

Propiedad y Medio Ambiente: Algunas Consideraciones en Torno al Caso de Colombia

Luis Fernando Macías Gómez*

La necesidad de protección del medio ambiente y los recursos naturales plantea en ocasiones una tensión con la propiedad. Un derecho colectivo entra en conflicto con un derecho individual. Ambos tienen rango constitucional, lo cual genera una dificultad mayor en su análisis. La función ecológica de la propiedad establecida en el artículo 58° de la Constitución Política colombiana es invocada como norma para limitar el derecho de propiedad. Sin embargo, la propiedad también tiene una función social, que confrontada a la función ecológica parecieran ser contradictorias. Como señala el autor, lo importante es lograr conciliar el respeto a la propiedad conjuntamente con su función ecológica y social. Es uno de los retos del derecho ambiental en nuestros días.

Una nueva concepción en torno al medio ambiente como interés jurídicamente tutelable irrumpe en la escena jurídica en 1969, con la expedición en Estados Unidos del National Environmental Policy Act. A partir de allí, muchas otras legislaciones se preocuparon del tema y fueron expidiendo normas de diverso alcance y contenido en materia ambiental. En Colombia ocurre otro tanto con la expedición de la Ley N° 23 de 1973 y el Decreto Ley N° 2811 de 1974, conocido como código de recursos naturales renovables.

Sin embargo, los elementos que conforman el medio ambiente o los recursos naturales renovables¹, tales como el agua, los bosques, la fauna, no han estado ausente de la legislación nacional. En el código civil de 1887, vigente aún hoy, se regulaban las mercedes de agua, la caza e incluso, creemos la contaminación misma, lo cual se deduce al leer el segundo inciso del artículo 994° que a su tenor dice:

«Pero ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso».

¿No es esto acaso una clara referencia a lo que hoy se denomina contaminación atmosférica?

Así mismo, la preocupación por la deforestación, tampoco es nueva, para ello basta leer al Doctor Diego

Mendoza Pérez, en su discurso pronunciado en la Sesión Solemne del 30 de noviembre de 1897, en la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia. En dicho escrito cita al economista Paul Leroy – Beaulieu, hablando del dominio privado del Estado sobre los bosques de las tierras baldías. Hace énfasis en las consideraciones que dicho economista plantea sobre las consecuencias de la destrucción de bosques, de lo cual vale la pena citar el siguiente pasaje:

«... La desaparición de esas reservas de árboles que son los reguladores naturales de las aguas, dañaría todo el territorio adyacente, le quitaría una parte de su fuerza productiva y disminuiría su salubridad. Estos hechos son generalmente aceptados. El efecto inmediato del desbosque inmoderado en los lugares montañosos, es apresurar el derrame de las aguas fluviales y facilitar las inundaciones que reclaman cierta cantidad de humedad y una moderada temperatura...».

Luego de esta cita de Leroy – Beaulieu, el doctor MENDOZA PÉREZ dice:

«Las consideraciones anteriores no han sido atendidas entre nosotros y hemos procedido en este asunto con una grande imprevisión. Malbaratamos este patrimonio y rompemos

* Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Maestría en Doctrinas y Filosofía Política de la Universidad de París I, Maestría en Estudio de Sociedades Latinoamericanas Opción Ciencias Políticas, Master Interactivo en Derecho Ambiental Universidad del País Vasco, profesor Universitario, Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Ambiental, miembro del grupo Asesor del Departamento de Desarrollo Sostenible de la OEA, abogado en ejercicio en derecho ambiental, igualmente fue Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente de Colombia entre los años 1994 a 1997.

1 Es importante aclarar que el concepto de medio ambiente no está definido expresamente en nuestra legislación y por ello hacemos referencia a medio ambiente y recursos naturales renovables. Discusión que se da a nivel doctrinario en otros países, pero sobre lo cual no hay acuerdo al respecto.

con nuestra conducta el vínculo de solidaridad con la venideras generaciones»².

¿No están acaso presentes en esta cita dos pilares fundamentales del derecho ambiental y de toda política ambiental, como son el principio de prevención (precaución) y la esencia del desarrollo sostenible?

A nuestro juicio, es indudable que allí se podría encontrar el germen de lo que, posteriormente, se desarrolló en otras latitudes como el desarrollo sostenible y su gran componente cual es el derecho de las generaciones futuras.

«El medio ambiente termina siendo un condicionante del ejercicio de los derechos derivados de la propiedad, sin que hasta ahora, se haya desarrollado doctrinariamente la tensión existente»

Y así podríamos seguir encontrando citas en leyes o textos de juristas para darse cuenta que, en realidad, la esencia de la necesidad de la protección ambiental no es un descubrimiento nuevo, ni mucho menos revolucionario como pretenden algunos. Es una constante en la literatura jurídica y no jurídica, naturalmente, con la misma visión de hoy día, pero no por ello indiferente a la esencia actual.

No estamos en materia de derecho ambiental ante un acontecimiento fundacional, de creación y de invención. Estamos, tal vez, desconociendo reflexiones de nuestra historia jurídica, en aras de un discurso en ocasiones mesiánico y romántico sobre el retorno a la naturaleza.

Es en una perspectiva histórica y de análisis de nuestras instituciones jurídicas que se deben abordar algunos temas que se tornan problemáticos cuando incorporamos el medio ambiente como un objeto a proteger por el derecho.

Ahora bien, es cierto igualmente que el medio ambiente surge como una preocupación de la humanidad en los años 70 y, por tanto, la necesidad de

introducir mecanismos jurídicos de protección, apareciendo entonces el derecho ambiental.

El derecho ambiental aparece como un derecho que va a tomar en cuenta nuevos controles, deberes, obligaciones y derechos de la sociedad hacia el medio ambiente, lo cual ha dado lugar progresivamente al surgimiento de un «dispositivo normativo a la vez original, complejo y en buena parte nuevo»³.

Uno de esos nuevos aspectos de control, deber, obligación y derechos es la propiedad. Ésta se ha visto limitada como consecuencia de la necesidad de garantizar la protección a un medio ambiente adecuado y para tal efecto se habla entonces, en el artículo 58° de nuestra Constitución Política, de la función ecológica de la propiedad o bien de ésta como función inherente a la función social. Y a partir de allí se manifiesta con mayor fuerza el tremendo conflicto, y en ocasiones contradicción, entre medio ambiente y sistema de propiedad privada y libre empresa. Estos últimos principios son el fundamento y razón de ser de la democracia occidental la cual, sin embargo, puede verse limitada por razones y exigencias ambientales.

Es claro entonces, que el medio ambiente termina siendo un condicionante del ejercicio de los derechos derivados de la propiedad, sin que hasta ahora, se haya desarrollado doctrinariamente la tensión existente. Solo la jurisprudencia se ha ocupado de ello, pero sin entrar a analizar a profundidad el alcance y contenido de la propiedad y su regulación en nuestro código civil, frente a los condicionamientos ambientales. Sobre todo, más que la propiedad la referencia es a los derechos reales.

Ciertamente, el concepto de derechos reales se ha olvidado en el vocabulario de los juristas para dar paso a un nuevo concepto traído del pensamiento económico anglosajón como es el de «derechos de propiedad» (Property Rights). Es un tema que no ha sido ajeno al análisis económico; pero viene a tener mayor fuerza con la publicación del texto de Ronald Coase sobre los costos sociales. Es la economía institucional la que introduce un nuevo aire al debate. Para el interés del jurista lo importante es señalar que para estas consideraciones económicas el problema al hablar de derechos de propiedad no se está reduciendo a un simple concepto de la propiedad, sino que es más amplio por cuanto abarca todo derecho que asigne propiedad.⁴ En una línea similar basta leer algunos estudiosos colombianos del tema de la propiedad, pero no desde la perspectiva jurídica, como es el caso del Profesor Francisco THOUMI, quien dice:

2 MENDOZA PÉREZ, Diego, «Evolución de la propiedad en Colombia», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, p. 45.

3 BRETON, Jean – Marie «Droit de propriété et environnement dans le code et le droit civil français», Ponencia en el Congreso de conflicto, propiedad y medio ambiente, celebrado en la Universidad del Rosario del 25 al 27 de mayo de 2004.

4 NIEVES SAN EMETERIO, Martín «Nueva economía institucional», Editorial Síntesis, Madrid, 2006, p. 58 y ss.

«... Los derechos de propiedad tradicionalmente contemplados por la legislación (derechos de uso, usufructo y libre disposición)...»⁵.

Lo que ha ocurrido es que hemos ido olvidando (¿Negando?) nuestra historia y tradición jurídica en aras de generar un nuevo discurso, pretendidamente novedoso y revolucionario que encuentra en el medio ambiente el mejor lugar para desplegar toda su radicalismo y encontrar el mejor sitio de legitimación del mismo. Discurso cargado de una negación de la modernidad y desconocimiento de los principios jurídicos, más pendiente de un interés personal que general.

Sin embargo, consideramos que se debería intentar hacer un pare en el camino para evaluar con mayor rigurosidad jurídica temas tan difíciles como es la tensión entre medio ambiente y propiedad. Son en principio dos instituciones contradictorias. La primera, sustentada en su carácter colectivo y, el segundo, máxima expresión del individualismo. Como tal la propiedad debe ceder a los intereses del medio ambiente.

¿Pero debe ser la anterior consideración tomada en forma absoluta, o requiere matices y criterios para determinar cuándo y cómo se debe ceder al interés colectivo? Todo parece resumirse en la idea de la función ecológica de la propiedad, la cual tampoco ha sido analizada dentro de los principios jurídicos sino simplemente como un referente discursivo para justificar la limitación o restricción al ejercicio de ciertos derechos derivados de la propiedad.

Basta observar que ese principio solo se invoca para los casos de la propiedad inmueble, pero nada se dice respecto a la propiedad mueble, intelectual, fiduciaria, o a tantas otras manifestaciones de la propiedad. Y esto podría tener una explicación desde un campo diferente al jurídico.

La propiedad siempre ha sido motivo de conflictos a lo largo de la historia humana, y naturalmente de nuestro país. Los procesos de apropiación de nuestros campos han estado rodeados de todo tipo de conflictos violentos. Ha existido incluso una tendencia a plantear la ilegitimidad de la propiedad dependiendo del origen de la misma. Como dice THOUMI, «para legitimar la propiedad es necesario que los medios usados en su obtención hayan sido legítimos. ... El privilegio sobre el cual se basa un aparte importante de la propiedad colombiana fue legítimo durante la mayor parte de la historia a partir del Descubrimiento, pero que durante el presente siglo el privilegio ha llegado a ser ilegítimo, por lo que a su vez la propiedad ha perdido legitimidad»⁶.

No hay que olvidar que en el nuevo contexto mundial nadie pretende desconocer la importancia de la propiedad para lograr el desarrollo. Y naturalmente se cae en las reflexiones ideológicas. Situación que nos lleva entonces a contaminar la reflexión jurídica, sobre todo por la ingerencia de los planteamientos políticos que giran alrededor de la defensa de una u otra posición.

Es decir que, el tema de la propiedad está rodeado de una serie de concepciones, imaginarios y posiciones filosóficas en torno a dicha institución jurídica, que no pueden dejarse de tener en cuenta. ¿Hasta donde la función ecológica de la propiedad no es un concepto marcado por una concepción ideológica que pretende en ocasiones limitar al máximo el carecer individualista de la propiedad? Basta haber estado en el ejercicio del derecho ambiental para observar cómo en ciertas ocasiones existe algunas afirmaciones peyorativas por parte de miembros de entidades ambientales sean públicas o privadas, cuando de limitar el ejercicio de la propiedad en nombre del medio ambiente se trata. Es un punto interesante pero que, en todo caso, sobrepasa el alcance del presente documento.

Ahora bien, retomando la idea de la función ecológica de la propiedad es conveniente citar el artículo 58° de la Constitución en su parte pertinente:

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

En primer lugar, vale la pena resaltar que se reitera textualmente lo señalado en el artículo 30° de la Constitución de 1886, con la respectiva reforma de 1936 sobre el tema de la función social de la propiedad. Se agrega tan solo la frase relativa a la función ecológica.

Si se intenta analizar el artículo surge la pregunta de si la propiedad tiene (o es) una función ecológica o si a la función social le es inherente una función ecológica. Uno u otro planteamiento tienen, consideramos, implicaciones profundas sobre el alcance de la idea de la función ecológica.

En algunas jurisprudencias pareciera que la idea es que a la función social le corresponde una función ecológica, como parte de un fenómeno de ampliación del alcance de dicha función, en cuanto hoy involucra nuevos derechos como es el derecho colectivo al medio ambiente sano. Así, en fallo de la Corte Constitucional T 411 / 92⁷, Expediente T 785, Magistrado Ponente Alejandro Martínez, se dice:

5 THOUMI Francisco E., «Derechos de propiedad en Colombia: debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas», Centro de Estudios Internacionales Universidad de los Andes, Serie Documentos Ocasionales No. 38, Bogotá, Abril – junio de 1995, p. 6.

6 Ibid., p. 11.

«Uno de los límites implícitos de los derechos es el concepto de función social de León Duguit, que sostenía: «Todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y este es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados... todo hombre tiene una función social que llenar, y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla; tiene el deber de desenvolver, tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral para cumplir esa función de la mejor manera posible y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento».

En la Constitución Política surge un tríptico económico, constituido por el trabajo (artículo 25°), la propiedad privada (artículo 58°) y la libertad de empresa (artículo 333°).

Este tríptico económico tiene una función social. En tanto que social, él debe velar por la protección de los valores y derechos sociales. Entre éstos a su vez se destaca la vida y la ecología. Luego el trabajo, la propiedad y la empresa tienen una función ecológica que es inherente a la función social. Es de advertir que el fin último de la función ecológica del tríptico económico es la prevalencia del interés general sobre el interés particular, que es un principio fundante del Estado colombiano».

Con esta cita se puede observar, claramente, que la interpretación del artículo 58° se encamina a considerar la función ecológica como parte de la función social, pero no como una función diferente y nueva de la propiedad.

Nada más lógico que la propiedad se limite en aras del interés general y en un nuevo alcance de lo social, lo cual ha sido reiterado por la Corte Constitucional en fallo C 595 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria, a propósito de la demanda contra el concepto de arbitrario contenido en el código civil colombiano. En esa oportunidad la Corte dijo:

También sobre las consecuencias de la renovada concepción de la propiedad, con sus caracteres individualistas bastante más diluidos y sus implicaciones sociales más salientes, ha elaborado ya la Corte una consistente doctrina, contenida en múltiples decisiones, de las cuales resulta pertinente citar algunos apartes representativos que hoy la Sala Plena reitera:

«El desarrollo económico y social es el responsable último de la mutación del concepto y del sentido que la sociedad colombiana tiene y asigna a la propiedad privada. Las leyes expedidas

a partir de los años treinta, se inscriben bajo el signo de la sociabilidad como lo atestiguan sus textos y la copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas, que remiten incesantemente a las categorías del interés social y de la función social de la propiedad. El alejamiento de la matriz subjetivista del Código Civil es notorio y denuncia con elocuencia un cambio de la base económica y del fundamento mismo del derecho de propiedad, que se conserva y garantiza, pero a partir de los postulados constitucionales del interés social y de la función social. En este sentido, la afectación legislativa expresa de actividades e importantes ámbitos de la propiedad privada al interés social, ha permitido sustentar medidas expropiatorias tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva. Por su parte, en términos generales, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y la generación de riqueza» (subrayas fuera del texto).

Y en el mismo sentido:

«Como lo reconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y lo ha venido sosteniendo la doctrina de esta Corte, desde la reforma constitucional de 1936 y, con mayor razón, a partir de la vigencia de la Carta de 1991, que caracterizó a nuestra organización

«La función ecológica que es inherente a la función social debe ser interpretada en el sentido que ella genere riqueza y desarrollo dentro de un marco de protección ambiental, estableciendo limitaciones o condicionamientos al derecho de uso pero no impidiendo ese derecho por cuanto allí desaparece el núcleo esencial de la propiedad. Es que la propiedad está instituida para servir a la sociedad»

7 En Colombia la Corte Constitucional es la última instancia de revisión de los fallos de tutela que buscan proteger los derechos fundamentales. En estos casos la referencia jurisprudencial se especifica con la letra T. Quiere decir que se trata de un fallo de tutela. Esta Corte tiene también el control constitucional de las leyes, en cuyo caso la referencia del fallo es con la letra C.

política con el significativo e ineludible concepto de Estado Social de Derecho, la propiedad privada ya no puede reclamar para sí el atributo de la arbitrariedad ni el carácter absoluto que en tiempos ya superados constituyeron elementos inherentes a ella» (subrayas fuera del texto).

Pero la Corte no sólo se ha preocupado por explorar el significado y consecuencias de la noción general de propiedad, sino que al mismo tiempo ha recalcado las diferentes modalidades a través de las cuales se manifiesta este derecho, y a esos casos también ha extendido una interpretación que antepone el contenido social al residuo individualista que aún subyace en esta institución.

«La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad».

Todo esto ratificando algo que la Corte había sostenido desde sus inicios:

«Las formas de economía solidaria son consideradas no sólo como una eficaz alternativa para satisfacer las necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluye el afán indiscriminado de lucro, sino también, lo que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo.

Por esta razón, desde hace varios años las más variadas iniciativas han propuesto otorgar garantías constitucionales a las formas de propiedad y economía solidaria.

Estas propuestas encontraron amplia resonancia no sólo en sectores comprometidos tradicionalmente con el movimiento cooperativo, sino también en otros, como el de los indígenas, cuya presencia en la vida política ha sido vista con especial complacencia, como quiera que constituye el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación colombiana y valioso aporte en el enriquecimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

Igualmente se ha sugerido que la solidaridad se constituye en un elemento propio y característico de algunas formas de propiedad, lo cual en verdad no es nada distinto a recono-

cer la existencia de este fruto natural de la función social...

En virtud de lo anterior, lo que ahora se busca, es pues, darle carta de ciudadanía a una nueva Constitución, al menos en igualdad de condiciones con otras formas de organización económica destinadas también a satisfacer necesidades sociales».

Lo anterior en términos teóricos no plantearía mayores problemas por cuanto es, universalmente aceptado, que el interés particular debe ceder al interés público y general, y cuando en virtud de ese deber, se establece una carga mayor al interés individual, éste debe ser indemnizado. Justamente, el medio ambiente surge como un nuevo interés jurídicamente tutelable que se convierte en derecho colectivo y, por ende, debe ser protegido aún por encima de intereses particulares o individuales.

La Constitución de 1991 no hizo, entonces, nada diferente a incluir dentro de la función social, introducida en la Constitución de 1886 por la reforma de 1936, una función ecológica. Pero si la función social implicaba el no parasitismo de la propiedad, el ejercicio de los derechos derivados de ella en forma acorde con el interés general, y sobre todo que la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y la generación de riqueza, como se dice en el fallo antes citado, supone entonces que la función social estaría más acorde con el concepto de desarrollo, es decir, la explotación de la tierra. Y si damos un giro al concepto de función social para desligarlo del derecho a un ambiente sano y trasladarlo al concepto de desarrollo sostenible, el concepto de función ecológica cambiaría radicalmente.

En efecto, si consideramos que la función ecológica debe enmarcarse dentro del concepto de desarrollo sostenible supondría que prevalecería el derecho de uso y usufructo, derivados de la propiedad, y que la simple conservación, es decir la abstención de ejercer acciones sobre la propiedad que afecten el medio ambiente, es contrario a la función social.

Así las cosas, habría una contradicción intrínseca al interior del concepto mismo de función social de la propiedad. Ciertamente, si lo que se entiende por función ecológica es conservar o preservar exclusivamente, todo conduciría a señalar que no puede haber explotación económica de la propiedad y por ende usufructo. En la medida en que la abstención fuese la característica de la propiedad, quedaría ésta convertida en una nuda o simple propiedad, es decir el mero título sin posibilidad de goce (artículo 669° del código civil). Y allí, se inicia el verdadero conflicto entre propiedad y medio ambiente, por cuanto se tiende a que en la práctica el concepto de función ecológica sea de no hacer y no de hacer dentro de parámetros de protección ambiental.

«El discurso ambientalista de la primacía de lo colectivo sobre lo individual, ha logrado lo que no pudieron los movimientos políticos de los años 60 que propugnaban por la colectivización de la tierra»

Y esa contradicción podría resolverse si se reconociera que el desarrollo sostenible también es un derecho colectivo, sobre todo en sociedades sumidas en la pobreza y el abandono del Estado y alejadas de cualquier principio de solidaridad, como son nuestras sociedades latinoamericanas. Es allí donde el derecho debe intervenir para buscar la mejor forma de conciliar tensiones incorporadas en conceptos que se usan sin analizar las consecuencias reales o se utilizan a partir de ideales propios de repúblicas inexistentes.

¿Puede la función ecológica como inherente a la función social pretender desconocer plenamente el derecho de goce de la propiedad? Si bien es cierto que se puede limitar ese goce, también lo es que no se puede negar, ya que ello equivaldría a hacer desaparecer el núcleo esencial de la propiedad que representa dicho goce.

A nuestro juicio, la función ecológica que es inherente a la función social debe ser interpretada en el sentido que ella genere riqueza y desarrollo dentro de un marco de protección ambiental, estableciendo limitaciones o condicionamientos al derecho de uso pero no impidiendo ese derecho por cuanto allí desaparece el núcleo esencial de la propiedad. Es que la propiedad está instituida para servir a la sociedad.

Cosa distinta es que el usufructo se vea afectado o disminuido por las limitaciones y condicionamientos impuestos al uso, pero ello si sería parte de la responsabilidad social que todo propietario debe tener frente a los demás ciudadanos. Naturalmente, no se puede llegar a limitaciones que hagan meramente simbólico el usufructo. Esa disminución o afectación debe enmarcarse dentro de los parámetros de la razonabilidad. En estas limitaciones existen también diversas visiones sobre el contenido y alcance de la conservación. Algunos consideran que es posible dentro de actividades de desarrollo, otros que esa posibilidad no existe y que lo único que realmente protege es la ausencia de actividad.

En medio de esta discusión surge otro aspecto cual es el del momento en que surge entonces el deber de

indemnización. Y es allí donde algunas entidades públicas se escudan para señalar que, en virtud de la función ecológica no hay lugar a la indemnización. Esto se puede apreciar en las diversas contestaciones de demanda que tienen las autoridades ambientales cuando son demandadas por declaratorias de áreas protegidas.

A nuestro juicio, la visión que se tenga de la protección no puede llegar a absurdos tales que impidan toda actividad de uso y usufructo. Dicho de otra manera, la limitación razonable de la propiedad por razones de la función ecológica que es inherente a la función social está determinada por la posibilidad o no que la función social cumpla el objetivo para el cual fue desarrollada, es decir la generación de riqueza y la producción. En la medida en que la función ecológica vaya en contra de la función social hay lugar a la indemnización.

En suma, la función ecológica de la propiedad inherente a la función social solo puede ser comprendida en la medida que permita el desarrollo sostenible y por ende una verdadera garantía del derecho a un medio ambiente adecuado. En esa forma, creemos, se atenúa la tensión entre medio ambiente y propiedad, pero no por ello desaparece.

Una materialización de la función ecológica de la propiedad se da en los casos de declaratorias de áreas protegidas o en el desarrollo de los planes de ordenamiento territorial y, sobretodo, surge allí claramente el tema de la indemnización por cualquiera de dichas razones.

En el primer caso, la declaratoria de áreas protegidas se enmarca en una clara concepción del romanticismo y eso la hace atractiva en ciertos sectores⁸. Dentro de las diversas áreas protegidas existen los parques nacionales naturales, que a su vez la Constitución en su artículo 63° los declara inalienables, imprescriptibles e inembargables. Esto plantea un serio problema para la estabilidad jurídica de los propietarios de zonas que son declaradas como parques naturales.

Una vez se declara un parque, los bienes inmuebles de propiedad privada existentes dentro salen del comercio y naturalmente las actividades económicas que se venían desarrollando son prohibidas en virtud de la regulación existente tanto en el Decreto Ley N° 2811 de 1974 como en el Decreto N° 622 de 1977, reglamentario del anterior en relación con el sistema de parques nacionales naturales. Esto ha dado lugar a numerosos conflictos con las autoridades, sin que hasta la fecha se hayan resuelto en forma definitiva.

Algunos operadores jurídicos afirman que en nombre de la función ecológica de la propiedad, los propietarios tienen el no uso de su propiedad, y para tal

8 Hay que recordar que las primeras normas de protección a la naturaleza fueron expedidas por el régimen Nazi en 1933 y 1935. Normas inspiradas en la filosofía romántica e idealista de retorno a la naturaleza. Para profundizar este punto se puede ver FERRY Luc, *El nuevo orden ecológico*, Tusquets Editores, Barcelona, 1994, p. 146 y ss.

efecto vale la pena citar a dos expertos en temas relacionados con parques naturales:

«Los propietarios de predios y mejoras que hayan quedado incluidos al momento de la declaratoria de un área, tienen derecho de propiedad que debe ser reconocido por el Estado, pero es un derecho mutilado o precario. Hasta tanto el Estado adquiera por negociación directa o expropiación dichos derechos, estas personas deben respetar las limitaciones existentes para el sistema, pues el legislador no estableció ningún régimen de excepción o de transición que pueda operar hasta el momento de la adquisición....

Esto significa que aunque la presencia de estas personas en parques nacionales es, «legal», el uso que les es permitido en el área es prácticamente el de no uso, pues ¿cómo puede ser explotado un bien cuando éste debe ser perpetuado?...

«En las áreas del Sistema la función ecológica de la propiedad encuentran (sic) su más grande manifestación; prueba de ello es que quienes tienen propiedad privada dentro de los parques carecen de la facultad de usar y gozar libremente de sus bienes, pues el uso se encuentra estrictamente reglamentado, quedándoles tan solo la facultad del abusus o la nuda propiedad, y aún ello de manera precaria»⁹.

Es decir, que al propietario solo le queda el folio de matrícula inmobiliaria como prueba, por demás precaria, de su propiedad. Si bien se reconoce su derecho a ser indemnizado, no se sabe cuándo, es decir, que tiene apenas una expectativa de derechos en un tiempo indefinido e indeterminado.

Otra manifestación de la tensión entre medio ambiente y propiedad son las facultades de los municipios y distritos, consagrados en la Ley N° 388 de 1997, o ley de reforma urbana, para declarar zonas de protección por razones ambientales, o en su defecto crear áreas protegidas, que afectan determinados predios y que genera igualmente conflictos por los efectos que se producen sobre la propiedad.

El interrogante que surge es el siguiente: ¿en virtud de la función ecológica de la propiedad y la necesidad de establecer áreas protegidas o zonas de protección, el propietario debe soportar toda la carga de la disminución de su patrimonio por cuanto la propiedad privada tiene una función ecológica o si surge un límite a dicha categoría derivando en consecuencia un de-

recho a indemnización del propietario?

Esto ha llevado a algunos autores a señalar que «El costo de la protección del medio ambiente recae de esta manera en lo esencial sobre el propietario, directamente afectado en el ejercicio de sus derechos en la consistencia de su patrimonio y esto en beneficio exclusivo de toda la colectividad, sin que la víctima tenga alguna posibilidad de trasladar esta carga sobre un tercero»¹⁰. Es decir que en nombre de lo colectivo se diluye y desaparece el individuo y sus derechos, con todo y la función social de ellos.

Ahora bien, en la medida en que continúe esa supremacía de la función ecológica sobre la función social y tienda a autonomizarse de ésta última, más riesgo surge para la garantía de la propiedad, pues como bien lo señalan algunos «Tener derechos de propiedad bien definidos, estables y fáciles de proteger es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el funcionamiento eficaz de cualquier sistema económico»¹¹, y político agregaríamos.

Por lo anterior, consideramos que el discurso ambientalista de la primacía de lo colectivo sobre lo individual, ha logrado lo que no pudieron los movimientos políticos de los años 60 que propugnaban por la colectivización de la tierra. Ahora, en nombre del medio ambiente y de la función ecológica de la propiedad se ha logrado colectivizar muchas tierras, pero con el agravante que no es para repartirlas y generar riqueza y producción, sino para el disfrute y contemplación de los privilegiados que pueden desplazarse hasta los hermosos parques nacionales. Además de esta concepción excluyente se debe agregar el problema que se plantea ante los procesos de globalización y suscripción de tratados de libre comercio, en los cuales la propiedad es un elemento esencial para su implementación.

En conclusión, el reto del derecho ambiental es lograr establecer los límites y restricciones razonables a algunos de los derechos reales que conforman la propiedad, para de esta forma lograr un desarrollo sostenible y una garantía al derecho a un medio ambiente sano. No significa el desbordamiento de la privatización de todos los recursos naturales, sino lograr un equilibrio entre la propiedad, el desarrollo y los derechos de los grupos más desfavorecidos. La tarea no es fácil, pero no por ello imposible. Solo en la medida en que se investigue y exploren antecedentes históricos jurídicos y políticos, para con la imaginación que exigen los tiempos presentes moldearlos y adaptarlos a una nueva realidad, es que realmente podrá el derecho ambiental contribuir a una nueva relación de la sociedad con la naturaleza. CA

9 YUNIS MEBARAK, José y JIMÉNEZ LARRATE, Marcela. «Naturaleza jurídica de las áreas del sistema de parques nacionales en Colombia», En: *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 189 y 199.

10 HOSTIOU, René «Ordenamiento territorial, medio ambiente y propiedad privada: elementos de reflexión jurídica sobre la imputabilidad del costo ambiental de las políticas públicas» En: *Revista de derecho público*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, No. 11, junio de 2000, p. 133

11 THOUMI Francisco, *Ob cit.*, p. 5.