentes.

²³² *Ibíd.*

El caso particular de los resguardos indígenas y de las comunidades negras, según Gloria Amparo Rodríguez corresponde, a una visión colectiva de la función ecológica de la propiedad por oposición a una visión individual de esta misma función cuya materialización se da en los procesos de extinción de dominio²³³ y en las reservas naturales de la sociedad civil²³⁴. En esta medida, la función ecológica de los resguardos indígenas y la exigencia de su cumplimiento contribuyen a dotar de contenido el concepto de la función por que se entiende más allá de una simple exigencia sobre el ejercicio del derecho de propiedad, implica además, mantener la integridad y sostenimiento del territorio.

La función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas es un ejemplo de aplicación bajo parámetros particulares. Así, la función ecológica, adquiere importancia en la medida en que la propiedad sobre el territorio garantiza la supervivencia del pueblo indígena. Sin embargo, en las ciudades y comunidades urbanas el cumplimiento de la función ecológica no cobra el mismo sentido para los ciudadanos y por tanto pierde fuerza en su aplicación. Sin embargo, en este punto queda abierta la cuestión para analizar la posibilidad de crear o aprovechar un imaginario existente en las ciudades colombianas que se relacione con la función ecológica de la propiedad y ayude a propiciar una cultura entre los propietarios de proteger el medio ambiente²³⁵.

²³³ Antes en el texto se explicó porque no se puede entender la extinción de dominio como una herramienta de aplicación de la función ecológica de la propiedad.

²³⁴ RODRIGUEZ, Op. Cit, p. 115-116

²³⁵ En este punto del análisis resulta útil analizar algunas instituciones jurídicas establecidas en el ordenamiento español, cuya relevancia dentro de este capítulo está en el valor y claridad que ofrece la comparación entre instituciones jurídicas que contienen una misma tensión: medio ambiente y derecho de propiedad. Se hará alusión a las siguientes instituciones la demanialización, licencias ambientales y planeación urbanística, por ser estas similares a instituciones jurídicas colombianas que se analizaron antes en este capítulo. La demanialización se ha entendido como el proceso de incorporación de un bien al dominio público, al extraerlo del comercio para buscar su protección y preservación. Este proceso puede darse en relación a recursos naturales específicos o para zonas de importancia ecológica. En esta medida la demanialización funciona “como una técnica jurídica que supone ante todo la segregación de determinados bienes del tráfico jurídico privado; es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales, constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada”. (BARNES Op. Cit, p. 731)

A pesar de los efectos señalados la demanialización no puede entenderse como un proceso expropiatorio, dado que se entiende que los bienes que son excluidos del comercio eran bienes que en principio no eran susceptibles de ser apropiados por particulares (Ver ARAGON ZARAGOZA Antonio. La legitimidad de las expropiaciones legislativas. Febrero 3 de 2006. [En línea]. [consultado en Noviembre 12 de 2006]. Disponible en: <http://etradioalteclado.blogspot.com/2006/02/la-legitimidad-de-las-expropiaciones.html>) El ejemplo más común de este proceso está en la Ley de Aguas de 1985 que en su Art.1 establece: “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”.

¿Función Ecológica?

Este capítulo debe su título a la realidad que se evidenció en el primer capítulo y a la preocupación que justifica el presente aparte: no hay claridad conceptual acerca del contenido de la función ecológica. Por esta razón, con el propósito de encontrar elementos que pudieran precisar esta función se analizaron las sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema y varias instituciones jurídicas de la legislación ambiental vigente.

Portanto, la demanialización, implica la limitación al derecho de propiedad, por medio de la exclusión del bien del comercio, en aras de preservar un recurso natural. Este tipo de restricción es asimilable a la declaratoria de reserva o a la adquisición de bienes regulados en el CNRN.

Otro de las instituciones del derecho español que merecen ser estudiadas, son los planes urbanísticos que desarrollan los municipios y las comunidades autónomas. A partir de la Constitución de 1978 se radica en cabeza de las comunidades la facultad de determinar los planes de ordenamiento del territorio y la imposición de medidas ambientales adicionales dentro de su jurisdicción. (BARNES, Op. Cit, p.742)

Dentro de los planes de ordenamiento, a partir de Ley 4 de 1987 se crean los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, cuyo objetivo es delimitar la tierra de acuerdo a sus capacidades buscando la protección del medio ambiente en cada zona. Este tipo de planes deben ser respetados por cualquier instrumento urbanístico; sin embargo, se han presentado problemas en la aplicación de estos planes en la medida en que la planificación ambiental ha permanecido aislada de la urbanística y la territorial. (BARNES, Op.Cit. p.742)

En estas circunstancias es posible afirmar que los planes urbanísticos de España son similares a los Planes de Ordenamiento Territorial colombianos, cuyas características se mencionan antes. Existe sin embargo una diferencia fundamental, mientras en el caso colombiano la función ecológica y el respeto por la legislación ambiental, son un principio fundamental del ordenamiento territorial; en España los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales se constituyen como una herramienta autónoma que debe ser respetado por el resto de instrumentos normativos.

Este tipo de planes son un ejemplo para Colombia, para dotar de fuerza e independencia a los instrumentos ambientales, partiendo de entender el medio ambiente como un bien jurídico que merece especial protección, que si bien no debe estar supeditado a otro tipo de medidas urbanísticas si debe estar en armonía con éstas.

Por último se hará referencia a las licencias ambientales. Este tipo de autorizaciones dentro del sistema español son exigidas en ciertas actividades previamente clasificadas. (ESTEVE, Op.Cit. p. 23)

El Reglamento de Actividades Clasificadas expedido en 1961, determina que tipo de actividades se consideran peligrosas o nocivas para el medio ambiente y por tanto deben ser autorizadas por la autoridad local competente. (De acuerdo con ESTEVE la autoridad local competente son los Ayuntamientos. Si se asimila a la organización política en Colombia, los ayuntamientos funcionarían como la alcaldía de un municipio.)

De acuerdo con este reglamento, la actividad está en principio permitida pero dadas sus características y consecuencias requiere autorización. En este sentido, "... la autorización presupone el reconocimiento previo de un derecho del solicitante a desarrollar la actividad y la intervención de la Administración se concentra en verificar si la propuesta se ajusta a las exigencias de la normativa existente"²³⁵(ESTEVE. Ibíd. p.20)

Este tipo de intervención administrativa del derecho español busca restringir aquellas actividades que sean nocivas para el medio ambiente y en esta medida la autoridad puede intervenir solo en aquellos casos en que el despliegue de este tipo de actividades se convierta en factor de contaminación o daño ambiental. Por el contrario, en el caso colombiano las licencias ambientales autorizan un proyecto u actividad que pretende realizar el propietario, por tanto la actividad no está permitida en principio y solo la autorización da la facultad al propietario. En esta medida en materia de licencias bien puede considerarse que en Colombia pueden ser más eficaces para evitar daños al medio ambiente, dado que la autorización se hace previamente.

En este sentido, las medidas previstas en el ordenamiento español al igual que en el colombiano se han dispuesto para el cumplimiento de restricciones ambientales a través de limitaciones concretas al derecho de propiedad. Sin embargo, las medidas en la legislación colombiana no encuentran sustento en un punto en común que permita entender su aplicación y exigir su eficacia. En el caso colombiano, el piso común por disposición constitucional habría de ser la función ecológica de la propiedad.

La posición de la Corte Constitucional frente a la función ecológica de la propiedad arrojó más dudas que respuestas. La Corte reconoce que se ha producido un proceso de transformación del derecho de propiedad, al dejar de lado la idea de un derecho absoluto bajo la concepción individualista para dar paso a un nuevo derecho de propiedad entendido como un derecho relativo al cual le son inherentes la función social y la ecológica. Sin embargo, la Corte al tratar estas dos funciones mantiene, en un principio la función ecológica subsumida dentro del concepto de “lo social”; sólo en un reciente pronunciamiento del año 2006, la Corte decide tratar la función ecológica como una limitación al derecho de propiedad que es independiente de la función social.

Si bien, la Corte acepta que existen una serie de limitaciones inherentes al derecho de propiedad, al mismo tiempo se preocupa por establecer los parámetros para impedir que dichas limitaciones afecten el núcleo esencial del derecho, cuyo contenido determina la Corte como el mínimo irreductible que garantiza al propietario obtener utilidades de su bien. Las de la Corte no podrían llevar a pensar que las características y atribuciones del derecho de propiedad concebidas por el derecho romano puedan permanecer inalterables. Sin embargo, la Corte, llega paradójicamente a tal conclusión.

Por tanto, las sentencias de la Corte no lograron arrojar elementos para dotar de contenido la función ecológica y tampoco especificaron herramientas jurídicas para su aplicación. El siguiente camino a seguir fue el análisis de varias instituciones de la legislación ambiental, a través de un proceso de inducción, para lograr encontrar aquellos elementos que subyacen a las particularidades de cada institución.

El ejercicio de inducción sobre la legislación ambiental permitió concluir que si bien ninguno de los instrumentos analizados ofreció claridad conceptual total acerca del contenido de la función ecológica de la propiedad, si fue posible encontrar varias aproximaciones interesantes a esta función y algunas herramientas jurídicas de aplicación concreta.

Instituciones jurídicas como las servidumbres ecológicas y las reservas naturales de la sociedad civil, hacen evidente la posibilidad de que existan restricciones aceptadas

voluntariamente por los propietarios. Sin embargo, no hay que olvidar que las limitaciones auto impuestas solo son efectivas si se entienden como parte inherente del derecho de propiedad, por tanto deberían derivarse de la función ecológica de la propiedad. Por su parte, limitaciones impuestas como son la adquisición de bienes y la declaratoria de reservas son instituciones que exigen conductas específicas a los particulares y que afectan sus atribuciones como propietarios, en aras de la preservación y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente. Estas dos instituciones son, sin duda, útiles ya que no sugieren sino que exigen comportamientos: no imponen abstenciones externas al ejercicio del derecho de propiedad sino que modifican las características del bien y afectan todas las atribuciones de los propietarios.

Las licencias ambientales y los POT, son instrumentos de control de las autoridades ambientales que pueden resultar efectivos como herramientas de aplicación de la función ecológica. En el caso de las licencias, el cumplimiento certificado de la función ecológica por parte del propietario debería ser un requisito exigible a los solicitantes de licencia ambiental, buscando garantizar que no solo la actividad que se desarrolle no contrarie normas ambientales sino que el ejercicio del derecho de propiedad sea adecuado. En cuanto al POT como instrumento de planeación, no hay duda que una vez se tenga clara la función ecológica de la propiedad, esta adquirirá la fuerza de principio que le corresponde de acuerdo con la Ley 388/97 y podrá ser exigible, tanto en la elaboración del plan como en su aplicación concreta en mecanismos como las licencias urbanísticas, por ejemplo.

En estas circunstancias, la legislación ambiental vigente permite entender la función ecológica como una limitación inherente al ejercicio del derecho de propiedad que pretende asegurar la protección efectiva del medio ambiente y los recursos naturales. El cumplimiento de dicha función puede ser exigible a través de restricciones que afecten las características del derecho y modifiquen las atribuciones del propietario, pero aun así le permitan permanecer como titular. De esta forma la función ecológica debe adquirir la fuerza obligatoria que merece: como disposición constitucional ambiental de orden público y como una restricción cuyo cumplimiento debe entenderse ligado a la

supervivencia y el desarrollo sostenible no sólo de una comunidad étnica específica sino de la comunidad en general.

La función ecológica podría contar con varias herramientas jurídicas para su aplicación; es el caso de la declaratoria de reserva, las reservas naturales de la sociedad civil y las acciones administrativas de ordenamiento territorial. En cada una de estas instituciones se evidencia como elemento común la afectación sustancial del derecho de propiedad, sin llegar a extinguirlo, de tal manera que se exige el ejercicio del derecho acorde con las restricciones ambientales, como situaciones compatibles.

Al parecer no hay otra salida, el diálogo entre derecho y medio ambiente está planteado así: la consagración constitucional pretende atender la preocupación del momento acerca del ejercicio del derecho de propiedad frente al deber de protección del medio ambiente. Sin embargo, no contiene conceptos precisos y por tanto no logra resolver la cuestión satisfactoriamente.

III. CONCLUSIÓN: LA FUNCIÓN ECOLÓGICA Y LA REDEFINICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

La preocupación fundamental que subyace tras este texto es lograr determinar los actos permitidos a los propietarios frente al deber de protección de los recursos naturales y el medio ambiente, a partir de casos reales que plantean un choque entre el respeto por el derecho de propiedad y la preservación del entorno. El proceso de investigación llevó a concluir que más que un choque, existe una tensión evidente entre el concepto de propiedad contenido en el Código Civil y el significado del mismo concepto a la luz de la Constitución de 1991. Mientras para la legislación civil el derecho de propiedad es un derecho absoluto, por disposición constitucional la propiedad es un derecho subjetivo relativo que protege a la vez intereses particulares y colectivos.

El derecho de propiedad se transforma para incluir en su contenido el cumplimiento de deberes específicos, por tanto, más que un derecho, la propiedad es además una función social y una función ecológica. Sin embargo, no hay claridad conceptual acerca del contenido de esta última función: la Constitución de 1991 no definió el concepto, y tampoco han hecho lo suyo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la legislación ambiental vigente. En estas circunstancias, el verdadero reto de la investigación es lograr establecer una definición de función ecológica de la propiedad que llegue a ser aplicada efectivamente.

Al indagar por elementos que permitieran llegar a una definición plausible de la función ecológica de la propiedad, fue posible develar varias cuestiones problemáticas alrededor del derecho de propiedad y la función ecológica. En primer lugar, se examinaron los alcances de la consagración de la función ecológica de la propiedad en la Constitución de 1991 a la luz de la relación existente entre Derecho y medio ambiente. En segundo lugar, se estableció la función ecológica como una función inherente al derecho de propiedad independiente de la función social, que no es asimilable al derecho al medio ambiente sano. En tercer lugar, se pudo confirmar que para conseguir la aplicación de la

función ecológica se debe contar con un contenido vinculante que especifique el campo de aplicación de esta función.

Para empezar se debe entender que si bien la consagración de la función ecológica en el texto de la Constitución de 1991, buscó compaginar el ejercicio del derecho de propiedad con el deber de protección del medio ambiente a través de la inclusión de una función adicional al derecho de propiedad; la consagración constitucional no fue suficiente: por ausencia de precisión conceptual la fórmula constitucional ha permanecido como una simple fórmula “decorativa”.

Se ha pretendido incluso, entender la función social y la ecológica de la propiedad como elementos externos al derecho. Sin embargo, al amparo de lo dispuesto en el Art. 58 de la C.N. no hay dudas acerca de la naturaleza del derecho de propiedad: es un derecho y a la vez una función social y una ecológica. Cada una de estas funciones responde a visiones distintas; la función ecológica apunta a preservar los recursos naturales y el medio ambiente para garantizar el desarrollo sostenible de la especie, mientras que la función social busca que el bien se utilice de la forma más productiva posible.

En este sentido, también es necesario dejar de lado la asimilación entre el derecho al medio ambiente sano y la función ecológica de la propiedad. El derecho al medio ambiente sano pretende garantizar un entorno saludable para todos los ciudadanos y su respeto es exigible a los particulares y a las autoridades públicas; por su parte la función ecológica, solo es exigible a los propietarios en cuanto tales. Aunque ambas instituciones apuntan a proteger el medio ambiente cada una es aplicable en situaciones particulares y la función ecológica debe asumir un papel propio en esta tarea.

Finalmente, la función ecológica de la propiedad debe ser dotada de toda la fuerza vinculante, para que sea exigible por las autoridades ambientales competentes y además sea interpretada en un mismo sentido por intérpretes y operadores jurídicos. Al analizar las instituciones jurídicas que contiene la legislación ambiental se pudieron identificar varias que podrían servir como herramientas de aplicación de la función ecológica de la propiedad, estas son: la declaratoria de reserva, los planes de ordenamiento territorial y

la certificación de cumplimiento de la función ecológica en las comunidades indígenas. En estas tres instituciones se pueden verificar limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que involucran acciones de los propietarios bajo la supervisión de autoridades ambientales. Por tanto, es posible establecer como principio general de aplicación de la función ecológica, la limitación del derecho de propiedad siempre y cuando no se llegue al extremo de hacer imposible su ejercicio y además existan mecanismos de control del cumplimiento de dicha función.

En estas circunstancias, una definición de función ecológica de la propiedad adecuada debe lograr solucionar las problemáticas planteadas. La siguiente definición aspira a hacerlo: La función ecológica es el deber inherente al derecho de propiedad de cumplir con las restricciones impuestas por la legislación ambiental vigente que consisten en abstenciones obligatorias y en acciones perentorias. La función ecológica de la propiedad debe ser aplicada, sin llegar a extinguir el derecho de propiedad a través de instituciones jurídicas que apunten a proteger los recursos naturales y el medio ambiente, contando con sistemas de verificación de cumplimiento y mecanismos de sanción en cabeza de las autoridades ambientales competentes.

La función ecológica entendida en estos términos afecta sustancialmente el contenido del derecho de propiedad. Las atribuciones reconocidas al propietario, esto es el uso, el usufructo y el abuso, están supeditadas al cumplimiento de normas ambientales. Por tanto, el propietario, puede gozar y disponer de su bien, siempre y cuando respete las restricciones ambientales. Un ejemplo señalado antes, aclara la situación: al declararse una reserva forestal el propietario está obligado a destinar su predio únicamente a los usos permitidos de acuerdo con el tipo de reserva.

En cuanto a las características del derecho de propiedad, estas tampoco permanecen inmunes. La concepción tradicional que entendía la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo ha sido superada para dar paso a una nueva concepción de propiedad, que entiende que el derecho de propiedad encierra a su vez el cumplimiento de funciones y deberes específicos, por lo que el titular no puede ejercer su derecho arbitrariamente con exclusividad absoluta y por tiempo indefinido.

Ahora bien, es pertinente preguntarse por qué es posible acoger la definición propuesta y no otras. En este punto es preciso recordar otras definiciones de la función ecológica para vislumbrar las diferencias con la definición propuesta; para ello se hará alusión a tres definiciones utilizadas en el capítulo II. La primera de ellas entiende la función ecológica como “el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente, que no es otra cosa que la aceptación y aplicación de las medidas impuestas por la política ambiental para prevenir, reducir o controlar la contaminación y procurar el desarrollo sostenible”²³⁶. En esta definición se incurre en una asimilación, ya rebatida, entre el derecho al medio ambiente sano y la función ecológica de la propiedad.

Una segunda definición afirma, “el concepto de función ecológica como tal implica, que no se pueda usar la propiedad de forma tal que cause daño al medio ambiente o a la salud de los hombres, los animales, o que altere los recursos naturales”²³⁷. Si bien la función ecológica implica una limitación a la facultad de uso del propietario, al mismo tiempo exige desarrollar acciones que apunten a objetivos específicos cuya denominación no puede dejarse al azar. Es decir, no es lo mismo causar daño que alterar el medio ambiente, y la salud de hombres y animales; no es lo mismo que la protección de los recursos naturales.

Finalmente, también se ha definido la función ecológica de la propiedad como “...aquella función que presta un espacio para garantizar la continuidad de las dinámicas ecológicas naturales, la conservación de la biodiversidad – los bosques, el agua, el suelo- así como la protección de las culturas que lo habitan”²³⁸. Acerca de esta última definición cabe aclarar que aunque se refiere al cumplimiento exigido a las comunidades indígenas, no señala un contenido obligatorio específico para los miembros de estas comunidades que después pueda extenderse a todo tipo de propietarios.

²³⁶ ROJAS. Op. cit. p. 18

²³⁷ PARRA. Op. cit. p.95

²³⁸ MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL EN CONVENIO CON LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, Op.cit, p. 1

Las graves imprecisiones presentadas en las definiciones mencionadas, son las que la definición propuesta aspira a superar. Por esta razón, se enfatiza el carácter inherente de la función ecológica al derecho de propiedad, para que no se entienda como una restricción accesoria, que puede ser incumplida sin consecuencias. Así mismo, se establece que es posible imponer acciones y abstenciones, porque a la luz de la concepción clásica de la propiedad, de la que aún se perciben rezagos, se entiende que los límites son únicamente abstenciones. Finalmente, la definición establece criterios generales de aplicación y mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de los propietarios.

Así las cosas, por comparación, la definición de función ecológica de la propiedad que se ha construido en este aparte es adecuada. Sin embargo, aun es posible dudar acerca de la importancia real de entrar a definir un concepto que ha permanecido sin contenido específico desde su consagración. A simple vista la imprecisión conceptual puede tener ciertas ventajas: la función ecológica puede ser utilizada tanto por detractores de medidas que apunten a limitar el derecho de propiedad, como por ecologistas que aspiren a proteger los recursos naturales y el medio ambiente por encima de los derechos individuales.

La definición de función ecológica que se ha planteado en este texto apunta a lograr el equilibrio entre las dos posiciones: se establece como propósito de la función ecológica preservar los recursos naturales y proteger el medio ambiente; pero se aclara que las medidas para su aplicación no pueden llegar al extremo de extinguir el derecho de propiedad. No puede ser de otra forma, la función ecológica no implica que prevalezca la protección ambiental por encima de los derechos individuales. Tampoco es posible aceptar el ejercicio ilimitado del derecho de propiedad por parte de su titular cuando se afecta el medio ambiente y los recursos naturales.

En estas circunstancias, al tener claro el contenido de la función ecológica de la propiedad no hay marcha atrás: el cambio en la concepción de la propiedad que la función ecológica implica, lleva a replantear la relación existente entre el Código Civil y la Constitución de 1991. Se abren tres caminos diferentes: la primera opción es

considerar que la función ecológica de la propiedad se encuentra contenida implícitamente en el Artículo 669 del Código Civil; la segunda opción es considerar la regulación civil como uno más de los regímenes de propiedad permitida y finalmente, como tercera opción se puede decidir interpretar las disposiciones civiles a la luz de la función ecológica establecida en la Constitución de 1991.

La primera opción invita a hacer compatible la regulación civil con la consagración constitucional del derecho de propiedad, al entender incluida la función ecológica dentro de las restricciones permitidas por la ley y el respeto a los derechos de los terceros de acuerdo con el Art. 669 C.C.²³⁹. Por este camino el Código Civil es aplicable en cualquier situación, porque se entiende que las limitaciones que se establezcan habrán de ser reguladas por la ley y en esa medida la definición de la legislación civil no niega la posibilidad de establecer más límites.

La segunda opción²⁴⁰, conduce a esta misma conclusión, sin embargo en este caso no se asume que la función ecológica se encuentra dentro de las limitaciones permitidas al derecho de propiedad. Si bien se acepta que el Art. 669 no prevé la restricción a la propiedad por razones ecológicas, esta disposición sí es aplicable a otras situaciones con carácter residual cuando no exista un régimen específico. El autor español Angosto, entiende que cada régimen de propiedad está determinado por el tipo de bien sobre el cual recae. Bajo esta perspectiva en el caso colombiano, habría lugar a hablar del régimen de propiedad colectiva, de la propiedad horizontal, de la propiedad rural o del régimen de propiedad estatal; entre otros.

Ninguna de las anteriores opciones resulta plausible. El concepto de propiedad del Código Civil no incluye la función social y mucho menos la función ecológica, la

²³⁹ Vicente L. Montés, se refiere a esta opción, pero opta por rechazarla porque considera que el Código Civil español no puede entender incluida la función social en sus disposiciones sobre propiedad, aún ampliando el sentido de limitación permitido por la norma. (MONTÉS, Op. cit, p.228)

²⁴⁰ Esta posibilidad ha sido expuesta en el caso español por José Angosto. Este autor considera que si bien existe una contraposición entre el Código Civil y la Constitución de 1978, el concepto del Art. 348 C.C. incluye la función social y por ende aún hoy es aplicable. En estas circunstancias el régimen civil se debe entender como una regulación más dentro de las posibles regulaciones que admite el derecho de propiedad en el ordenamiento español. Es así como Angosto afirma: "Por tanto, el Código Civil constituye uno más de los diversos estatutos propietarios con la peculiaridad de su carácter residual (...) regula el derecho de propiedad sobre todos aquellos bienes que no están expresamente sometidos a otro régimen jurídico; (...) se aplica a todos aquellos aspectos no regulados en los Estatutos jurídicos peculiares en de una concreta categoría de bienes". (ANGOSTO, Op. cit, p.104 y 105)

concepción individualista plasmada en el Art.669 no admite limitaciones inherentes al derecho de propiedad justificadas en la consecución de intereses colectivos o por la protección del medio ambiente. Por esta razón, la transformación del derecho de propiedad a partir de la función ecológica no admite que la concepción de la propiedad como derecho subjetivo absoluto se mantenga ni siquiera como régimen general.

En este texto se acoge la tercera opción que consiste en interpretar el Código Civil a la luz de la función ecológica de la propiedad. De acuerdo con Luís Fernando Macías es posible entender el Art. 669 acorde con una visión ambiental sin que ello implique cuestionar la aplicabilidad del Código Civil. Afirma al respecto: “Así las cosas, ni el régimen de la propiedad privada ni el libro segundo del Código Civil se encuentran derogados o son inexistentes: se debe interpretar con una visión ambiental la normatividad sobre los bienes, para hacer efectiva la función ecológica de la propiedad”²⁴¹.

La interpretación de las disposiciones civiles a la luz de la Constitución de 1991 como opción para solucionar la tensión existente, encuentra su sustento en el principio de interpretación del ordenamiento jurídico de acuerdo a la Constitución. Así se encuentra dispuesto en el Art.4 la Carta Política donde se establece la Constitución como norma de normas y en el Art. 6 cuando se determina la responsabilidad de los particulares y las autoridades frente al cumplimiento de las disposiciones constitucionales. El principio de interpretación del ordenamiento a luz de la Constitución se materializa en las normas que hacen vinculante el texto de la Constitución para particulares y autoridades públicas. Sobre este punto García Enterría establece: “Al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento”²⁴².

²⁴¹ Op. Cit, MACIAS, “ Áreas protegidas y propiedad”, p. 107

²⁴² GARCIA de Enterría. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial CIVITAS S.A. 1983, p. 64. El autor hace referencia al Art. 91 de la Constitución española de 1978 el cual establece: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Bajo esta perspectiva, es necesario enfatizar en que la interpretación de las disposiciones civiles a la luz de la función ecológica no puede entenderse como un cambio superficial de visión. No se trata de añadir un “tinte ambiental” al derecho de propiedad: la función ecológica es un elemento inherente a este derecho que ha modificado por completo su contenido. Por tanto, si bien el concepto de propiedad del Código Civil se sustenta sobre una concepción superada del derecho de propiedad, el contenido de la función ecológica debe asimilarse como criterio de interpretación para todos los operadores jurídicos, buscando materializar el deber de respeto por el medio ambiente en el ejercicio diario de los propietarios.

Ahora bien, una vez se ha logrado elaborar una definición específica para la función ecológica de la propiedad y por ende, se ha establecido la mejor forma de compaginar las concepciones divergentes entre el Código Civil y la Constitución, es el momento de aplicar la definición en un caso real para comprobar los resultados del proceso de investigación.

Para empezar es necesario recordar que según la definición adoptada de función ecológica de la propiedad, es el deber inherente al derecho de propiedad de cumplir con las restricciones impuestas por la legislación ambiental vigente que pueden imponer al propietario tanto abstenciones como acciones concretas. La función ecológica de la propiedad debe ser aplicada, sin llegar a extinguir el derecho de propiedad, a través de instituciones jurídicas que apunten a preservar los recursos naturales y proteger el medio ambiente, contando con sistemas de verificación de cumplimiento y mecanismos de sanción en cabeza de las autoridades ambientales competentes.

Los Cerros de Suba, como parte del sistema montañoso circundante de Bogotá, fueron declarados por la Ley 99 de 1993 en su Art. 61 como zonas de interés ecológico nacional, cuya destinación debía ser de carácter agrario y forestal. Esta misma ley instó a las autoridades locales a reglamentar los usos permitidos de acuerdo con estas características. En cumplimiento de lo establecido en la Ley 388 de 1997 en materia de ordenamiento territorial, el Concejo Distrital aprobó el Plan de Ordenamiento Territorial

por medio del Decreto 190 de 2004²⁴³, sin embargo, excluyó los Cerros de Suba como parte de la estructura ecológica principal; por el contrario les confirió tratamiento de desarrollo²⁴⁴ y permitió su urbanización.

Propietarios de predios en la zona deciden construir proyectos de vivienda, desconociendo los impactos ambientales que sus actuaciones puedan tener, amparados en la disposición del POT que les permita urbanizar. Surge en este caso la siguiente pregunta: ¿En qué medida están permitidos los actos de los propietarios que atenten contra la protección de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente?

La aplicación de la función ecológica lleva a solucionar la cuestión prohibiendo a los propietarios urbanizar sus predios. El deber de protección ambiental es inherente al derecho de propiedad y en esa medida solo están protegidos los actos del propietario que se ajusten al cumplimiento de este deber. La urbanización del predio en ejercicio de su facultad de uso atenta contra la preservación del ambiente y la declaratoria legal de espacio de interés ecológico ambiental. Teniendo en cuenta que el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad puede ser exigido por las autoridades ambientales competentes²⁴⁵, la Secretaría de Ambiente Distrital sería la encargada de sancionar a los propietarios.

²⁴³ En este Decreto se compilan las disposiciones contenidas en los Decretos Distritales 619 de 2000 y 469 de 2003.

²⁴⁴ Este tipo de tratamiento se encuentra definido en el Artículo 361 del Decreto Distrital 190 de 2004: El tratamiento de desarrollo es aquel que orienta y regula la urbanización de los terrenos o conjunto de terrenos urbanizables no urbanizados, localizados en suelo urbano o de expansión, a través de la dotación de las infraestructuras, equipamientos y de la generación del espacio público que los hagan aptos para su construcción, en el marco de los sistemas de distribución equitativa de cargas y beneficios, definidos en el Título III de la presente revisión. Dicho proceso se podrá adelantar de las siguientes maneras:

1. Mediante plan parcial, como procedimiento previo al trámite de la licencia de urbanización, en los términos definidos en la presente Revisión.

2. Por medio de licencia de urbanismo expedida por una curaduría urbana, para aquellos terrenos localizados en suelo urbano que de acuerdo con lo establecido en la presente revisión, no requieran de plan parcial. Estos predios sufrirán el proceso de urbanización aplicando las normas establecidas en la presente revisión y las demás normas específicas reglamentarias del tratamiento de desarrollo.

Parágrafo. Se entiende por predios urbanizables no urbanizados aquellos ubicados en suelo urbano o de expansión que no han adelantado un proceso de urbanización y que pueden ser desarrollados urbanísticamente.

Los predios que se hayan desarrollado sin cumplir con el proceso y obligaciones derivadas del proceso de urbanización, que no se enmarquen dentro del proceso de legalización, se someterán al tratamiento de desarrollo con el fin de hacer exigibles dichas obligaciones.

²⁴⁵ Para la explicación del caso concreto se toma como autoridades ambientales las que ha establecido la Ley 99 de 1999, Art. 4 en donde se establece la estructura del Sistema Nacional Ambiental y se incluyen el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, junto con las Corporaciones Autónomas Regionales y las entidades territoriales.

Hasta este momento no habría mayores dificultades para entender la aplicación de la función ecológica en el caso concreto, sin embargo el POT permite la urbanización de la zona. Por tanto, los propietarios de predios que los urbanicen están amparados en la norma del POT y en esa medida al parecer sus actos si están protegidos. Así las cosas, la cuestión va más allá: ¿Cómo se debe aplicar la función ecológica en aquellos casos en que un instrumento de planeación protege actos de propietarios en contra del deber de protección de los recursos y preservación del medio ambiente?

Al hacer evidente la tensión existente entre el Código Civil y la Constitución de 1991 se estableció como solución la interpretación de todo el ordenamiento jurídico a la luz de las disposiciones constitucionales. En esta medida, en principio si el POT no se ajusta a la función ecológica de la propiedad, podría no ser aplicado en el caso concreto por parte de los curadores urbanos o los jueces y por ende no estaría permitida la urbanización de la zona.

Sin embargo, en este punto la discusión teórica sobre la función ecológica de la propiedad encuentra su propio límite: si bien fue posible construir una definición lógica adecuada de esta función atendiendo a los elementos que arrojó la jurisprudencia constitucional y la legislación ambiental, su aplicación efectiva por parte de los operadores corresponde ahora al ámbito político, donde finalmente permanece abierta la pregunta: ¿Lindas casas con jardín?

BIBLIOGRAFÍA.

Legislación:

- Código Fiscal (Ley 110 de 1912)
- Ley 200 de 1936
- Ley 135 de 1961
- Código Nacional de Recursos Naturales –CNRN- (Decreto Ley 2811 de 1974)
- Ley 99 de 1993
- Ley 793 de 2002
- Ley 388 de 1997
- Ley 70 de 1993
- Ley 160 de 1994
- Decreto 1541 de 1978
- Decreto 1745 de 1995
- Decreto 1996 de 1999
- Decreto 190 de 2004
- Decreto 1220 de 2005

Jurisprudencia:

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-537 de 1992, M.P.
Simón Rodríguez
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-006 de 1993 M.P.
Eduardo Cifuentes Muñoz
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-223 DE 1994, M.P.
José Gregorio Hernández
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-389 de 1994.M.P
Antonio Barrera Carbonell

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-589/1995. M.P. Fabio Morón Díaz
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-284 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-649 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-147 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-649 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 126 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-059 de 2001.M.P. Marha Sáchica.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-491/2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-491 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-189 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Libros:

- AJA, E. y GONZÁLEZ Beilfuss M. Conclusiones generales. en Aja, Eliseo. Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual. Editorial Ariel Derecho. 1998
- AMAYA, Oscar Darío. La constitucionalidad del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en: Evaluación y perspectivas del Código Nacional de Recursos Naturales de Colombia en sus 30 años de vigencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004
- AMAYA, Oscar Darío. La constitución ecológica de Colombia.: Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

- ANGOSTO SAÉZ. “El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano”. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones. 1997
- AVILA DE TISSOT, Esperanza. Las licencias ambientales: Aproximación teórica. FESCOL: Bogotá. 1996
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, Madrid: Tecnos. 1995
- CAÑON RAMÍREZ, Pedro Alejo. Bienes, Derechos Reales. Bogotá: Editorial A.B.C. 1984
- COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, OFICINA ASESORA DE ORDENAMIENTO AMBIENTAL. Bases Ambientales para el ordenamiento territorial municipal en el marco de la Ley 388 de 1997. Bogotá. Abril de 1998
- COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL EN CONVENIO CON UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Función ecológica de la propiedad en resguardos indígenas. Coordinadora Académica: Beatriz Londoño. Bogotá Editorial Universidad del Rosario. 2004
- COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Régimen de Licencias y Sanciones Urbanísticas. Compilación Normativa, Serie Reglamentación Ley 388 de 1997. Bogotá. 2006
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Características esenciales del Derecho Civil Moderno. Medellín: Ediciones de la Revista Estudios de Derecho. 1943
- DIGUIT León. La transformación del derecho público y privado en FF Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L. 1975 (Trad. Adolfo G Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada).
- ESMERAL, Roberto. Cambio Climático en Colombia. En: [Ayuda de Memoria para el Señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Enero 22 de 2007]
- ESTEVE. José. Derecho al medio ambiente. Barcelona: Marcial Pons. 2005
- FIORAVANTI, Mauricio. Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones. Madrid: Editorial Trotta. 2000

- GARCÍA de Enterría. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial CIVITAS S.A. 1983
- GÓMEZ Mejía Alberto, Medio Ambiente. Los cambios constitucionales: 1886-1991. Sociedad Económica Amigos del País, Bogotá. 1992
- JIMÉNEZ Arturo Et. Al, Análisis legal de las Servidumbres ecológicas: en Las Servidumbres ecológicas: Un mecanismo jurídico para la conservación en tierras privadas. Memorias del Seminario Taller realizado en Bogotá, 29 y 30 de mayo de 2001
- LACRUZ, José Luis Et Al. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. Madrid: Dykinson, 2006
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: Ediciones Filosofía Alianza Editorial. 1990
- LONDOÑO Beatriz. Et. Al. Propiedad, Conflicto y Medio Ambiente Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2004
- MACÍAS, Luis Fernando. Introducción al Derecho Ambiental. Bogotá: Legis. 1998
- MARIE Portalis, Jean Etienne, Discurso preliminar al Código francés, Trad I Cremades y L. Gutiérrez Masson, Madrid: Editorial Civitas. 1997
- MEDINA DE URIBE, María del Carmen. La propiedad privada en áreas protegidas-reservas forestales. 2005. Tesis de Grado. (Abogada). Universidad de los Andes. Facultad de Derecho
- OCHOA Carvajal Raúl. Bienes: Estudio sobre los bienes y la propiedad. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. 1995
- PÉREZ. Efraín. Derecho Ambiental. Bogotá: Mc Graw Hill, 2000
- PONCE DE LEÓN Eugenia, en Lecturas sobre derecho del medio ambiente. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000
- PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, CONSEJERÍA PARA EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Artículo 58: sesiones de las comisiones Asamblea Constituyente.
- PROHUDON, J.P. ¿Qué es la propiedad?: Investigaciones acerca del principio del derecho y del Gobierno, Barcelona: Editorial Bauza, Biblioteca Helios. 1900

- RIOS LARRAÍN, Hernán. Lecciones de Derecho Civil. Chile: Colección Manuales Jurídicos, 1994
- RODOTA, Stefano. El Terrible Derecho, Estudios sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986, p. 73
- ROJAS PEÑA, Diego Mauricio. La función ecológica de la propiedad privada en Colombia: análisis desde una perspectiva de precedentes jurisprudenciales y de la normativa vigente. Bogotá. 2004. Tesis de Grado. (Abogado) Universidad de los Andes. Facultad de Derecho
- ROMERO CRISTANCHO, Catherine. La renovación urbana: intervención integral del territorio. 2004. Tesis de Grado.(Abogada) Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.
- SÁNCHEZ FREIZ, Remedio. Introducción al Estado Constitucional. Barcelona: Editorial Ariel. 1993
- SÁNCHEZ PINZÓN, Ana María. Reservas naturales de la sociedad civil: la función ecológica de la propiedad privada como una alternativa para el desarrollo. Bogotá: 2001. Tesis de Grado. (Abogada). Universidad del Rosario. Facultad de Derecho
- SILVA Parr a Marcela, La función ecológica de la propiedad en Colombia. 2004. Tesis de Grado. (Abogada). Universidad Externado. Facultad de Derecho
- SOLANO SIERRA Jairo Enrique. La expropiación. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2004
- VELÁSQUEZ, Luis Guillermo. Bienes. Bogota: Temis, 2004
- WALDRON, Jeremy. Rights of private property. Oxford U.S: Clarendon Paperbacks. 1988
- ZAGRABELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta. 2002

Fuentes de Internet:

- ARAGÓN ZARAGOZA Antonio. La legitimidad de las expropiaciones legislativas. [consultado: Febrero 3 de 2006]. [Artículo en línea]. Disponible en: <http://letrada.teclado.blogspot.com/2006/02/la-legitimidad-de-las-expropiaciones.html>
- COLOMBIA. MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. Política de Desarrollo Territorial. [Página Web]. [Consultado: Abril 28 de 2007] Disponible en: http://www.minambiente.gov.co/viceministerios/vivienda_desarrollo_territorial/desa_territ/desa_territ.htm
- GALLO, Ezequiel. Notas sobre el liberalismo clásico. Versión corregida y ampliada de Ezequiel Gallo, Notas sobre el liberalismo clásico, En Varios Autores, Liberalismo y sociedad, Ensayos en honor al profesor Dr. Alberto Benegas Lynch. [Artículo en Línea] [consultado: 24 de febrero de 2006] Buenos Aires: 1984. Disponible en: <http://www.hacer.org/pdf/Gallo02.pdf>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Apuntes sobre codificación y costumbre en el derecho colombiano. p.20, [Artículo en línea][consultado en: Septiembre 26 de 2006] Disponible en: www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c2-HistoriaDelDerecho.pdf
- Glosario de WWF Colombia. [consultado en Septiembre 18 de 2006] .Disponible en: <http://www.wwf.org.co/colombia/glosario/,php?lsg=e&sort=R>.
- Primera Servidumbre Ecológica en Colombia, [Noticia en línea] [consultado en Septiembre 20 de 2006] Disponible en: http://www.resnatur.org.co/areas/1_servidumbre_ecologica.html#mas.
- RESERVAS NATURALES DE LA SOCIEDAD CIVIL. [Sitio Web]. [consultado en: Septiembre 25 de 2006]. Disponible en: <http://www.resnatur.org.co>
- RUIZ T, Samuel. Origen, fundamentos del derecho y del derecho subjetivo. [Artículo en Línea] [consultado el 2 de noviembre de 2006] Disponible en: <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyAkApFypBVBxwLKt.php>

- VALENZUELA, Víctor Hugo García. John Locke: propiedad y gobierno. *sl.*
En: Revista de Historia, año 9–10, vol. 9–10, 1999–2000. p.5 [Consultado el 28 de enero de 2006] Disponible en: <www2.udec.cl/historia/rhistoria/art03.doc>