

# Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

## IV PARTE

Igualdad - Propiedad

Laureano Gómez Serrano

### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

AUTOR: Laureano Gómez Serrano

DIRECCION: lgomezse@unab.edu.co

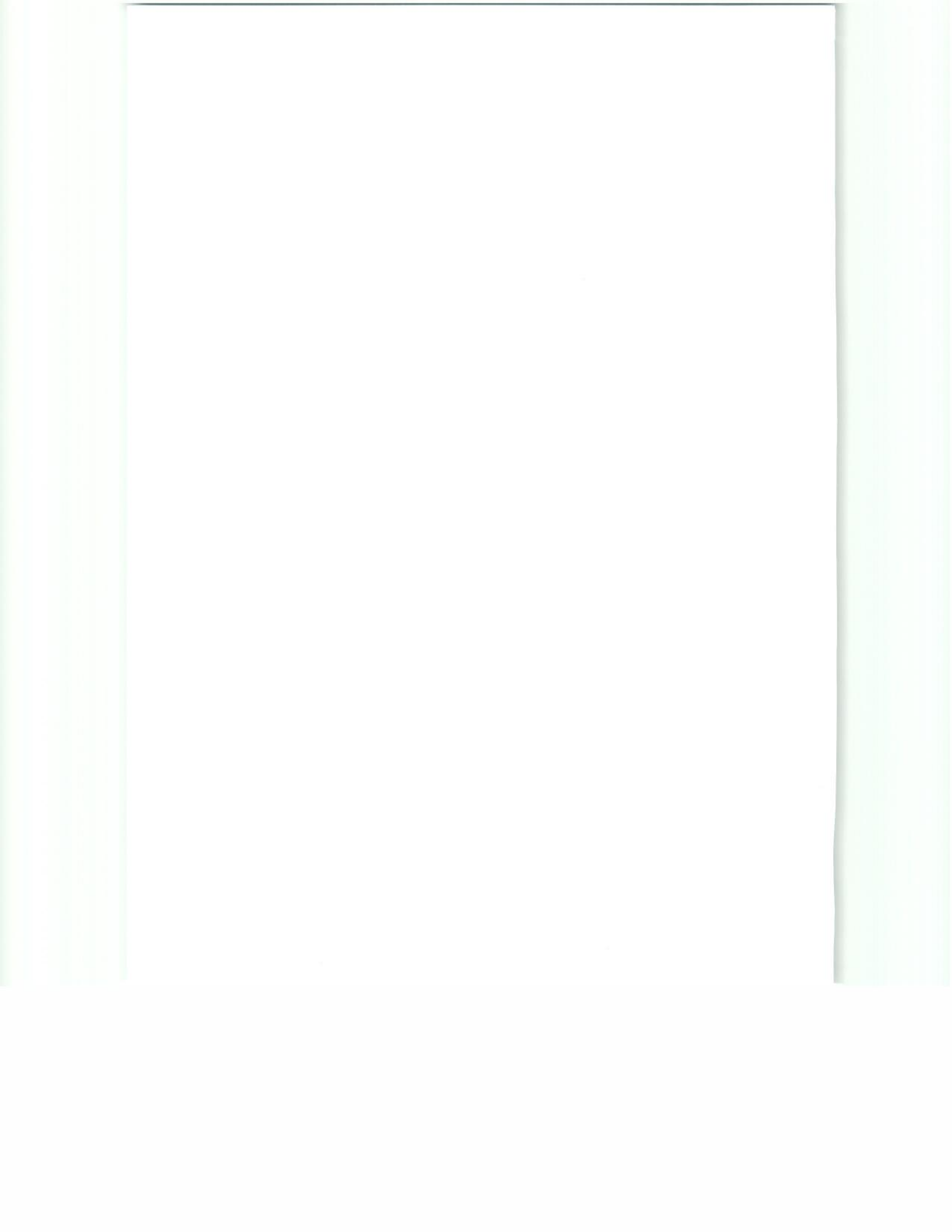
FECHA DE RECEPCIÓN: mayo 3 de 2006

DESCRIPTORES: Corte Constitucional, sentencia, derechos fundamentales, Colombia

RESUMEN: Se presenta la reseña que contiene el INFORME DE INVESTIGACIÓN sobre la Cuarta Parte del proyecto adelantado dentro del programa de Doctorado en Justicia y Derecho ( Gobernabilidad y garantías), de la Universidad Pablo De Olavide ( Sevilla- España).

KEY WORDS: Constitutional Court, sentences, fundamental rights, Colombia

ABSTRACT: The review that contains the REPORT OF INVESTIGATION on the Fourth Part of the project advanced within the program of Doctorate in Justice and Right (Governability and guarantees), of the University appears Pablo De Olavide (Seville Spain).



# Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos fundamentales

---

Laureano Gómez Serrano

**S**e presenta un resumen del análisis sobre los Derechos Fundamentales a la Igualdad y a la Propiedad, que pertenecen a la IV Parte del trabajo de investigación adelantado para el Programa de Doctorado en Justicia y Derecho (Gobernabilidad y Garantías) de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España), y cuyos acápites precedentes se han publicado en las ediciones 47, 48, y 49 de la revista.

## **Capítulo 30: ANALÍTICA SOBRE LA IGUALDAD**

**“...Las sociedades humanas parecen, al primer golpe de vista, fundadas sobre montones de arena movediza...”<sup>1</sup>**

### **1. LA IGUALDAD DE LOS DESIGUALES**

La impugnación de la desigualdad ha sido, junto con la diatriba contra la injusticia, el común denominador del discurso de los pensadores sociales, quienes desde diferentes trincheras han arrojado sus venablos contra los poderosos que someten al pueblo al poder de sus leyes y al yugo de su explotación, alentados por el axioma

aristotélico de que **“Es manifiesto que algunos hombres son por naturaleza libres, y otros esclavos, y que la esclavitud es justa y útil para estos últimos. (...) Es precisamente por el nacimiento que se da la diferencia, estando algunos destinados a mandar y otros a obedecer...”** <sup>2</sup>

Thomas Hobbes, al reseñar las condiciones naturales del género humano, refuta al estagirita para determinar que los hombres son iguales por naturaleza, y que precisamente de esa misma igualdad procede la desconfianza que engendra la guerra; es la igualdad la que determina la competencia que impulsa al ataque recíproco en procura de un beneficio o ventaja, creando la situación de inseguridad que demanda la instauración de un poder común, el Leviatán o Estado, para imponer la ley y la justicia.

John Locke señala que la igualdad se deriva del hecho de que los hombres son iguales por naturaleza: **“son criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades”** <sup>3</sup>; sin embargo, es un hecho que en la naturaleza se producen desigualdades, bien sea por deficiencias del curso ordinario de la naturaleza, o por acción del ingenio humano o por depravación y degeneración de la condición humana.

El clérigo Jean Meslier<sup>4</sup>, en el ocaso de la sociedad feudal, puso de presente la alianza de la Iglesia con los aristócratas, para apoderarse de todos los bienes, de todas las riquezas y de todos los placeres, mientras que el pueblo carga con todos los infortunios, desvelos, desventuras y con el trabajo extenuante, creando una inmensa, injusta y sorprendente desigualdad entre los hombres, razón por la cual **“...todos los poderosos y los señores nobles sean colgados y ahorcados.”**<sup>5</sup>

Desde las huestes de la naciente burguesía ilustrada Voltaire se alzó contra el Estado absolutista, la nobleza y el clero; coqueteando unas veces con los monarcas ilustrados y otras con las ideas republicanas, propugnaba por la abolición de los privilegios y cargas feudales, planteaba la libertad social, como la posibilidad de actuar conforme a las leyes naturales, de donde se desprenden la libertad individual, las libertades de palabra, de conciencia y de trabajo, que sólo se desarrollan en una sociedad igualitaria.

Jean Jacques Rousseau<sup>6</sup>, expuso a solicitud de la Academia de Dijón, una acerba crítica a la sociedad feudal, a los privilegios de la nobleza y el clero, así como al poder absolutista, que fueron asumidas por los plebeyos del tercer estado como estandarte igualitario.

## 2. LA LUCHA POR LA IGUALDAD

El postulado roussoniano de la igualdad de los hombres es recogido como programa político de la nueva sociedad que nace con la revolución francesa, en la crítica del Antiguo Régimen, una sociedad basada en privilegios, como la presenta el abate Sieyès; éste muestra cómo los privilegios son una carga pesada y estéril para la nación .

La revolución jacobina pretendió convertir la igualdad, junto con la fraternidad y la libertad, en núcleo de su doctrina, tanto en el proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1793, como en las ejecutorias del Comité de Salud Pública, al considerarla como presupuesto para el ejercicio de una verdadera democracia guiada por la virtud, de la cual el terror contra los enemigos de la revolución no es más que una emanación, la expresión de una justicia expeditiva, severa, inflexible ejercida mediante el despotismo de la libertad contra la tiranía.

Como réplica al intento del llamado Régimen del Terror de instaurar un sistema social igualitario, la burguesía thermidoriana redujo el principio de igualdad a un mero canon jurídico, en la constitución de 1795, como mera y simple igualdad política, al amparo de la ficción legal, en el sometimiento a la ley: **“La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, ya sea al proteger, ya sea al castigar.”**<sup>7</sup>

Immanuel Kant señaló que la igualdad es un derecho adquirido por el individuo que vive en una sociedad con otros, en la cual cada uno mantiene lo suyo, e implica no reconocer ningún superior en el pueblo, sólo a aquel que tiene la capacidad moral de obligarle jurídicamente, del mismo modo que éste puede obligarle a él, a cuyo efecto la define como **“la igualdad innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles.”**<sup>8</sup>

Kant precisa que lo que se proscriben son las desigualdades irracionales, como las fundadas en el privilegio, y por esa razón, para superarlas, las leyes pueden generar diferencias que es necesario subordinar ante el principio de igualdad, esto es, que deben estar destinadas a propiciar la igualdad, como una concreción del principio de solidaridad que es un pilar fundamental del orden social, cuya finalidad es generar individuos libres.

Carlos Marx, por su parte, señala que el concepto de igualdad es una categoría histórica determinada, producto del desarrollo de la sociedad burguesa, que

consiste en la condición de igual independencia de todos los individuos; por tanto, se correlaciona con el concepto de libertad de una manera indisoluble. Dicho presupuesto determina el alcance y los límites de ambos conceptos, a cuyo efecto la igualdad, que sólo puede ser política, surgió en contraposición a los privilegios feudales; sólo implica una equiparación político-jurídica de todos los individuos; por tanto, coexiste con la desigualdad económica.

Para Marx, la igualdad se realiza como igual libertad en la sociedad, en la acción esencial del hombre que es la producción de sus medios materiales de existencia, en la cual se despliega la socialización de la relación del hombre con el hombre, expresada en la categoría económica del **valor** y abstraída como igualdad político-jurídica, que sólo es un estadio intermedio en el camino de la conquista de la verdadera igualdad, que se realiza mediante la socialización de los medios de producción como instrumento resolutorio de la desigualdad real o explotación y de la separación entre la esfera privada y la pública.

Marx demuestra que la igualdad política estatuida por la revolución burguesa sólo crea una democracia formal que enuncia derechos y libertades que no subsisten realmente en la sociedad civil y que, por el contrario, el Estado, expresión de la sociedad política que se manifiesta en la esfera pública, reafirma las diferencias de hecho entre los individuos, como las que surgen del nacimiento, estamento, la cultura o la ocupación, declarándolas como diferencias apolíticas.

### 3.- LA IGUALDAD POLÍTICA

La igualdad formal, traducida como principio rector del ordenamiento jurídico y fundamento de la democracia, es proclamada en los textos constitucionales modernos y erigida en Derecho Fundamental como un signo enigmático que procura soslayar la real diferencia material de los individuos para expresarla mediante una formulación jurídica, como diferencias jurídicas, que garanticen el ejercicio del derecho a tales diferencias, no para que todos los individuos sean iguales, sino para que cada uno tenga derecho a ser diferente, como lo señala Pérez Royo, “ **la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia.**”<sup>9</sup>

El principio de igualdad, es una ficción, un mero artificio político para expresar de una manera extrapolada, general y abstracta el hecho real de la desigualdad material, de manera tal que permita construir el orden social, necesario para

la convivencia humana, en medio de las diferencias individuales, y que además las legitima y justifica por medios pacíficos como son los ideológicos, pues de lo contrario, estas se manifestarían de forma caótica y anárquica, y el orden sólo podría imponerse mediante la fuerza.

El concepto de la igualdad política percibe al individuo desde su condición antropológica, como un ser con capacidad de comprender y actuar de conformidad con su comprensión, esto es, que tiene voluntad, que puede actuar de diferentes maneras, optar entre diferentes alternativas de acción; por tanto, las conductas de todos los individuos del género humano son distintas; así entonces, por cuanto todos tienen igual posibilidad de optar, todos son iguales, pero éste ejercicio igualitario de la voluntad individual genera precisamente la desigualdad.

Como las múltiples conductas disímiles de individuos iguales y libres generan desorden, elemento disolvente de la coexistencia social, el poder político dominante que se erige como aglutinante, postula como elemento rector de la vida social la llamada voluntad general, en procura de la común conservación y el bien general.

El sufragio se convierte en el equivalente universal de la igualdad, y las elecciones en el torneo donde múltiples voluntades heterogéneas se funden en la voluntad general, difuminando en su condición de fracción anónima el interés particular.

Como mítico maná que sustenta la democracia de la sociedad capitalista, el sufragio universal sirve de panacea al mundo occidental, supera las desigualdades económicas y sociales en las naciones desarrolladas, sustituye dictadores por gobernantes serviles a las potencias dominantes en países dependientes, o, por medio del mismo, pretende restañar la dignidad ultrajada y mancillada por el invasor a quien haya osado pronunciar el discurso de la diferenciación étnica o cultural, como es el caso de las elecciones organizadas en Afganistán e Irak por las fuerzas civilizadoras de la democracia norteamericana.

La Declaración de Derechos de 1789 introdujo el discurso de la igualdad ante la ley como artificio ideológico, como una ficción, para ocultar que la igualdad no era un derecho, porque si lo fuese, la igualdad material colisionaría de inmediato con el derecho a la propiedad y con el ejercicio de la libertad individual que engendran la desigualdad; por ello, la igualdad ante la ley es la simple prohibición al legislador de tratar de manera discriminatoria a los sujetos

de derecho con fundamento en consideraciones de raza, sexo u opinión, no es la imposición de que todos sean tratados del mismo modo, por cuanto legislar implica distinguir.

Desde una perspectiva pragmática el discurso de la igualdad al encarnarse en formulaciones jurídicas concretas tiene que traspasar los límites del discurso de la justicia para plantearse problemas de autoentendimiento y de conciliación de intereses, y manifestarse en normas dirigidas a destinatarios indeterminados y múltiples, como planteamiento universal, general y abstracto, que no consiente excepciones y, por tanto, excluye privilegios o discriminaciones.

Sin embargo, al conectarse con la vida real, con las materias jurídicas concernientes a fines y bienes colectivos, el derecho se ve obligado a precisar no sólo lo que es bueno para todos por igual, sino quienes son los participantes de la acción colectiva, de la identidad común, su forma de existencia y la mejor forma de conseguirla como elección racional de medios, lo cual implica la generación de compromisos.

#### 4. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO

La igualdad, dentro de la estructura constitucional asume una expresión bifronte, como principio y como Derecho Fundamental; como principio, la igualdad impone a los poderes públicos el obrar positivamente en determinada dirección, restringiendo su libertad de acción, y como derecho otorga a los ciudadanos poder para imponer a los órganos del Estado determinados comportamientos, vinculándolos con fuerza normativa, que son exigibles judicialmente, y cuya tutela se encomienda al juez constitucional.

La Constitución Política de Colombia, en su preámbulo<sup>10</sup> constitucionaliza el principio de igualdad, al ser enunciado junto con los otros fines del Estado, como valor fundamental del orden jurídico en procura de construir un sistema político, económico y social justo, sintetizando los fundamentos, valores y principios que se desarrollan en su cuerpo normativo, a cuyo efecto en sí mismo goza de poder vinculante, de tal manera que “ **ninguna autoridad podría contrariar los fines señalados sin lesionar la Constitución.**”<sup>11</sup>



## 5. HERMENÉUTICA DE LA IGUALDAD

Por cuanto predicar la igualdad o la desigualdad es un juicio de valor que se realiza en relación con una pluralidad de personas, objetos o situaciones, para realizarlo es preciso determinar el aspecto, rasgo, factor o característica determinantes de la comparación, el cual es denominado por la doctrina como **“tertium comparationis”** o criterio de valoración.

Corresponde al legislador determinar en cada ley el criterio de valoración de acuerdo con la finalidad que persigue realizar, la cual se deduce de la consecuencia jurídica o trato asignado a los destinatarios de la norma, mientras que al juez constitucional le corresponde examinar la congruencia del criterio de diferenciación adoptado en la ley, a cuyo efecto en cada caso, debe graduar la intensidad de los instrumentos de control que aplica para verificar el análisis.

### Capítulo 31: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA IGUALDAD.

**“La igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos.”<sup>12</sup>**

#### 1.-EL JUICIO DE IGUALDAD

La igualdad constitucional que liga al legislador le impone la carga de ser neutral ante la diferencia, esto es, regular el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la diferencia sin tomar partido por nadie, ya que la ley, como expresión de la voluntad general, no puede inclinarse por ninguna voluntad particular; por tanto, la **“igualdad constitucional se traduce en una exigencia de neutralidad legislativa”<sup>13</sup>**, cuyo cumplimiento es sometido al control del custodio constitucional.

En el ejercicio de su función de control el juez constitucional debe dilucidar los efectos de naturaleza valorativa del concepto de igualdad, derivado del principio de dignidad de la persona humana como ente dotado de voluntad libre, a fin de evaluar el cumplimiento por parte del legislador de su carga de eutralidad, en especial, cuando realiza diferenciaciones.

Respecto a la vinculación de los poderes públicos a la **“igualdad constitucional”**, surge la necesidad de realizar una primera diferenciación

de las dos facetas que ella presenta: la primera, que alude a su eficacia vinculante frente al legislador, es decir, su obligación de garantizar la **“igualdad”** en la fase de producción o creación de la ley, y la segunda, que alude a su eficacia vinculante frente a los poderes ejecutivo y judicial, así como frente a los particulares, esto es, la obligación de garantizar la **“igualdad”** en la fase de aplicación.

Para elucidar el significado del concepto de **“igualdad”**, se precisa una segunda diferenciación, en la cual el custodio constitucional debe discernir sobre el contenido de sus múltiples acepciones, en razón de que, como lo señala Ricardo Guastini<sup>14</sup> en su estudio sobre la gramática de la igualdad, el término **“igualdad”** en el desarrollo legislativo, además de las clásicas distinciones entre **“igualdad formal”** o jurídica, e **“igualdad sustancial”** o material, fáctica o social, asume diversos significados.

Así entonces, si se predica la igualdad de los seres humanos, en principio ninguno tiene derecho a un trato preferencial, a no ser que razones especiales lo impongan; por tanto, como lo señala Rawls **“ las desviaciones del mandato de tratamiento igual para todos los individuos tienen que ser, en cada caso, defendidas imparcialmente por el mismo sistema de principios que es válido para todos.”**<sup>15</sup>

## 2.- LAS PRUEBAS DE IGUALDAD

La igualdad se expresa junto a su antítesis la desigualdad, con colisiones complejas que sólo pueden ser dilucidadas mediante criterios fácticos y valorativos que involucren pluralidad de sujetos, objetos o situaciones que deben compararse y confrontarse mediante el uso de técnicas jurídicas que permitan emitir un juicio que determine, según el caso, la necesidad racional del trato igual o desigual.

Mediante las pruebas de igualdad, conocidas como **“test de igualdad”**, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana ha construido elementos valorativos para analizar la racionalidad de un trato, sea este igual o desigual, en una situación fáctica determinada, que se funda en el principio de igualdad de protección (**“equal protection”**) establecido en la décima cuarta enmienda<sup>16</sup>, para señalar que existen diversos niveles de intensidad en los análisis de igualdad, que permiten ponderar de mejor manera principios como el democrático y el de distribución de competencias entre las ramas del poder del Estado.

### 3.- EL JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD

La igualdad surge en el texto constitucional colombiano apareada con la libertad en el artículo 13 que señala que “ **Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...**”<sup>17</sup>, expresado como un mandato claro de trato paritario y de no discriminación, que de inmediato se complementa con unas estipulaciones indeterminadas, que disponen tratos especiales o discriminatorios, a ciertos individuos o grupos de individuos, instituidos como deberes de promoción y de protección, en aparente contradicción con el primer enunciado.

A partir de estos enunciados normativos, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado su doctrina sobre la igualdad, en procura de puntualizar su alcance y precisar los límites a la acción del legislador cuando genera restricciones, que en este caso, se concretan en la estipulación de desigualdades y que ella sintetizó en el aforisma “ **Hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual.**”<sup>18</sup>

Como el concepto de igualdad aparece en el texto constitucional en normas que deben ser consideradas como “*principios*”, y se halla en relación conflictiva con otros principios constitucionales, es necesario acudir a las técnicas de ponderación para poder definir en cada caso concreto a cual de estos principios ha de darse prevalencia.

La Corte Constitucional, al acoger como instrumento de análisis el “*test de razonabilidad*”,<sup>19</sup> señaló que la igualdad es un concepto relativo, en el cual se destacan tres aspectos: los sujetos entre los cuales se requieren repartir los bienes o gravámenes objeto de discusión, los bienes o gravámenes a repartir y el criterio para repartirlos: igualmente estableció los criterios relevantes que justifiquen establecer un trato desigual desde el aspecto metodológico se utiliza el “*test de razonabilidad*”, cuya aplicación presupone haber detectado la existencia fáctica de un tratamiento desigual por parte del legislador y la identificación de la materia sobre la cual recae.

La Corte Constitucional colombiana ha planteado la combinación de las técnicas de proporcionalidad europeas, de alto poder analítico, como son la adecuación, indispensabilidad y la proporcionalidad en estricto sentido (medios y fines), tomadas de la jurisprudencia de los Tribunales alemán, español, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los “*test de razonabilidad*” aplicados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que permiten graduar o modular la intensidad de las distintas fases del juicio de proporcionalidad, procedimiento que ella denomina como “*juicio integrado de igualdad*”.<sup>20</sup>

Para la canchero de la Carta, la igualdad no impide que el legislador establezca tratos diferenciados para los ciudadanos, sino que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la ley; pero ésta razonabilidad no se establece en abstracto, sino en concreto, en cada caso particular, teniendo en cuenta sus singularidades, a cuyo efecto es necesario utilizar el instrumento analítico del juicio de igualdad con mayor o menor énfasis; esto es, con diferente intensidad, unas veces de manera débil, otras de manera estricta, y en otras aplicando el análisis de intensidad intermedia.

La modulación del juicio de igualdad pretende racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la libertad de configuración de los derechos por parte del legislativo, a este efecto la Corte ha distinguido entre factores o criterios "*prohibidos*", "*sospechosos*", "*semiospechosos*", "*mandatos específicos de igualdad*" y población con "*debilidad manifiesta*", para efecto de la determinación de la intensidad, de una cualesquiera de las modalidades del análisis de igualdad que debe aplicarse, por cuanto "**Las diferencias básicas entre las tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.**"<sup>21</sup>

Ha señalado la Corte Constitucional, en relación con la carga de la prueba de igualdad, que la justificación del elemento diferenciador debe ofrecerse por parte de la autoridad pública que lo establece, más aún cuando se introducen criterios de diferenciación respecto a factores que han sido expresamente prohibidos por la Constitución.

#### 4.- LA IGUALDAD DE LOS IGUALES

De la aplicación del llamado "*juicio integrado de igualdad*" ha resultado una ostensible reducción del núcleo esencial de la igualdad, dado que la Corte ha señalado que en todo caso debe confrontarse el principio con los derechos que resulten afectados por un trato diferenciado, por cuanto el juicio de constitucionalidad sobre la aplicación del principio de igualdad gravita en tono al criterio de comparación que permite realizar el cotejo; y este punto de vista es determinado por el legislador en cada ley, de acuerdo con la finalidad que persigue, la cual se deduce de la consecuencia jurídica o "*trato*" que se asigna a los destinatarios de la norma.<sup>22</sup>

Al examinar la constitucionalidad de la llamada "Ley de garantías electorales"<sup>23</sup>, la Corte mediante un fallo modulador de constitucionalidad, acoge por principio

la desigualdad estatuida por el legislador, y avala que tan sólo se minimicen las ventajas naturales que implica el que el presidente en ejercicio procure la reelección, esto es, que acepta la realidad de que en este caso, la lucha electoral es por esencia desigual.

La Corte señaló que el Acto legislativo 02 de 2004, al estatuir la reelección presidencial modificó de manera sustancial las reglas del ejercicio del poder y de la democracia.”<sup>24</sup>

Precisa el custodio constitucional que la ley de garantía, objeto de su examen sólo minimiza el impacto de la desigualdad producto del “**ímpetu de las ventajas presidenciales**”<sup>25</sup> mediante la regulación de la actividad política de los funcionarios públicos, el equilibrio en el acceso a los medios de comunicación, la limitación al uso de los bienes del Estado, y la regulación de financiación de las campañas políticas,.

## Capítulo 32: ANALÍTICA DE LA PROPIEDAD.

“¿Qué es la propiedad? ¡La propiedad es el robo!”<sup>26</sup>

### 1.- GÉNESIS DE LA PROPIEDAD

La antinomia propiedad y robo aparece en el código de Hammurabi. En la sintética estructura normativa que le es característica, que en condicional determina un hecho para atribuirle una consecuencia jurídica, estipula no sólo el hecho ilícito sino la acción que permitía la reivindicación de la cosa robada, así como su forma probatoria a través del testimonio; la regulación se inicia con una diáfana disposición: **“Si un hombre roba algo de propiedad del dios o del palacio, será ejecutado, y el que haya aceptado de sus manos lo robado, será ejecutado también.”**<sup>27</sup>

Para Aristóteles el concepto de propiedad surge de la naturaleza de las cosas y hace parte de los asuntos domésticos, que permiten una vida confortable, su adquisición constituye un arte que requiere de instrumentos, que unas veces son inanimados, como las cosas, y en otras animados como los esclavos, que son artículos vivos de la propiedad; el estagirita asume como natural la primigenia forma de apropiación de la naturaleza, en la apropiación del hombre mismo, que cimienta el modo de producción esclavista, según su aserto, **“si las lanzaderas tejieran solas y los plectros las cítaras tañeran, entonces ni los patronos necesitarían obreros ni esclavos los amos.”**<sup>28</sup>

Por su parte, Rousseau considera que el surgimiento de la propiedad constituye el hecho genitor de la sociedad civil, responsable de los crímenes, guerras, asesinatos y horrores e ha padecido el género humano que sólo son atemperados por la cultura y la civilización; **“el primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la mera de decir: Esto me pertenece, y halló gentes lo bastante humildes para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil.”**<sup>29</sup>

## 2.- LAS RELACIONES DE PROPIEDAD

Immanuel Kant asume la concepción del *ius civilis* como expresión de las relaciones jurídicas que establecen las personas privadas, elaborada por la teoría y la práctica jurídicas a partir de Corpus justiniano; en su concepción el derecho público y el privado se interrelacionan, de tal manera que la adquisición de un derecho con carácter perentorio, sólo es posible si tiene respaldo en el poder coactivo del Estado, pero en todo caso, siempre debe respetarse el principio de reciprocidad, esto es la misma condición para todos los individuos.

El filósofo de Königsberg, al validar y legitimar racionalmente el derecho a la propiedad privada, entendiendo que ella trasciende la simple tenencia o posesión, demandando la existencia de un acto jurídico que ligue a la seguridad y la libertad.

La posesión según Hegel, es poner la cosa bajo el poder exterior del individuo inducido por las necesidades naturales, los instintos o el arbitrio, ello implica que respecto a la propiedad no exista igualdad entre los miembros de la sociedad, la exigencia de igualdad en la repartición de la tierra o de cualquier otra riqueza a su juicio, es un entendimiento vacío y superfluo: **“la igualdad que se pretendiera introducir en la repartición de los bienes sería en poco tiempo nuevamente destruida, porque la riqueza depende de la diligencia de cada uno.”**<sup>30</sup>

## 3.- LA CRÍTICA DE LA PROPIEDAD

Contra la postulación de la propiedad como un derecho natural que realizó la burguesía francesa se alzaron Graco Babeuf y Sylvain Maréchal quienes en su célebre Manifiesto de los Iguales, que les llevará a ser guillotinado en 1797, formulan las ideas primitivas del socialismo proletario que procuran

abolir la propiedad privada al señalar que la naturaleza ha otorgado a todos los hombres el mismo derecho a gozar de todos los bienes, demostrando que la propiedad engendra la desigualdad y que ésta n ha sido más que una estéril ficción legal.

Una constelación de utopistas someterán a la propiedad a sus agudas críticas: Claude Henri de Saint Simón, Robert Owen, Charle Fourier, Flora Tristan, Jeann Deroin, Augusto Blanqui, entre otros, getarán contra ella conspiraciones y alzamientos, atribuyéndole los males que azotaban al proletariado en la naciente sociedad capitalista y atisbando en su destrucción los albores de una sociedad justa e igualitaria, que ellos llamaron socialista.

Pierre Joseph Proudhon al contestar su cuestionamiento sobre la génesis de la propiedad argumenta que propiedad y robo son sinónimos, conclusión a la que arriba mediante la utilización del racionalismo cartesiano con el cual somete a análisis los conceptos de justicia, equidad, igualdad, libertad y legalidad legados por la revolución francesa de 1789.

El utopista de Bensacon refuta a los legisladores burgueses que consagraron la propiedad como un derecho natural, al señalar que en nada se parece a la libertad o la igualdad, en cuanto que ella sólo existe para la mayoría de los ciudadanos como potencia, como una facultad dormida y sin ejercicio, irrespetada por los gobiernos y tribunales y estimada como una simple quimera, **“codiciada por todos, no reconocida por nadie... todo conspira para su muerte y para su ruina.”**<sup>31</sup>

Según el becario de Madame Suard, la ley civil tampoco puede ser fundamento ni sanción de la propiedad, ya que la igualdad es la expresión del derecho, mientras que la propiedad es la negación de la igualdad, constituyendo por tanto un hecho injusto, ya que en su concepto románico, como ***derecho de usar y abusar*** es una **“inmoralidad nacida de la violencia, la más monstruosa pretensión que las leyes civiles hayan sancionado jamás...(..); la propiedad es imposible, porque es madre de la tiranía....(..) es la negación de la igualdad.”**<sup>32</sup>

#### 4.- LA PROPIEDAD COMO RELACIÓN SOCIAL

Carlos Marx por su parte, considera que la propiedad constituye una relación social específica, producto de la división del trabajo y de la forma como los hombres producen sus medios de subsistencia, que se expresa en la sociedad

capitalista en una forma de apropiación privada, esto es despojada de toda apariencia de comunidad e independizada totalmente del Estado, que logra manifestarse como producto del consenso o **“voluntad general”** acogido mediante la apariencia legal.

Pone de presente que en cada época histórica la propiedad se ha desarrollado de un modo diferente, bajo una serie de relaciones sociales totalmente diferentes, razón por la cual el análisis de la propiedad burguesa demanda la exposición de las relaciones de la producción capitalista, **“querer concebir la propiedad como una relación independiente, una categoría aparte y una idea abstracta y eterna, no es más que una ilusión metafísica o jurídica.”**<sup>33</sup>

Para el economista de Tréveris, la esencia de la propiedad privada radica en ser la expresión enajenada del trabajo convertido en mercancía, a la vez que producto del trabajo enajenado constituye el medio por el cual el trabajo se enajena, la realización de esta enajenación; en su decir, el concepto de propiedad integra la relación del trabajador con el trabajo, con el producto de su trabajo y con el no trabajador, a la vez que integra la relación del no trabajador con el trabajador y con el producto de su trabajo: **“la propiedad privada es la expresión resumida, material, del trabajo enajenado...”**<sup>34</sup>

Para Marx la propiedad privada sobre los medios de producción, es una forma transitoria, por cuanto las leyes inmanentes de la producción capitalista determinan la centralización de capitales y la concentración de la propiedad por una parte, y la socialización del trabajo y de la producción por otra, lo que hace saltar en añicos su envoltura capitalista, con la expropiación de unos cuantos usurpadores por la masa del pueblo mediante la cooperación y la posesión colectiva de los medios de producción producidos por el propio trabajo: **“Ha sonado la hora final de la propiedad privada capitalista. Los expropiadores son expropiados.”**<sup>35</sup>

## 5.- ESTRUCTURA DE LA PROPIEDAD

La propiedad como concepto jurídico aparece en el derecho romano referida al ejercicio de un poder específico que se ejercía por un individuo respecto de una cosa, con el objeto de derivar de ella los beneficios que se desprendían de su naturaleza, a cuyo efecto podía disponer de esta total o parcialmente, sin que pudiese existir interferencia de los demás individuos.

Para los juristas romanos del período clásico la propiedad aparece como un



derecho sobre una cosa (*in re*) vinculado a su utilidad económica, que si bien aparentemente ostenta un carácter absoluto, en especial la territorial que implicaba **“la potestad plena sobre la cosa desde el cielo hasta los infiernos”**<sup>36</sup>, tiene limitaciones en su ejercicio, por razones de utilidad pública, del interés general o de simple vecindad; una decena de siglos después, los romanistas medievales, los llamados postglosadores o comentaristas, expresarán el contenido del derecho de propiedad como la confluencia del **“*ius utendi, el ius fruendi y el ius abutendi* .”**

La incorporación de la propiedad a la esfera de dominio personal era reglada de manera cuidadosa por el **“*ius civilis*”** o derecho de los ciudadanos romanos, mediante los llamados **“*modos de adquisición del dominio*”**, unos constitutivos independientes u originarios, otros traslaticios o por eslabonamiento, como la sucesión entre vivos o por causa de muerte; así como minuciosamente protegida mediante acciones que impedían el despojo total o parcial, la perturbación u obstaculización del disfrute por parte de otra persona, y que se desplegaban mediante instrumentos idóneos para hacer cesar la perturbación, para prevenirlas e impedir las futuras, así como para otorgar el resarcimiento e indemnización de los daños, la devolución de la cosa despojada mediante el restablecimiento del **“*statuo quo*”** y de la **“*rei vindicatio*.”**

La posesión consistía en la tenencia material de una cosa corporal, su detentación, como lo señala Labeo en relación con la posesión de la tierra, consistía literalmente en sentarse en ella: **“*possessio apellada est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter res tenetur ab eo qui ei insistit.*”**<sup>37</sup>, implicaba su disponibilidad física (***corpus***), acompañada de una condición subjetiva, volitiva o anímica (***animus***) de tener la cosa como propia, el **“*ánimo de señor y dueño*”**; así entonces, era una relación fáctica que generaba consecuencias jurídicas constituida por la confluencia de sus dos elementos, como los señaló Paulus: **“*Possidere autem possunt: qua sunt corporalia.(...) Et apiscimur possessionem corpore, et animo, neque per se animo, aut per se corpore.*”**<sup>38</sup>

Esta detentación se distinguía claramente de la propiedad, por cuanto en esta debía confluir la cualificación del sujeto, la del objeto y la situación de sujeción al **“*domino*”**, fue protegida mediante tutelas pretorianas similares a las de dominio, asimilando la condición de poseedor a la de propietario; podía ejercitarse directamente o por interpuesta persona quien realiza los actos materiales mientras que el poseedor preserva el **“*animus*”**.

La ideología jurídica burguesa, parte de considerar la propiedad como inviolable y sagrada, íntimamente ligada con la libertad que debía concretarse en instrumentos normativos prácticos que permitiesen abolir definitivamente los privilegios nobiliarios y eclesiásticos, como la renta de la tierra y los diezmos, señalando que el desdoblamiento de la propiedad, forma jurídica de la propiedad feudal, constituía una perversión de los textos del *Corpus Iuris*, realizada por los juristas medievales que confundieron derecho y forma de acción, *dominium* y *actio*, al intentar insertar las relaciones de jurídicas de su época en las estructuras romanísticas.

## 6.- LA POSESIÓN

Pothier siguiendo el derecho romano reconoció que las cosas corporales eran susceptibles de ser poseídas, mientras que la incorporeales no eran susceptibles de una verdadera posesión, sólo de una cuasiposesión, en una orientación muy criticada por la doctrina francesa, que se normativiza en el código napoleónico de 1804, la cual señala que **“La posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos para nosotros mismos, o en nombre de otro que tiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre.”**<sup>39</sup>

Carl von Savigny apoyándose en las fuentes del derecho romano, pone de presente que es preciso distinguir dos tipos de relaciones materiales con las cosas, una que corresponden al ejercicio del derecho de propiedad, y otra que corresponde a un poder fáctico o de hecho al cual debía unirse una voluntad especial, de poseer en nombre propio o *animus possidendi*, sin reconocer a nadie un derecho superior al suyo, que lo lleve a comportarse como si fuese dueño sin serlo: **“he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada...pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya.”**<sup>40</sup>

Rudolph von Ihering, abrevando en las mismas fuentes, por su parte, privilegia la relación fáctica, la relación material voluntaria del hombre con la cosa, el poder de hecho o señorío efectivo; el *animus* es simple voluntad abstracta, mientras que el *corpus* es una relación material entre poseedor y cosa, *Corpus* y *animus* se condicionan recíprocamente, surgen y existen de manera simultánea, son como la palabra y el pensamiento, en el *corpus* toma asiento la voluntad, en su decir **“cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre la posesión, a menos**

**que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que solo hay una simple tenencia.**<sup>41</sup>

En el sistema anglosajón, se distinguieron desde el siglo XIII dos clases de propiedad, la *real property* y la *personal property*; la primera permitía al titular reivindicar la cosa cuando era despojado de ella mediante una acción real, la segunda, sólo permitía al titular una acción de indemnización de perjuicios.

La posesión en el derecho moderno, esto es en la formación capitalista, se refiere a ciertas relaciones jurídicas que los hombres establecen en referencia, o con relación con las cosas<sup>42</sup>, expresado en un poder de hecho o potestad efectiva, como dominio de la voluntad; esta relación otorga al titular el poder de defender la cosa frente a otros pretendientes, el de conservarla y el de recuperarla en caso de ser despojado de ella, la protección de la posesión es una consecuencia necesaria de la protección a la propiedad, ya que ella no es más que su primigenia manifestación externa.<sup>43</sup>

### Capítulo 33: EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD EN COLOMBIA

**“La Propiedad ha estado mal constituida entre nosotros; fue constituida por un gobierno despótico, por la inquisición y el fanatismo, y por la aristocracia clerical y de sangre.”<sup>44</sup>**

#### 1.- EL DESPOJO EN LA CONQUISTA

La descomposición de la propiedad comunal por la invasión y conquista española, marcaría profundamente la estructura de la sociedad americana y la de la propia metrópoli, impactando no sólo las relaciones sociales de producción, sino las condiciones de libertad de los individuos.

En América el despojo de todos los bienes útiles, los elementos mágicos y los tesoros, también la madre tierra, acompañado de la implantación de relaciones semif feudales para los aborígenes conocidas como mita y encomienda, y la esclavitud para los negros importados del África; en España, la embriaguez del oro y la plata que se derrocharon a manos llenas por Europa, en los mercados Ingleses y de los Países Bajos, los que a la postre terminó fortaleciendo a sus rivales, consolidando un modo de producción atrasado y enervando el desarrollo del capitalismo en la península.

En efecto, mientras que los Reyes Católicos asumían la conquista como una labor dual de construcción de su imperio y propagación de la fe católica, sus conquistadores, hombres rapaces y pragmáticos, la ejecutaron como una excursión sangrienta en busca de oro, una operación de enriquecimiento rápido y pillaje que les permitía escapar de la miseria que asolaba el suelo natal, favorecida por las distancias que los separaba del Rey y de las ataduras de la disciplina militar.

El Almirante de las Indias, Cristobal Colón, quien al desembarcar en la madrugada del 12 de octubre de 1492, manifestó ante un puñado de estupefactos aborígenes que tomaba posesión de sus tierras en nombre de sus señores los reyes de Castilla y Aragón, pronto hizo uso de su Carta Patente de Medina del Campo, expedida el 22 de julio de 1497, para repartir tierras a los primeros pobladores peninsulares de la Española.<sup>45</sup>

A los aborígenes les impuso tributo en oro y algodón, que luego mutó en la obligación de labranza a favor de los pobladores castellanos, que se impuso por la fuerza y el sometimiento a esclavitud de los remisos, para proseguir con el reparto de las tierras y de sus habitantes, pero manteniendo la estructura del cacicazgo aborigen a fin de facilitar el recaudo del espolio; a los negros, traficados por los portugueses se les convirtió en objeto de comercio y fuente de mano de obra para la explotaciones agrícolas y mineras.

La llamada Recopilación de Leyes de Indias expedidas por Carlos II en 1680, que en 19 títulos, subdivididos en Leyes, dispuso una prolija reglamentación de la situación de los indios y su regulaciones, expedidas desde los Reyes católicos, que por demás se ***“obedece pero no se cumple.”***<sup>46</sup>

La población indígena en el actual territorio colombiano al momento del descubrimiento podía ascender a diez millones de individuos, al finalizar la colonia sólo restaban cerca de doscientos mil, la supresión de tan vasta población fue producto de la codicia, las enfermedades, las crueldades y la desnutrición.<sup>47</sup>

Una vez asentados en el nuevo mundo, los españoles americanos se segmentaron en dos capas sociales, la de los herederos y sucesores de los encomenderos por una parte, y la de los pequeños propietarios rurales, artesanos y funcionarios locales, por la otra, quienes sometidos al tutelaje de los grandes funcionarios peninsulares, así como al azote de las prácticas del monopolio comercial, los estancos, alcabalas e impuestos, que asolaron la propiedad raíz y fueron abonando el descontento, la hostilidad de los criollos

contra las autoridades virreinales en la revuelta de los Comuneros y posteriormente en la guerra de independencia.

## 2.- LA APROPIACIÓN EN LA REPÚBLICA

Para el insigne apologista de las ideas liberales, ligadas al desarrollo de la pequeña propiedad, el profesor Diego Mendoza Pérez, la organización social colombiana surge con dos desigualdades, la de la riqueza y la de la libertad, que corren de manera paralela y simultánea: **“a medida que la tierra queda sometida al imperio de la apropiación individual y permanente, la libertad va creciendo; casi pudiéramos decir que se corona con las espigas que la tierra produce.”**<sup>48</sup>

Con el nacimiento de la República, los derechos territoriales de la Corona fueron asumidos por la Nación colombiana, se otorgó a los indígenas el derecho de usufructo de los resguardos y por ley 1ª del 12 de octubre de 1821 se suprimió el tributo que pagaban los indígenas a la Corona, y en su lugar quedaban sometidos a la misma tributación de todos los ciudadanos y las mismas leyes; así mismo, se prohibió la imposición de servidumbre gratuita, señalando que todos sus servicios debían ser remunerados mediante salario, y se dispuso que los resguardos se distribuyeran asignando a cada familia de indígenas una porción de tierra proporcional al número de individuos de que se componía la familia.

Sin embargo las leyes de distribución de tierras a los indígenas se tornaron en letra muerta, por cuanto, en algunas ocasiones, de hecho los indígenas ya había perdido la posesión de las tierras de sus resguardos al darlas en arrendamiento, y en otras, ellos mismo se opusieron al reparto por cuanto lo entendían como una forma de desarraigo de sus comunidades ancestrales y de someterlos a los gravámenes que imponía la operación, como claramente lo señala Lino de Pombo: **“ Con frecuencia se han dirigido quejas por los indígenas sobre la operación del repartimiento, en el cual se ha abusado a veces de su sencillez e ignorancia para despojarlos de una parte de sus propiedades en ilegal provecho de los encargados de repartirlas.”**<sup>49</sup>

Estas disposiciones que procuraban la plena individualización de la titularidad del suelo, mediante la eliminación de las restricciones a la enajenación de la propiedad de los indios incorporándolas al libre mercado, fueron complementadas con la enajenación de los ejidos municipales, que eran la propiedad comunitaria que garantizaba los suministros de agua, leña y pastaje

a los habitantes de los poblados, la transferencia a los particulares mediante adjudicación, de los bienes de manos muertas conocida como “**desamortización**”, que se cambiaron por la remisión de títulos de deuda pública, así como con una acelerada adjudicación de baldíos, cuya titularidad se adquiría por el cultivo, cualquiera que fuese su extensión; estas disposiciones constitucionales y legales lo que a la postre generaron fue un fenómeno de concentración de la tierra en manos de grandes terratenientes.

Manuel Murillo Toro en 1851, en la exposición de motivos de un proyecto de ley de reforma agraria, explicó cómo por diversas leyes se había ordenado pagar deudas a los combatientes de las guerras por la liberación nacional con tierras baldías, y que así mismo se dispuso de ellas para pagar apertura de caminos, atraer inmigrantes, desarrollar la navegación, y muchos otros objetivos.

Igualmente señaló que la República tenía 38 mil leguas cuadradas de superficie, o sea 136 millones de fanegadas, de las cuales al momento de la Independencia, la mitad estaba en poder de la Corona española, y cómo a mediados del siglo XIX, sólo quedaban 14 ó 15 mil leguas cuadradas de propiedad de la República, por cuanto lo demás se habían entregado como adjudicación o concesiones de tierras baldías.

El ilustre dirigente del radicalismo liberal, llama la atención sobre que el hecho de que los Estados Unidos, no obstante su inmenso territorio, sólo habían enajenado desde 1767 hasta 1832, 18 millones de hectáreas de tierra, a pesar de la extraordinaria inmigración Europea.

La concentración de la propiedad de la tierra en pocas manos a lo largo del siglo XIX, a través de la adjudicaciones de tierras baldías hasta 1881, fue de tal envergadura, que a los agricultores y a los campesinos, sólo les fueron adjudicadas el 0.46%, correspondientes a 6.066 hectáreas del total de 1.301.122 entregadas.<sup>50</sup>

### **3.- LA PROPIEDAD ESCLAVISTA**

El nuevo mundo fue incorporado por sus conquistadores hispanos al mercado de carne humana, estos, en las Siete Partidas estimaban a los esclavos como cosas, adquiribles en propiedad, trasmisibles por los mismos títulos de los demás bienes, entre ellos la herencia y la accesión, razón por la cual todo hijo de esclava nacía esclavo, sin consideración a la condición de hombre libre del padre.

La propiedad esclavista otorgaba al dueño la potestad plena de disposición a su arbitrio del esclavo, pero les era prohibido matarlos, herirlos o darles trato cruel; por su parte el esclavo debía servir a su dueño, esposa e hijos, defenderles de cualquier daño, obedecerles y procurar el aumento de sus bienes; por tanto, todo lo que ellos adquiriesen era propiedad del amo, y cuando adquirirían compromisos a nombre de este y con su autorización el señor debía cumplirlos.<sup>51</sup>

Los esclavos podían acceder a la condición de libertos por disposición del amo, como reconocimiento a las nodrizas o como recompensa en el descubrimiento de delitos de falsificación de moneda, violencia carnal, deserción militar, homicidios de sus amos, traiciones al Rey, cuando la esclava era prostituida por el esclavista, por matrimonio con persona libre, por ingreso a ordenes sagradas con consentimiento del amo, y por prescripción en el ejercicio de la libertad en la tierra de residencia de su señor, por más de diez años.<sup>52</sup>

La Real Cédula de Aranjuez, del 31 de mayo de 1789, aplicable en España y América, reguló en 12 capítulos precedidos de un preámbulo el ejercicio del derecho y del libre comercio de esclavos, reconocido en la Cédula del 28 de febrero de 1789, impuso la obligación de alimentarlos, vestirlos y educarlos, el régimen de sus oficios, diversiones, habitaciones, enfermerías, asistencia a los viejos, enfermos y niños; la imposición de penas mayores se reservó a la justicia, y se dispuso la forma de quejarse y de averiguar los excesos de los amos y mayordomos, sancionables con multas, así como estableció el derecho del esclavo al cambio de amo previo pago del valor.<sup>53</sup>

Durante los primeros años de la República se daría una enconada lucha entre los libertarios y los esclavistas, en procura de la supresión de la trata infame y la abolición definitiva que se proclamó en la Constitución del Estado Libre e Independiente de El Socorro el... de 1810<sup>54</sup>, como expresión del derecho natural del ser humano, pero ésta se esquilmo en el pantano jurídico de la preponderancia del respeto de los derechos adquiridos y del principio de irretroactividad de las leyes.

Mediante Decreto del 11 de enero de 1820, el Congreso de Angostura al reconocer que ningún hombre puede ser propiedad de otro, dispuso que: **“la esclavitud queda abolida de derecho, y se verificará de hecho su total extinción dentro del término preciso, y por los medios prudentes, justos y filantrópicos que el Congreso general tuviese a bien fijar en su próxima reunión.”**<sup>55</sup>

Consolidada la independencia, el Congreso Constituyente de 1821, por ley del 21 de julio, optó por la vía de la gradualidad, al considerar que ni la naciente sociedad ni los esclavos estaban preparados para la abolición definitiva; así sólo determinó la libertad de partos, a cuyo efecto, declaró libres a los hijos de las esclavas nacidos después de la vigencia de la ley, prohibió la importación y el tráfico de esclavos, excepto uno para el servicio doméstico por persona, y estableció el fondo de la manumisión con dineros provenientes de un gravamen a las herencias.<sup>56</sup>

La abolición entonces, pasó de ser un tema de principios, el de la libertad humana, a ser el objeto de una limitación del derecho de la propiedad, que no podía ser desconocida sin previa indemnización de los propietarios; la paulatina extinción de la esclavitud, abriría el camino a la constitución una servidumbre que se iniciaría con los libertos, que a cambio de su manutención hasta los diez y ocho años, debían servir a los amos de su madre.

También los esclavistas obtuvieron leyes en favor de sus propiedades e intereses, como la ley de 22 de junio de 1843, **“sobre medidas represivas a los movimientos sediciosos de los esclavos”**<sup>57</sup>, que castiga a quien instigue, provoque o ayude a la fuga de esclavos, sancionándole como cómplice del delito de hurto, en la cuantía equivalente al valor del esclavo; se determinó que eran encubridores a quienes asilare o protegieren a los esclavos prófugos, y como sediciosos a los que incitaren a la desobediencia a los esclavos; al esclavo que denunciara la comisión de estos delitos se le premiaba con la libertad, previa indemnización al amo de su valor, pagada con los fondos de manumisión..

Igualmente mediante el artículo 4º de ésta ley, se dispuso permitir la venta de los esclavos hacia fuera de la Nueva Granada, con única condición de no dividir los matrimonios esclavos, y de que los hijos nacidos libres no se extrajese del país sin la voluntad de sus padres y sin que en documento constara su condición de libres, con lo cual los esclavistas mediante la exportación de los esclavos pretendieron rescatar el valor de sus posesiones.

Mediante la ley del 28 de abril de 1847, se prohibió nuevamente la importación y exportación de esclavos, con lo cual se ponía coto a la pretensión de los esclavistas de perpetuar su actividad, a cuyo efecto se determinó que serían libres los esclavos que se introdujesen al territorio, aún cuando fuese para el servicio doméstico, otorgando un lapso de un año para extraer a los que su hubiesen introducido para tal efecto. La exportación fue sancionada con restitución de los extraídos a la condición de libertad, o a la multa de cuatromil



reales por cada esclavo con destino al fondo de manumisión, cuando la restitución no fuere posible.

El 21 de mayo de 1951 el Congreso expidió la ley sobre libertad de los esclavos, que suprimió definitivamente la esclavitud en el territorio de la República, otorgando la libertad a todos los que existiesen en ella, con los mismos derechos y obligaciones de todos los granadinos. Se calcula que entre diez mil y once mil esclavos fueron beneficiarios de esta redención.

Reconoció la ley a los esclavistas el valor de los esclavos liberados, incluso de los prófugos, esto es que la ley fue una expropiación pero sin previa indemnización, que hizo prevalecer la libertad sobre la propiedad, pagando, hasta mil seiscientos reales por varones menores de cuarenta y cinco años y mil doscientos por las hembras menores de esa edad; por los varones mayores de cuarenta y cinco años se reconocieron hasta mil doscientos reales y por las hembras hasta ochocientos, los mayores de sesenta años se exceptuaron de avalúo; las indemnizaciones fueron pagadas con cargo al fondo de manumisión que se fortaleció incrementando sus rentas, en especial las originadas en sueldos y pensiones, de tal forma que la sociedad en general contribuyó al acto libertario, mientras que los esclavistas exacionaron hasta el último centavo de sus miserables intereses pecuniarios.

#### 4.- LA DESAMORTIZACIÓN

Como una limitación al derecho de propiedad se erige la institución de la expropiación o de la venta forzada, bien sea por motivos de necesidad o de utilidad pública, como un reconocimiento de la primacía del interés colectivo sobre el individual; como una expresión de dicha potestad del Estado, la República adelantará un proceso de transferencia a los particulares mediante adjudicación, de los llamados “bienes de manos muertas” conocido como “**desamortización**”, que irrumpió con la condición de gran terrateniente de la Iglesia católica.

Una de las primeras medidas del Libertador victorioso contra los realistas, fue ordenar la confiscación de todos sus bienes mediante el Decreto del 17 de agosto de 1819; se exceptuaron de la medida la dotes debidamente probadas mediante documentos fehacientes, las deudas sobre los bienes secuestrados y cuando hubiere herederos forzosos, descendientes o ascendientes, en cuyo caso debían pagar una pena del tercio o del quinto a la Hacienda Pública; posteriormente, mediante el Decreto del 9 de septiembre de 1819, se permitió

el rescate de los bienes a sus dueños, mediante el pago de su valor por parte de los propietarios.

Los dineros producidos por las confiscaciones se destinó al pago de las recompensas a los Libertadores, en especial a los inválidos; sin embargo, las propiedades fueron adjudicadas más en proporción al valimiento de que gozaban los guerreros victoriosos que al merecimiento por los servicios prestados, como lo señala el edecán de Bolívar, **“el producto de las confiscaciones fue vergonzosamente disipado sin atender el objeto sagrado a que se destinaba.”**

En las distintas constituciones de la república, se ha establecido junto con la garantía a la propiedad privada la posibilidad de expropiarla por motivos de necesidad o de utilidad pública, pero bajo la condición de una justa indemnización, que en caso de guerra podía ser posterior al hecho; en algunas de ellas se previó la posibilidad de confiscarla o extinción de dominio por pena, conforme a la ley.<sup>58</sup>

Durante las guerras civiles que asolaron la nación en la segunda mitad del siglo XIX, el instrumento de la expropiación se utilizó unas veces con fines políticos y otras con fines bélicos; Tomás Cipriano de Mosquera, caudillo veleidoso, que unas veces se ponía al mando de tropas conservadoras, y en otras, fungía como insurrecto liberal, dispuso, en calidad Presidente Provisional de los Estados Unidos de Nueva Granada, mediante decreto del 9 de septiembre de 1861, adjudicar en propiedad a la Nación, a cambio de la renta producida, calculada en el seis por ciento anual todas las propiedades rústicas y urbanas, derechos, acciones, capitales de censos, usufructos, servidumbres u otros bienes pertenecientes a corporaciones civiles o eclesiásticas y establecimientos de educación, beneficencia o caridad.

Como justificante Mosquera adujo la obstaculización a la prosperidad nacional que la propiedad en manos de las comunidades generaba, los abusos de éstas y su ingerencia en los asuntos de las autoridades civiles, la necesidad de garantizar los bienes destinados a la beneficencia y los derechos de la Nación a suceder en la posesión de los bienes a las corporaciones extintas, y la necesidad entregar la tierra a quienes a trabajan, otorgando a los clérigos, dedicados a la ciencia y al culto las rentas de las mismas; la medida fue ratificada por la Ley 39 de 1861 que dispuso enajenar en pública subasta todas las propiedades expropiadas; el general dijo **“La propiedad está mal constituida entre nosotros...(…) no es la que corresponde a un pueblo libre (...) coloquemos la propiedad en consonancia con la democracia; demos, pues, la tierra a los que la trabajan y la hacen producir...”**<sup>59</sup>

La desamortización pretendió incorporar a la circulación mercantil los bienes en manos de comunidades religiosas, amortizar la deuda nacional, permitiendo la redención de los bonos del tesoro como pago de los bienes enajenados y propiciar una equitativa distribución de la propiedad raíz; sin embargo, la aplicación de las medidas, que vulneraron los derechos de asociación religiosa y de propiedad, sólo favorecieron a especuladores y avivatos, la mayor parte de las tierras, los edificios, casas y construcciones para conventos, pasaron a grupos poderosos económica y políticamente de Bogotá, que se hicieron adjudicar esos bienes a bajos precios, pagados con papeles de deuda pública que no tenían mayor valor comercial; así se fortalecieron el poder y la concentración de tierras en manos de grandes hacendados, a tal punto que la Ley 123 de 1887, dispuso una contribución especial a los poseedores de bienes desamortizados, consistente en el cinco por ciento del importe de los remates o del primitivo avalúo, con la denominación de “**derecho complementario de título.**”<sup>60</sup>

La Constitución de 1886 bajo la inspiración de Rafael Nuñez, quiso apuntalar el derecho de propiedad privada como el pilar sobre el cual refundar la nacionalidad que se quería regenerar, dirigida ahora por el poder aunado de los grandes terratenientes de los dos partidos históricos que se unieron para erigir al omnímodo regenerador; la propiedad, hecho social y económico esencial para la vida, así como para el ejercicio de la libertad política y la independencia personal, fue consagrada como la confluencia del *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*, no sólo para efectos del derecho público, sino para el derecho privado.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, progresivamente fue entendiendo que la propiedad era un instrumento para facilitar el desarrollo social, proscribiendo el uso abusivo del derecho y subordinando su ejercicio al interés público o social.<sup>61</sup>

## 5.- EL DOMINIO DEL TERRATENIENTE

Colombia durante el siglo XX continuó rindiendo su continuado tributo de sangre a la concentración de la propiedad rural, arrastrando una secuela de intransigencia e intolerancia política, de expoliación económica al campesinado, de opresión personal mediante el reclutamiento forzado por los bandos contendientes de una pertinaz guerra irregular, generando la expulsión de la población rural hacia los cordones de miseria urbanos para servir de fuerza de trabajo barata en las redes de la economía subterránea e

informal, mientras la propiedad mueble e inmueble proseguía en su proceso de concentración.

En efecto, el Código de Bello adoptado como el civil de la nación el 15 de abril de 1887<sup>62</sup>, para efectos del ejercicio del derecho de propiedad suprimió la distinción doctrinal entre titularidad y posesión, para vincular la titularidad de los bienes inmuebles al registro de propietarios que deberían llevar las autoridades públicas, en el cual debían anotarse las mutaciones de la propiedad, conocidas bajo la denominación técnica de **tradición**; así mismo, la posesión de los inmuebles se confundió con la titularidad, a tal punto que fue concebida como una **“posesión inscrita”**<sup>63</sup> en contraposición a la **“posesión material”**, a la cual se le despojó de toda eficacia, por cuanto **“mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente.”**<sup>64</sup>

Una aguda controversia se desató en los estrados judiciales entre los terratenientes, defensores a ultranza de la **“posesión inscrita”** que les permitía invocar la prevalencia de los títulos ancestrales devenidos de la corona española y los campesinos que pretendían hacer respetar su posesión fáctica o material; la disputa debió ser zanjada por el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, autodenominado de la **“revolución en marcha”**, que en desarrollo de la función social de la propiedad que implica obligaciones, introducida en la reforma a la Constitución en 1936, mediante el artículo 1º de la ley 200 de 1936, que definió la posesión sobre bienes inmuebles rurales como **“la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño”** y en el 7º que dispuso que la propiedad privada de los inmuebles se probaba por **“las tradiciones del dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria”**<sup>65</sup>, con lo cual la posesión del poseedor material podía desvirtuar y destruir el título del poseedor inscrito.

Los poderosos terratenientes se agruparon en la llamada ASOCIACIÓN PATRIÓTICA ECONÓMICA NACIONAL (APEN), para combatir las doctrinas que en su decir implicaban la desaparición de la propiedad privada y un atentado al capital, logrando que en el segundo mandato de López Pumarejo, se aceptara como ejercicio válido de la posesión la actividad económica realizada por interpuesta persona, es decir a través de las mesnadas de aparceros, mediasqueros y poramberos, que mediante relaciones de carácter semifeudal, mantenían adscritos a sus dominios territoriales, y que ahora eufemísticamente la ley denomina como **“sistemas que entrañen alguna especie de sociedad o de coparticipación en los productos...”**<sup>66</sup>

Para la década de los cincuentas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se había decantando a favor del poder terrateniente, menguando el alcance de las disposiciones de la ley de tierras del gobierno liberal, ahora ella, conformada por juristas de filiación conservadora, sostenía que la ley resolvía a favor de los propietarios disputas con el Estado por la propiedad de los territorios baldíos:

La confrontación pronto se trasladó de los tribunales a los campos y el espectro de la violencia agraria, encubierta por las banderías partidistas, se cobró más de trescientas mil vidas antes que las cúpulas dirigentes, tras de diez años de lucha decidieran pactar alternarse en el ejercicio del gobierno durante cuatro cuatrienios, llamados del **Frente Nacional**, que se saldaron con la inversión de la radicación de la población, ahora en un sesenta por ciento urbana, y cuarenta por ciento rural.

Para solucionar los litigios de tierras resultantes del despojo violento de uno y otro bando, se expidió la ley 201 de 1959, que determinó como presuntamente viciadas de nulidad por fuerza, la enajenaciones producidas en las zonas de alteración del orden público, que se hubieren realizado con aprovechamiento de las condiciones de anormalidad o en condiciones tan desfavorables que hicieren **“presumir que en condiciones de libertad jurídica no se hubiere celebrado.”**<sup>67</sup>

Como respuesta profiláctica al surgimiento de movimientos armados campesinos, inspirados en el triunfo de la revolución cubana en 1959, mediante la ley 135 de 1968, se dispuso una reforma social agraria, sin embargo en su ejecutoria terminó enredada en los hilos de la burocracia y la corrupción, ya que los terratenientes decidieron beneficiarse mediante los procedimientos de **“incorporación”**<sup>68</sup> enajenando de forma ventajosa al Estado las tierras de peores condiciones agrícolas.

Los intentos de reformas agrarias liberales con las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, así como el surgimiento del movimiento de usuarios campesinos durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (1966 – 1970), aglutinados en torno de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), no pudo contener el proceso de concentración de la tierra.

Pese a la reconciliación entre los detentadores del poder, la confrontación agraria derivó primero en movimiento agrario, mediante la invasión de tierras, y posteriormente al enfrentar la represión estatal en movimiento insurgente armado, que interpeló los cimientos de la propiedad y del Estado mediante la extorsión y el secuestro.

Pronto la reacción de los propietarios rurales no se hizo esperar, fueron creadas las cooperativas de seguridad privada "**Convivir**" que bajo los auspicios del ejército colombiano y de los ganaderos de la FEDERACIÓN DE GANADEROS DE COLOMBIA (FEDEGAN) derivaron en los llamados grupos armados ilegales de autodefensas (**AUC**); estos agentes armados por medio del terror sirvieron de instrumento de contención de la insurgencia, aplastamiento de su red de colaboradores y simpatizantes, expulsores de más de un millón de campesinos y eficaces ejecutores de una contra reforma agraria que les ha permitido monopolizar cuatro millones de hectáreas, y ahora fungen como grandes barones electorales y de apoyo al gobierno.

En un reconocimiento tácito a los servicios del paramilitarismo en la protección de las propiedades rurales, el Estado expide la Ley 791 de 2002, por medio de la cual se acelera el proceso de legitimación de las tierras usurpadas a los campesinos.

En relación con los resguardos indígenas, en la última década del siglo XX, la lucha por la tierras se ha desplegado con las empresas petroleras, como la sostenida por la Occidental de Colombia, en torno a la perforación exploratoria en el llamado "**bloque Samoré**" en contra de los indígenas U'wa, donde colisionan las concepciones ancestrales de los aborígenes con la visión mercantil de los empresarios del hidrocarburo y de las autoridades., como lo señalan los indígenas: "**Sabemos que el riowa le ha puesto precio a todo lo vivo y hasta a la misma piedra, comercia con su propia sangre y quiere que nosotros hagamos lo mismo en nuestro territorio sagrado con el ruiria, la sangre de la tierra a la que ellos llaman petróleo.**"<sup>69</sup>

Basta examinar la información estadística estatal para contrastar la concentración de la riqueza tanto mueble como inmueble, frente a la extensión de la pobreza para entender que los postulados de la Constitución Política de Colombia de 1991, sobre el estado social de derecho, se han quedado en mero enunciado retórico.

## Capítulo 34: JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROPIEDAD

“-El último aspecto en que se puede dañar a un hombre es en su propiedad.”<sup>70</sup>

### 1.- LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La Constitución Política de 1991, estableció la garantía de la propiedad privada en el artículo 58<sup>71</sup>, preservando los derechos adquiridos legalmente, de todo desconocimiento o vulneración por leyes posteriores; igualmente determinó su función social atribuyéndole obligaciones, y la carga de ceder ante el interés público o social, cuando el interés privado colisiona con ellos, así como también la preservación ecológica

Al analizar el derecho de dominio en la nueva Carta, la Corte Constitucional ha resaltado la ampliación del concepto de propiedad de las obligaciones económicas que asume el Estado en su estructuración como estado social de derecho.<sup>72</sup>

El respeto a los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, determina la intangibilidad de los derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas y por tanto deben gozar del sistema de acciones y excepciones con los cuales se tutela la propiedad, sus desmembraciones y los derechos personales en el sistema jurídico que regula las relaciones civiles que por tanto no pueden ser alterados por leyes posteriores expedidas con carácter retroactivo, como lo señala la Corte: “ **Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.**”<sup>73</sup>

La función social que se predica de la propiedad, implica que ella se estatuye no sólo para el goce individual, sino para el desarrollo social, para el beneficio y la utilidad común, en especial la preservación y el manejo del medio ambiente, “**la propiedad, en ningún momento debe cumplir fines ególatras o exclusivistas para quien la posee, sino que está encaminada a satisfacer necesidades de interés común o utilidad social.**”<sup>74</sup>

La Corte ha reconocido el carácter de Derecho Fundamental al derecho a la propiedad privada, que es una base fundamental del sistema jurídico, económico y social establecido en la Carta Política, en concordancia con el

bloque de constitucionalidad que integra la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969, recepcionada por Ley 16 de 1972, en su artículo 21, que estipula la obligación de tutelar los bienes de las personas.<sup>75</sup>

La Corte, citando a Madison se refiere a la Propiedad, como la “ **la manzana de la discordia de la sociedad**”, y señala que ella tiene el carácter jurídico de Derecho Fundamental, que no sólo determinante en la interpretación del derecho, sino que establece la diferencia entre una sociedad y otra, o entre los distintos sistemas jurídicos, que por tanto, no es una institución puramente económica.

Para hacerlo deben tenerse en cuenta los principios y valores y derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad; en el evento que la vulneración al derecho a la propiedad conlleve a la vulneración de éstos, ella adquiere naturaleza de Derecho Fundamental, y en consecuencia procede su amparo mediante acción de tutela.; en su decir, “ **La propiedad debe ser considerada como un Derecho Fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna.**”<sup>76</sup>

Así mismo, la Corte constitucional ha señalado que la posesión goza también de la naturaleza jurídica de Derecho Fundamental, entendiendo ésta institución como “**la subordinación de hecho exclusiva total o parcial de los bienes al hombre**”, amparada por el ordenamiento jurídico, que el artículo 762 del Código Civil Colombiano, reputa al poseedor como dueño mientras otra persona no justifique serlo, lo cual permite concebir la posesión como una exteriorización de la propiedad, que debe ser tutelada y protegida.<sup>77</sup>

## **2.- LIMITACIONES AL IUS ABUTENDI**

A partir del inciso cuarto<sup>78</sup>, del referido artículo 58, se establecieron las restricciones de la garantía general, así como la expropiación con previa indemnización por motivos de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia judicial; así como la expropiación por vía administrativa, en los casos determinados por el legislador.

Dice el Juez constitucional que la propiedad legítimamente constituida tiene todas las prerrogativas legales y está protegida por la Constitución, pero tiene límites, debe ceder a favor del interés de la colectividad, ya que es una función



social que implica obligaciones. Una obligación de la propiedad es que ella debe destinarse a la producción, bien sea en forma individual o colectiva, pero respetando la función ecológica de preservación del medio ambiente que en últimas es una protección a la vida.<sup>79</sup>

2.1 En la Carta del 91, se introdujo la modalidad de expropiación por vía administrativa, sujeta a posterior control jurisdiccional, inclusive para la determinación del precio de la indemnización, a efecto de aligerar el procedimiento que se había tornado engorroso, y cuya demora lesionaba no sólo el patrimonio público, sino el interés social, en especial cuando se trata de la construcción de las obras públicas, o de aligerar la realización de programas de reformas agrarias o urbanas.

Conforme lo ha dilucidado la Corte Constitucional, la expropiación por la vía administrativa, que es un procedimiento más rápido y ágil, bajo control judicial, que debe ser considerado como un desarrollo práctico de la función social de la propiedad.<sup>80</sup>

2.2. En el artículo 59<sup>81</sup>, la Constitución determinó la forma ejecutiva de expropiación en caso de guerra, la ocupación de la propiedad inmueble para atender las necesidades de la guerra o para destinar a ella sus productos. Así mismo se dispuso la responsabilidad del Estado por las expropiaciones que el gobierno realice por sí o por medio de sus agentes.

Respecto a la ocupación de bienes de particulares por la fuerzas militares en tiempos de paz, la Corte en sentencia determinó que las autoridades militares no podía ocupar inmuebles en tiempos de paz, ello no era posible, que por tanto los ocupantes debían retirarse inmediatamente y retirar su armamento al estimar que las autoridades habían incurrido en vía de hecho violatoria de los derechos fundamentales a la vida, la propiedad, al debido proceso administrativo, a la intimidad familiar, que las autoridades militares se hallan en obligación de respetar, por ser autoridades del orden administrativo.

Igualmente se precisó que en caso de grave conflicto interno, por ser este asimilable a situación de guerra, **“la fuerza pública puede ocupar temporalmente la propiedad inmueble, pero tal ocupación será por el tiempo razonable que exija la misma situación de conflicto”**<sup>82</sup>

2.3 En relación con la extinción del derecho de dominio por lavado de activos, en relación con las disposiciones de las Leyes 333 de 1996, y 365 de 1997, la Corte Constitucional señaló que esta es una institución autónoma de estirpe

constitucional, de carácter patrimonial, mediante la cual en un juicio independiente del proceso penal, y previa la aplicación de las garantías procesales, se desvirtúa mediante sentencia judicial, la presunción de que los bienes adquiridos por quien aparece como propietario, lo sea en realidad, por el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, y **“en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad impugnada de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al poder del Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización”**.<sup>83</sup>

### 3.- LOS BIENES DE LA NACIÓN

3.1 En el artículo 63 de la Carta se estableció el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables de **“los bienes de uso público, los parque naturales, las tierras comunales e grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley.”**<sup>84</sup>

La Corte ha precisado que en Colombia, los bienes pueden ser de dominio privado o individual; de propiedad colectiva con limitaciones a su enajenación; o de dominio público como los bienes fiscales, tanto los patrimoniales como los fiscales adjudicables, y los bienes de uso público o común de los habitantes.<sup>85</sup>

3.2. El artículo 75 de la Constitución <sup>86</sup>, determinó como propiedad de la Nación el espectro del electromagnético, le otorgó el carácter de inenajenable e imprescriptible, le vinculó al control y la gestión del Estado, con el encargo de garantizar la igualdad de oportunidades en su acceso, así como de evitar su uso monopólico.

La Corte Constitucional ha destacado el carácter de bien público inenajenable e imprescriptible del espectro electromagnético y de la potestad del Estado para gestionarlo y controlarlo.<sup>87</sup>

Los servicios de telecomunicaciones pueden ser prestados por el Estado, directamente o por medio de particulares a quienes se les otorgue la respectiva **“concesión”** o derecho de uso, de conformidad con la reglamentación legal, considerándose por tanto como **“clandestino”** todo uso subrepticio, oculto, doloso, fraudulento o realizado para eludir la ley.<sup>88</sup>

#### 4.- DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

4.1 La Constitución Política de 1991 en el artículo 60<sup>89</sup> estableció bajo el acápite de la DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD, que el estado promoverá, de acuerdo con la Ley, el acceso a la propiedad.

No obstante la amplitud del criterio trazado en el primer párrafo de la norma constitucional, en el inciso segundo<sup>90</sup> de la disposición la misma Carta Política se encarga de precisar sus alcances para señalar que la democratización no se refiere a todo tipo de propiedad, sino simplemente se trata de la propiedad accionaria del Estado, y que no se pretende transferir la titularidad de dicha propiedad a todos los individuos componentes de la sociedad, a los ciudadanos o a órganos representativos de la sociedad, sino de ofrecer una opción preferencial para adquirir las acciones del Estado, dentro de los procesos de privatización que adelantarán dentro del modelo del liberalismo económico .

Como lo ha enseñado la Corte, la Constitución no entroniza la socialización de la propiedad, simplemente promueve, protege y estimula las formas asociativas y solidarias de propiedad, las cuales concurren y contribuyen, junto con las empresas creadas al amparo de la libertad económica y de la iniciativa privada, al desarrollo económico del país, según su decir, **“la noción de democratizar la propiedad es unívoca, pero los medios para desarrollarla pueden ser variados.”**<sup>91</sup>

En el heterogéneo piélago de ilusiones que concurrieron a la redacción de la Constitución del 1991, navegaron las concepciones demoliberales junto con los intereses pragmáticos de los privatizadores, lo cual explica la razón de las contradicciones permanentes entre los enunciados generales y los desarrollos particulares de las disposiciones contenidas en la carta fundamental .

Para zanjar las profundas divergencias conceptuales, los constituyentes decidieron allanarse al arbitrio de los flujos electorales, para que el poder legislativo orientase en definitiva la prevalencia de una u otra posición, en una referencia implícita a la mano invisible, que según Adam Smith guía la economía, para procurar la acción del sistema de libre competencia en el mercado, cuando se trate de enajenar la propiedad Estatal y otorgar una posición privilegiada a las organizaciones solidarias, con interés social y sin ánimo de lucro.

La democratización, por tanto, se limita simplemente a generar opciones preferenciales a ciertos agentes económicos como lo son los trabajadores, sus sindicatos y las llamadas organizaciones solidarias a fin de vincularlos a la estructura capitalista de la propiedad, introduciendo mecanismos de financiación que procuren la adquisición de las acciones que primeramente estaban en poder del Estado por parte de estos, con garantía de la libre concurrencia en la compra de los excedentes por parte de los agentes económicos signados por el ánimo de lucro, en procura de evitar concentraciones oligopólicas.

La Ley 226 de 1995 al desarrollar el artículo 60 de la constitución al señalar su ámbito de aplicación, determinó que éste se concreta en la enajenación de la propiedad accionaria del Estado y a la participación del Estado en el capital social de cualquier empresa, incluyendo dentro de los activos enajenables a los cuales se aplican los criterios y procesos de democratización, los bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

## 5.- LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 61 de la Constitución dispone que **“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”**<sup>92</sup>, como reconocimiento a la capacidad creativa del ser humano y protección de los derechos de los autores, a efecto que puedan hacer explotación de los productos de su ingenio, así como también señaló la potestad de la Ley para establecer la regulación del régimen de propiedad industrial, patentes y marcas.

Para la Corte Constitucional la propiedad intelectual es una modalidad sui generis del derecho de propiedad, que tiene semejanzas y diferencias; en común tienen el derecho de *usus, fruendi y abutendi* ejercitables con idénticas limitaciones constitucionales y legales, pero la propiedad intelectual que se ejercita sobre cosas incorpóreas es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y de carácter limitado en el tiempo.<sup>93</sup>

Existen también ciertos **“derecho conexos”** con la propiedad intelectual, como son los de los ejecutantes o intérpretes, los de los productores, y los divulgadores, esto es de las personas que participan en la difusión de la obra más no en su creación, y que tiene como fuente el **“toque personal y creativo”** que el artista incorpora a la obra ya creada.<sup>94</sup>

Ha señalado la Corte que en materia de propiedad intelectual el bloque de constitucionalidad se integra con las disposiciones del Convenio de Ginebra, para protección de fonogramas, incorporado por la Ley 23 de 1992; el Tratado de Ginebra sobre registro de audiovisuales, recepcionado mediante la Ley 26 de 1992; el Convenio de Berna, para la protección de las obras literarias y artísticas, incorporado por Decreto 1042 de 1994; la normativa del Pacto Andino, la decisión 344 de 1992, sobre propiedad industrial y la Decisión 351 de 1993, sobre derechos de autor.<sup>95</sup>

El derecho de propiedad intelectual, según la Corte, se reconoce en cabeza de quien es creador de una obra (literaria, artística, científica, musical, teatral, o audiovisual), si bien se refiere de manera especial a las expectativas de explotación económica que de él surgen, no se reduce a ellas, que apenas constituyen una de las dimensiones del “**derecho de autor**”; la otra, es la referida a los derechos morales o personales, que son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables y en principio de duración ilimitada.

Para la Corte Constitucional, los derechos morales de autor tienen el carácter de Fundamentales, “ **El estado debe garantizar al autor el derecho a divulgar su obra, o a mantenerla en su esfera de intimidad, a reivindicar su paternidad intelectual sobre la misma, a exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.**”<sup>96</sup>

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen de las desigualdades entre los hombres; editorial Aguilar, Buenos Aires, 2003, página 24.

2 ARISTÓTELES. La Política, editorial Espasa-Calpe. Argentina S.A., Buenos Aires, 1958, páginas 9 y 11.

3 LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno civil, editorial Tecnos, Madrid, 2002, página 36

4 MESLIER, Jean. (1664-1729), clérigo francés influenciado por el cartesianismo, las ideas de Locke, y el materialista romano Tito Lucrecio Caro, fue un precursor del socialismo utópico, cura de la aldea de Entrepigny (Champaña) desde 1689, se erige como abanderado del campesinado contra la explotación del señor De Tuly, fue objeto de la condena del arzobispo de Reims por sus predicaciones contra los señores feudales.

5 MESLIER, Jean. Testamento, editorial Progreso, Moscú, 1954, página 71.

6 Jean Jaques Rousseau, nació en Ginebra (Suiza) en 1712 y murió en 1778, trabajó en París en la redacción de la Enciclopedia, dirigida por Diderot.

7 Constitución Francesa del 5 de fructidor del año III (22 de agosto de 1795), artículo tercero.

8 KANT, Immanuel. Metafísica de las costumbres; editorial Tecnos, Madrid, 3ª ed. 1999, SS 238, página 49.

9 PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional, editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, página 293.

10 Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo: “ **El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...(...) decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia...**”

11 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 , Magistrados ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

12 BOBBIO, Norberto. Igualdad y libertad, editorial Paidós, Barcelona, página 54.

13 PÉREZ ROYO, Javier. Op. Cit., página 311.

14 GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho; editorial Gedisa, Barcelona, 1999, páginas 193 y ss.

15 RAWLS, John. Op. Cit., página 458.

16 Constitución de los Estados Unidos de América; Décima cuarta enmienda, sección 1: “**Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el cual reside. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o inmunidades de los ciudadanos de los estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes.**”

17 Constitución política de Colombia de 1991, artículo 13: “ **Todas las personas nacen libre e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.**

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

18 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-022 del 23 de febrero de 1996, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

19 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-022, del 23 de enero de 1996, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

20 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias de sala plena C-093 del 31 de enero de 2001, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero y la C-673 del 28 de junio de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

21 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-673 del 28 de junio de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

22 *Ibidem*.

23 Ley 996 de 2005.

24 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 *Ibidem*.

26 PROUDHON , Pierre-Joseph. ¿ Qué es la propiedad?, Tusquets editor, Barcelona, 1975, página 32.

27 Código de Hammurabi, en Códigos legales de tradición babilónica, editorial Trotta, Barcelona, 1999, página 103. El código data del año 1752 antes de la era cristiana, su texto oficial se encuentra en la estela.

del museo del palacio del Louvre, inscrito sobre un monolito oviforme de diorita negra en escritura cuneiforme, con cuatro mil quinientas líneas texto, se compone de un Prólogo lírico épico, del texto normativo o Leyes y de un Epílogo que contiene maldiciones contra los transgresores.

28 ARISTÓTELES. La política, editorial Aguilar, Madrid, 2000, página 43.

29 ROUSSEAU, Jean Jacques. El origen de la desigualdad de los hombres, Aguilar, Madrid, 2002, página 60.

30 HEGEL, Guillermo Federico. Principios de la filosofía del Derecho, edhasa, Barcelona, 1999, página 134, ss 49.

31 PROUDHON, Pierre Joseph. ¿Qué es la propiedad?, Tusquets editor, Barcelona, 1975, página 67.

32 Ibidem, página 102, 219 y 233.

33 MARX, Carlos. Miseria de la filosofía, ediciones Suramérica, Bogotá, 1963, página 149.

34 MARX, Carlos. Manuscritos: economía y filosofía, Alianza editorial, Madrid, 1969, página 118.

35 Ibidem, página 649.

36 "Usque ad coelum usque ad inferos; plena in re potestas".....Aforismo....

37 JUSTINIANO, Digesto 41,2, ; Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1889. **"Posesión viene de sede, como quien dice posición, porque quien tiene la cosa naturalmente se instala en ella."**

38 Ibidem, D 41,2,3,1: **"Pueden poseerse las cosas corporales. (...) Podemos adquirir la posesión con el cuerpo y el ánimo y no sólo con el ánimo, como tampoco con el sólo cuerpo."**

39 Code Civil de 1804, artículo 2228.

40 SAVIGNY, Carl von. Tratado de la posesión en el derecho romano, Brujas, 1879, ss 9, página 35.

41 IHERING, Rudolph von. La voluntad en la posesión, Poesada, Madrid, 1896, página 24

42 WINDSCHEID, Bernhard. O. Cit., numeral 38: **"Todos los derechos se establecen entre personas y no entre cosas."**; y PLANIOL : **"Una relación jurídica no puede existir entre una persona y una cosa, porque dar al hombre un derecho sobre la cosa, equivaldría a imponer una obligación a la cosa en relación con el hombre, lo cual es absurdo."**

43 Vid. VALENCIA ZEA, Arturo. Op. Cit. Páginas 150 y ss. Existen diferentes formas de posesión, como lo son: la posesión en nombre propio, o posesión de propietario y la posesión en nombre ajeno, como acontece con las desmembraciones de la propiedad, o en las derivaciones de ella que se asimilan a la mera tenencia que reconoce posesión superior; la posesión inmediata que implica ejercicio actual del poder de hecho y la mediata que implica su ejercicio mediante la intervención de otro.

44 MOSQUERA, Tomás Cipriano. Circular sobre la Desamortización de bienes de manos muertas., del 9 de septiembre de 1861, citado por MEDOZA PÉREZ, Diego, en Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, Bogotá, 1983, página 61.

45 WASHINGTON, Irwin. Vida y viajes de Cristóbal Colón, ..... Capítulo VIII, página 6.

46 Vid. OTS CAPDEQUI, José María. El Derecho español en las Indias. Las Cédulas reales se recibían con solemne Te Deum, se ponían sobre la cabeza y se declaraba su obediencia, pero su inaplicación.

47 VÉLEZ, Fernando. Datos para la historia del derecho nacional; , Restrepo-Cock, Medellín, 1891, página 38..

48 MENDOZA PÉREZ, Diego. Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 25.

49 DE POMBO, Lino. Carta de Secretario del presidente Santander al Congreso Constitucional de la Nueva Granada de 1835. Citado por MENDOZA PÉREZ, Diego. Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 30.

50 BOTERO VILLA, Juan José y KALMANOVITZ, Salomón. Análisis sobre la Memoria del Secretario de Hacienda para el Congreso de 1882, página LXXXIX.

51 ALFONSO X. Siete Partidas, Leyes 2ª, 5ª, 6ª, y 7ª, Título 21, partida 4.

52 Vid. SIETE PARTIDAS; y Recopilación de Indias, Libros Primero, Tercero, Octavo y Noveno, prohibieron a los esclavos criados entre moros pasar a la indias, se dispuso gravar la propiedad des esclavos con el impuesto de amojarifazgo, y que los esclavos de propiedad de los inquisidores no podían portar armas.

53 Vid. VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 22.

54 SOCORRO

55 VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 23.

56 Ley 7ª del 21 de julio de 1821, artículos 1º, 7º y 8º; el impuesto era del 3% sobre un quinto de las herencias a descendientes legítimos, del 3% sobre un tercio de las herencias a ascendientes legítimos, del 3% total de la herencia a herederos colaterales y del 10% de las herencias a herederos extraños.

57 Vid. VÉLEZ, Fernando. Op. Cit., página 28.

58 Constitución de Cundinamarca de 1811, título XII, artículo 1º, numeral 10; Constitución de Cundinamarca de 1812, título XII, artículo 1º, numeral 3; Constitución de Colombia de 1821, título VIII, Disposiciones generales, artículo 177; Constitución de 1830, título XI, artículo 146; Constitución de la Nueva Granada de 1832, título X, Disposiciones generales, artículo 193; ; Constitución de la Nueva Granada de 1843, título XII, Disposiciones generales, artículo 162; ; Constitución de la Nueva Granada de 1853Capítuylo 1º, inciso 3º, artículo 5º; Constitución de la Confederación Granadina de 1858, capítulo V, Delos derechos individuales, inciso 3º, del artículo 56; Constitución de los Estados Unidos de Colombia, sección II, Garantía de los derechos individuales, artículo 15, inciso 15. Constitución de 1886, título III, artículos 32.33 y 34; y Constitución de 1991, título II, capítulo 2, artículos 34, 58 y 59

59 MOSQUERA, Tomás Cirpiano; citado por MENDOZA PÉREZ, Diego, en Evolución de la propiedad en Colombia, UEC, 1983, página 63..

60 El Concordato de 1885, suscrito entre el Gobierno de Rafael Nuñez y el Estado Vaticano, convino en devolver a las comunidades religiosas los bienes desamortizados que les hubieran pertenecido y que no tuvieran ningún destino.

61 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, sentencia del 6 de marzo de 1927.

62 Código de Bello, redactado por Andrés Bello para la república de Chile en 1840, decepcionado en el estado soberana de Santander el 12 de octubre de 1858, erigido en 18... como código civil de los Estado Unidos de Colombia, es reconocido por la república unitaria que surge de la regeneración como código civil de la nación.

63 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia del 10 de mayo de 1899: **“No debe confundirse la posesión regular de derecho de dominio, conferido por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho abstracto se refiere...”**; Gaceta Judicial, tomo XIV, página 200.

64 Código Civil Colombiano, artículo 789, y artículo 785.

65 Reforma del artículo ... de la Constitución, efectuada por el acto legislativo... de 1936....: “la propiedad.... Función social...”; y la Ley 200 de 1936, artículo 1o y 7º, y sentencias de la CORTE SUP[REMA DE JUSTICIA, del 24 de julio de 1937 y del 9 de marzo de 1939, Gaceta Judicial XLV, página 329 y XLVII, página 789.

66 Ley 100 de 1944 sobre régimen de tierras, artículo 1º.

67 Ley 201 de 1959, artículo 1º.

68 Expresión para denotar que un predio se hallaba afectado al procedimiento de expropiación por el INTITUTO COLOMBIANO PARA LA REFORMA AGRARIA (INCORA)

69 Mensaje del Peblo U"wa a los Colombianos, noviembre de 1998.

70 SMITH, Adam. Lecciones sobre jurisprudencia., editorial Comares, Granada, 1995, página 42.



71 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 58, incisos primero, segundo y tercero : **“Se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.**

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

72 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 37, del 3 de febrero de 1994, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

73 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C- 147, del 19 de marzo de 1997, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

74 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-537, del 23 de septiembre de 1992, Magistrado ponente Simón Rodríguez la sentencia C-295 del 29 de julio de 1993, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

75 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-015, del 28 de mayo de 1992, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

76 *Ibidem*.

77 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-494, del 12 de agosto de 1992, Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

78 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 58, incisos cuarto y quinto: **“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto al precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una u otra cámara.”**

79 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T –547, del 2 de octubre de 1992, Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

80 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de sala plena C-370, del 25 de agosto de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz y sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, con ponencia del Magistrado...

81 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, artículo 59.

82 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 434 del 11 de octubre de 1993, con ponencia de los Magistrados Jorge Arango Mejía y Vladimiro Naranjo Mesa; las tesis fueron reafirmadas en la sentencia T-303 del 20 de junio de 1997, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández.

83 ~~83~~-CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-374 del.. de 1997, del ... de 1993, Magistrado ponente ...y T-212 del ..... de 2005, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

84 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 63 , 75 y 332.

85 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 183, del 4 de marzo de 2003, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

86 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 75: **“ El espectro electromagnético es un bien inembargables e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el estado intervendrá por mandato de la ley para evitar prácticas monopolistas en el uso del espectro electromagnético.”**

87 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-081, del 26 de febrero de 1993, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

88 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-189, del 19 de febrero de 1994, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

89 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 60: **“El estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.”**

90 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 60, inciso 2º: **“Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”**

91 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-37 del 3 de febrero de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

92 Constitución Política de Colombia, artículo 61 y 154, numeral 24.

93 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 334 del 12 de agosto de 1993, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

94 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 040 del 3 de febrero de 1994, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

95 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1490 de 2000, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz; y Sentencia C- 1118 de 1 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández.

96 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1118 de 1 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández