



Justicia o eficiencia en la asignación de los derechos de propiedad y las relaciones de intercambio: implicaciones negociales

David Augusto Echeverry Botero
Editor académico



Justicia o eficiencia en
la asignación de los
derechos de propiedad
y las relaciones
de intercambio:
implicaciones negociales

Justicia o eficiencia en la asignación de los derechos de propiedad y las relaciones de intercambio: implicaciones negociales

David Augusto Echeverry Botero

EDITOR ACADÉMICO



Echeverry Botero, David Augusto

Justicia o eficiencia en la asignación de los derechos de propiedad y las relaciones de intercambio: implicaciones negocial/ David Augusto Echeverry Botero [y otros once autores]; editor académico, David Augusto Echeverry Botero, Bogotá: Ediciones USTA, 2020.

182 páginas;

Incluye referencias bibliográficas e índice de autores y temático

ISBN: 978-958-782-327-1

E-ISBN: 978-958-782-328-8

1. Derecho comercial internacional 2. Agricultura -- Aspectos socioeconómicos 3. Desarrollo rural -- Colombia 4. Derecho comercial -- Colombia 5. Promesa (Derecho) -- Colombia 6. Propiedad privada. -- Legislación. -- Colombia 7. Propiedad industrial -- Colombia 8. Cooperación internacional. -- Derecho 9. Mandato (Contrato) Aspectos jurídicos -- Colombia 10. Derecho ambiental -- Aspectos constitucionales -- Colombia I. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 343.07

CO-BoUST



© David Augusto Echeverry Botero, editor académico, 2020

© David Augusto Echeverry Botero, Diego Fernando Rengifo Lozano, Fernando Motta Cárdenas, José Manuel Gual Acosta, Juan Carlos Villalba Cuellar, María Elena Grueso Rodríguez, Martha Cecilia Cañón Solano, Mauricio Antonio Torres Guarnizo, Mónica Lucía Fernández Muñoz, Paula Comellas Angulo, Ricardo Durán Vinazco y Ruth Carolina Blanco Alvarado, autores, 2020

© Universidad Santo Tomás, 2020

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Corrección de estilo: Elisa Amézquita Ospina

Diagramación: Myriam Enciso Fonseca

Diseño y montaje de cubierta: Juliana Pardo Torres

Impresión:

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-327-1

E-ISBN: 978-958-782-328-8

Primera edición, 2020

Esta obra tiene una versión de acceso abierto disponible en el Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás: <https://repository.usta.edu.co/>

Universidad Santo Tomás

Vigilada Mineducación

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 3645 del 6 de agosto de 1965, Minjusticia
Acreditación Institucional de Alta Calidad Multicampus: Resolución 01456 del 29 de enero de 2016, 6 años, Mineducación

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

Impreso en Colombia • *Printed in Colombia*

Contenido

PRESENTACIÓN	11
ECONOMÍA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD EN COLOMBIA, UNA RACIONALIDAD PRECARIA Diego Fernando Rengifo Lozano	17
Introducción	17
El nivel de holgura	18
Aspectos conceptuales del orden económico	20
Plataforma conceptual	22
Una racionalidad crítica	27
Concepto económico	29
La función social de la propiedad	31
Conclusiones	35
Referencias	36
IMPACTO DEL DERECHO AMBIENTAL EN EL DESARROLLO DEL DERECHO COMERCIAL CONTEMPORÁNEO O VIGENTE María Elena Grueso Rodríguez y Fernando Motta Cárdenas	39
Introducción	39
Problemática en la que se inscriben las tensiones entre el derecho ambiental y el derecho comercial	40
Concepciones más relevantes del derecho ambiental y el derecho comercial	43

Tensiones presentes entre el derecho comercial y el derecho ambiental	47
Desarrollo jurisprudencial de la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental	49
Conclusiones	57
Referencias	58
 PROSPECTIVA DE LA JUSTICIA AGRARIA EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y ECONÓMICA	 61
Mauricio Antonio Torres Guarnizo y Paula Comellas Angulo	
Introducción	61
Consideraciones preliminares	63
Derecho a la tierra en Colombia	67
Problemática social y jurisdicción agraria	73
¿Jurisdicción especial o especialidad agraria?	82
Conclusiones	87
Referencias	89
 CÓMO ADQUIRIR UN BALDÍO POR PRESCRIPCIÓN EN COLOMBIA. UNA PROBLEMÁTICA DE PARTE DE LA INSTITUCIONALIDAD COLOMBIANA	 95
Ricardo Durán Vinazco	
Introducción	95
Prescripción y ocupación	96
¿Cómo adquirir un baldío por prescripción en Colombia?	105
Conclusiones	110
Referencias	111
 PROMESAS DE COMPRAVENTA COMO MEDIO DE REUBICACIÓN DE VENEDORES INFORMALES: PROCEDENCIA DE LA VENTA DIRECTA DE BIENES FISCALES DEL ESTADO	 115
Martha Cecilia Cañón Solano, David Augusto Echeverry Botero y Ruth Carolina Blanco Alvarado	
Introducción	115

Competencia de las entidades distritales para realizar la venta directa (mediante promesa y escritura pública) de bienes fiscales	117
El principio de confianza legítima en la ocupación de bienes fiscales	126
Conclusiones	129
Referencias	130
 NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD: <i>BLOCKCHAIN</i> , CRIPTOMONEDAS Y <i>SMART CONTRACTS</i>	135
José Manuel Gual Acosta, Mónica Lucía Fernández Muñoz y Juan Carlos Villalba Cuellar	
Introducción	135
La <i>blockchain</i> , características, consenso e inquietudes	137
Aplicación de la tecnología <i>blockchain</i> en la actividad gubernamental y en la adquisición de la propiedad	144
Las criptomonedas bajo la técnica <i>blockchain</i> , su influencia en la propiedad y el comercio	149
La <i>blockchain</i> en el desarrollo de nuevos <i>smart contracts</i> como mecanismo para impulsar la adquisición de la propiedad	158
Conclusiones	164
Referencias	165
 CONCLUSIONES GENERALES	173
 SOBRE LOS AUTORES	177
 ÍNDICE TEMÁTICO	181

Presentación

Los derechos de propiedad y su correcta asignación son fundamentales para todo tipo de sociedad circunscrita en los modelos económicos articulados a la democracia occidental. Esto en la medida en que sin propiedad privada y demás atributos de la libertad individual no es posible la existencia de mercados, ni la consecuente asignación de recursos —ya escasos— en la sociedad, problema que fundamenta la economía clásica o liberal. Pero, además de la racionalidad económica presente en las transacciones y convenciones sociales, su garantía dentro de todo Estado de Derecho, a partir de la normatividad y la posibilidad de ejecutar medios de coerción efectivos para su defensa, son elementos básicos para la generación de riqueza y desarrollo, tanto en los respectivos países como en el concierto de naciones.

Sin embargo, no ha sido sencillo que, desde las múltiples racionalidades en que se suele desagregar la realidad social, se analice un mismo sistema de asignación que pueda reputarse *eficiente, justo o sostenible*, ya que existen disparidades en los métodos que emplean las distintas ciencias (derecho y economía, por ejemplo) para determinar un nivel de justicia o conveniencia de las asignaciones y, en consecuencia, la idoneidad de los derechos de propiedad: una asignación eficiente no siempre debe entenderse como justa; y, aún si lo fuera, la eficiencia en el intercambio de bienes y servicios no sería un factor definitivo si no se tienen en cuenta los requerimientos de sostenibilidad y equilibrio medioambiental que suelen acusar menoscabos en el bienestar de la colectividad y sus futuras generaciones.

En términos de eficiencia, se parte de una premisa básica: la asignación de los derechos se debe decidir por aquellos que más los valoran. En este contexto, los contratos, como negocios jurídicos, se erigen como una forma de redistribución de valores que reclama la existencia de un ordenamiento jurídico que les dote de certeza y promueva la garantía en el cumplimiento de dichos acuerdos.

Sin embargo, el intercambio comercial, en razón a las fallas del mercado y la incursión de nuevas tecnologías, no siempre produce una asignación correcta y cierta a la totalidad de los sectores sociales convocados a sus circuitos. Esto provoca algunos desajustes evidentes en lo que respecta a los niveles de exclusión y marginalidad, lo que suele traducirse en verdaderos obstáculos para el desarrollo y la convivencia pacífica de las sociedades. Bajo esta problemática, los Estados deben velar por la implementación de estrategias de redistribución de la riqueza y, en el mismo sentido, por fortalecer y honrar la generación de riqueza, antes que la captura de rentas. Esto con el fin de hacer productivos los bienes que no se estén explotando debidamente y generar políticas de acceso a los circuitos económicos para una elevada proporción de población carente de recursos, evitando así la mayor concentración del capital. Estos son aspectos básicos, más no suficientes, del desarrollo, en la medida en que se deben hallar en armonía con los requerimientos de seguridad jurídica a las transacciones económicas y la regulación de las externalidades negativas capaces de impactar intereses vitales y superiores de las sociedades, como lo puede ser el medio ambiente.

Lo anterior justifica la existencia de instituciones jurídicas —como la función social de la propiedad—, limitaciones razonables a los derechos de intercambio comercial y a la libertad económica sobre intereses esenciales. De igual modo, figuras como la prescripción adquisitiva, desde el punto de vista económico, permiten que se exploten bienes improductivos que le pertenezcan al Estado, como los bienes baldíos y los bienes fiscales. Así las cosas, la tierra y el trabajo se constituyen como recursos físicos del Estado; y su combinación resulta necesaria para el proceso productivo y la generación de riqueza, que permita una redistribución subsiguiente del ingreso a través de los principios de solidaridad que inspiran a los Estados modernos.

Lo anterior mediante la regulación de la tierra en función o relación con el factor humano.

Estos postulados han llevado a realizar reformas constitucionales en Colombia, como la que se presentó en 1936, con miras a materializar la función social de la propiedad. Lo anterior mediante la reestructuración, desde el sistema jurídico, de la asignación razonable de los derechos de propiedad sobre la tierra en consonancia con los intereses de la nación, y cuyo influjo en los ordenamientos urbanos resulta evidente. De ahí, también, que los programas de reubicación distritales persigan factores de inclusión que se articulen con las necesidades de la colectividad sin menoscabo de los derechos económicos y sociales que les asisten.

A pesar de lo anterior, la redistribución de la tierra en Colombia no se ha concretado en la generación de riqueza, y la estructuración indebida de algunos planes de reubicación no lograron asignar derechos de propiedad de manera eficiente ni segura. Esto ha generado conflictos sociales, en muchas ocasiones, acompañados por desajustes ambientales.

Finalmente, es necesario tener en cuenta las nuevas formas de intercambio y asignación de los derechos de propiedad, que no solo tienen relación con la tierra, sino con la totalidad de los bienes disponibles en el mercado. Las nuevas tecnologías como la *blockchain*, la aparición de las llamadas *criptomonedas* y la generación de figuras como los *smart contracts* dentro de los ordenamientos jurídicos han generado nuevas dinámicas y problemas en lo que atañe a la transferencia del dominio y la certeza de estos derechos. Esto implica la necesidad de soluciones innovadoras en términos de justicia y eficiencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo tiene como *objetivo principal* realizar un análisis de los enfrentamientos que pueden surgir entre la justicia y la eficiencia en relación con la asignación de recursos y su impacto en el medio ambiente, con sede en la deficiente asignación de derechos de propiedad. También se busca revisar nuevas modalidades de transacción con origen en adelantos tecnológicos que, por su novedad, puedan generar incertidumbre en los procesos y, con ello, la indebida correlación de dichos derechos. Para lograr el *objetivo principal*, el presente trabajo desarrollará las

siguientes temáticas, que se basaron en los *objetivos específicos* planteados por los autores:

1. Se parte de un análisis de la racionalidad económica y la función social de la propiedad en Colombia, las cuales adolecen de un precario desarrollo en virtud del escaso interés que despiertan en la cultura económica colombiana. De esta forma, los derechos de propiedad sobre la tierra no están siendo efectivamente asignados en aras de la maximización de la riqueza, sino en atavismos propios de la acidia y la captura de rentas.
2. No quedaría consumado el análisis propuesto si se dejan de lado las tensiones que existen en los procesos de intercambio comercial y su afectación al medio ambiente. Si bien el artículo 333 de la Constitución Política garantiza el libre mercado y la iniciativa privada, no resulta procedente desconocer que la explotación extrema de recursos económicos implica un problema de sostenibilidad, que va en contravía de la función social y ecológica de la propiedad.
3. Junto con el análisis de la función social de la propiedad, se examina la importancia de las políticas, la claridad de las normas y la instauración de una jurisdicción que asegure una justicia agraria coherente para Colombia, que a la postre permita una asignación de los derechos de propiedad correcta y razonable. Esta formulación se sitúa al interior de un marco teórico capaz de articular los factores necesarios para un nivel adecuado de concreción y eficacia de la función social de la propiedad.
4. Seguidamente, el texto analiza dos casos concretos para los que el marco teórico es aplicable. El primero, las formas de adquisición de los bienes baldíos en Colombia y la manera cómo la normatividad trata su posible conformidad legal, en la medida que lo permiten una indefinición normativa y la incertidumbre en las formas de asignación. Dentro de la jurisprudencia se ha analizado su forma especial de adquisición como manifestación de la función social de la propiedad, donde la prescripción

adquisitiva es procedente en algunos casos, así no sea el método legal para ello.

5. El segundo caso, está relacionado con los bienes fiscales dentro de los procesos de reubicación, como otra forma de asignación de derechos de propiedad en garantía de derechos colectivos (el disfrute del espacio público), con la finalidad de ayudar a una población en condiciones de vulnerabilidad. Sin embargo, el instrumento utilizado no respondió a los fines estatales y se generó una problemática mayor a la que se quería solucionar por la indefinición de esos derechos.
6. Finalmente, resulta indispensable realizar una descripción y análisis sobre la influencia de las nuevas tecnologías en las relaciones de intercambio y su implicación en la asignación de los derechos de propiedad. Lo anterior desde una perspectiva de eficiencia, teniendo en cuenta las necesidades de nuevas modalidades en la era de la información, a la par de la exigencia de nuevos condicionantes jurídicos.

La hipótesis consiste en que la problemática planteada —la indefinición e incertidumbre en la asignación de derechos de propiedad y su impacto ambiental— no ha sido solucionada en la actualidad, y si bien existen avances normativos y jurisprudenciales con miras a solucionar el problema económico, la realidad económica y social en Colombia dista mucho de haber logrado una generación sostenible de riqueza o un contexto de intercambio favorable.

De igual modo, los nuevos métodos de intercambio generan necesidades regulatorias internacionales para garantizar la seguridad de los medios utilizados y mitigar los efectos nocivos que generan, como las consecuencias climáticas de la utilización de energía.

El presente trabajo utilizó, en primera medida, *metodologías* aplicadas del análisis económico del derecho, en lo que se refiere a la función social de la propiedad frente a la eficiencia y redistribución del ingreso. Esto, a partir de la correcta asignación de los derechos y aplicando instituciones económicas a instituciones jurídicas, “[...] pues esta busca que, a partir de categorías de tipo económico sean estas de

economía positivista o no, se desarrollen un conjunto de teorías respecto del derecho como institución” (Márquez, 2004, p. 35).

De igual modo, bajo un esquema deductivo, se aplicó una *metodología cualitativa*, que utilizó el análisis documental y la hermenéutica jurídica para analizar fuentes del derecho, entre ellas las normas, la jurisprudencia y las posiciones doctrinales, con la finalidad de realizar reflexiones transversales en relación con los objetivos trazados (Blasco y Pérez, 2007).

DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO
Editor académico

Referencias

- Blasco, J. E. y Pérez, J. A. (2007). *Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte: ampliando horizontes*. Editorial Club Universitario.
- Márquez, P. (2004). Introducción a la relación entre el derecho y la economía. En *Centro de Estudios en Derecho y Economía* (pp. 7-57). Javegraf.

Economía y función social de la propiedad en Colombia, una racionalidad precaria¹

DIEGO FERNANDO RENGIFO LOZANO

Introducción

El presente capítulo busca señalar las deficiencias estrictamente conceptuales que, en términos de la racionalidad económica, son verificables en la cuestión agraria en Colombia, y particularmente en una de sus más polémicas instituciones: la función social de la propiedad. El señalamiento sobre la precariedad de dicha racionalidad se deriva de la necesidad de acompañarse de una institución jurídica capaz de garantizar los requerimientos del sistema en el sentido ya no de garantizar la propiedad y el cumplimiento de los contratos (seguridad jurídica), sino de asegurar el desempeño coherente de los titulares de la propiedad en términos de su comportamiento económico.

En efecto, dado el dinamismo de los procesos productivos y en tanto se trata justamente de una institución jurídica articulada con las necesidades económicas y su desarrollo, la propiedad, como todas

1 Proyecto Capaz - Tierras (Instituto Colombo-Alemán para la Paz y Universidad Santo Tomás). Análisis del ordenamiento jurídico en materia de tierras en escenarios de posconflicto.

las instituciones jurídicas, evolucionan de manera correlativa frente a las necesidades económicas mismas. Esta formulación involucra un problema en términos de la soberanía de los agentes y los espacios de racionalidad en los que, de manera habitual, se les ubica, y es el requerimiento de instituciones jurídicas sin las cuales la economía de mercado se vería seriamente obstaculizada.

Para tales efectos, se procede al análisis conceptual de la racionalidad de los agentes económicos en escenarios de la dimensión agraria en Colombia y la incidencia de la función social de la propiedad sobre su compleja realidad, sobre todo en lo que respecta a la legitimidad de las decisiones económicas sobre la baja productividad y la ociosidad de los recursos. Desde una perspectiva económica, el presente artículo procura señalar las inconsistencias conceptuales que se ciernen sobre la racionalización de los derechos de propiedad agraria en Colombia, específicamente en lo que atañe a su función social.

El nivel de holgura

El problema agrario en Colombia sugiere la existencia de aspectos estructurales que hunden sus raíces en tiempos anteriores a la República. De manera particular, la baja productividad y los recursos ociosos son problemas que las sociedades capitalistas no deberían contar entre los obstáculos fundamentales de su desarrollo. Ya en el siglo XVIII los pronunciamientos sobre el fenómeno de la falta de interés en la producción agraria evidenciaban de manera clara una relación perniciosa entre los requerimientos del mercado y las obligaciones económicas que recaían sobre la titularidad de los derechos de propiedad; “grandes propiedades que por mercedes antiguas o por otros títulos se concedieron a dueños de inmensas tierras que no labran ni para ello tienen recursos, ni permiten a otros que las labren” (Guior, 1996, p. 61). La propiedad, como derecho absoluto, admite este tipo de nexos entre la titularidad de los bienes y la destinación que sus legítimos dueños dispongan en términos de su explotación. Esto constituye un problema económico fundamental, en la medida en que señala una fuerte deficiencia en los derechos de propiedad, que tiene su origen en la decisión y el libre albedrío de su detentador. Otro tanto se puede apreciar un

siglo después, con la *amortización* de los bienes de la Iglesia, que se definían como aquellos que, por su naturaleza de propiedad eclesiástica, quedaban excluidos de las relaciones de mercado (Fals Borda, 1982) y, por lo tanto, no resultaba posible su transacción ni su integración a labores de manera adecuada.

[...] una gran cantidad de bienes raíces, tanto urbanos como rurales, estaban por fuera del mercado, pues o eran propiedad de la Iglesia Católica o sobre ellos pesaban créditos hipotecarios, o censos, que muchas veces resultaban impagables. Todos esos bienes, por lo tanto, estaban amortizados, es decir por fuera del mercado, lo cual en muchos casos dificultaba o imposibilitaba su adecuada explotación económica. (Meisel Roca y Salazar, 2011, p. 2)

En respuesta, las reformas del Olimpo Radical promovieron la desamortización de bienes de manos muertas entre 1861 y 1881, cuyas disposiciones proporcionaron mecanismos de expropiación, que tenían por objeto la incorporación de una gran cantidad de recursos económicos ociosos a los nuevos escenarios productivos, particularmente tierra y, por ende, el trabajo requerido para su explotación. La concepción de la propiedad como derecho absoluto sobre la gran propiedad eclesiástica resultaba contradictoria con el desarrollo de las bases del sistema económico, en la medida en que involucraba categorías dogmáticas incompatibles con las necesidades reales de la nación en los términos requeridos por la producción, el trabajo y la tributación: “[...] los bienes vinculados a las manos muertas, según la legislación canónica, quedaban espiritualizados y, por lo tanto, no se podían comprar ni vender; además estaban exentos de impuestos” (Jaramillo y Meisel Roca, 2008, p. 4). Un margen de holgura demasiado elevado para el desarrollo económico y social de una nación se agrava por los obstáculos de su propia consolidación como república, máxime si se tiene en cuenta el escenario de tensiones políticas que se surtieron con base en los ordenamientos territoriales de aquel entonces (Sánchez, 2016, p. 97).

Estos episodios históricos dan buena fe de los requerimientos del sistema económico sobre la necesidad básica y funcional de los recursos, dado que su ociosidad entorpece procesos que no tienen asidero, ya sea en la teoría o en la práctica. Lo sorprendente de este dilema es

que, dada una estructura de propiedad sobre los bienes, exista la necesidad económica de invocar el concurso de estructuras sistémicamente ajenas —como el derecho— para garantizar el adecuado desempeño económico. Esto quiere decir que en el interior del escenario económico deben existir formulaciones que incluyan también los mecanismos establecidos para garantizar su viabilidad, puesto que la economía es un sistema que, sin la debida racionalización —sobre todo por parte del Estado—, puede fácilmente atentar contra sí mismo. Construcciones como el derecho de asociación sindical, las ligas de usuarios y consumidores, el establecimiento de límites al salario mínimo y a la usura, o las leyes antimonopolio, dan cuenta de la necesidad del sistema de conjurar sus propios peligros, entendiendo por propios aquellos producidos bajo su lógica particular o bien los que corresponden a su racionalidad, y que solo han podido ser conjurados, en alguna medida, por un sistema diferente, el derecho. La inmensa mayoría de leyes al respecto han sido establecidas no solo en aras de mayores elementos de orden y justicia, sino también para evitar su colapso.

Aspectos conceptuales del orden económico

La transacción de derechos, ejecutada al interior del sistema económico, parte de una premisa fundamental: en términos de eficiencia, los recursos deben estar asignados a la esfera que más los valore. En ningún momento este concepto se debe confundir con que los derechos deben asignarse a quien más dinero tenga para hacerse a ellos. A manera de ilustración, el juez Richard Posner (1979), teórico del análisis económico del derecho, emplea un ejemplo mercantil que aclara este aspecto:

[...] compárense dos situaciones. En una de ellas, le ofrezco cinco dólares por una bolsa de naranjas, usted acepta y el intercambio se consuma. Podemos estar seguros de que la riqueza de la sociedad ha aumentado. Antes de la transacción usted tenía una bolsa de naranjas cuyo valor para usted era inferior a cinco dólares, y yo tenía cinco dólares; después de la transacción usted tiene cinco dólares y yo tengo una bolsa de naranjas cuyo valor para mí es

superior a cinco dólares. Medidos por el valor monetario que atribuímos a los bienes en cuestión, ambos somos más ricos. (p. 228)

La compra y venta, como transacción básica del mercado, obedece al planteamiento descrito: la eficiencia indica que las mercancías terminan en manos de quien más las valora. Esta formulación puede resultar extrema, en la medida en que la transacción de naranjas y otros géneros mercantiles dista en grado sumo de la dimensión que corresponde a los derechos. Sin embargo, el ejemplo está orientado estrictamente a la ilustración del mecanismo mediante el cual se cumple la premisa, no a la entidad de los bienes en cuestión. No obstante, es necesario precisar que en la literatura anglosajona la dimensión de los derechos de propiedad es entendida de manera extensa, por lo cual es común la acepción de mercancías como parte del concepto del derecho de propiedad. De tal suerte, Posner (1979) señala que la asignación de recursos entre compradores y vendedores se encuentra signada por ese mecanismo de reasignación de recursos, con base en presupuestos de eficiencia: los cinco dólares, al igual que las naranjas, quedaron en manos de quienes, en términos relativos, los valoraron más.

Resulta oportuno destacar que este tipo de incursiones mercantiles en los aspectos jurídicos, al igual que las consideraciones que dieron origen a las leyes *antitrust*, también han tenido origen en escenarios donde las premisas económicas han desbordado sus respectivos predios y alcanzado a interesar núcleos fundamentales de la dimensión política y público-jurídica. Es que en varias ocasiones han sido señaladas de pertenecer al arsenal argumental con que el imperialismo económico ha pretendido imponer sus criterios en todos los aspectos de la realidad social.

Parte de esta concepción de los derechos de propiedad se encuentra en las estimaciones y diagnósticos con que algunas agencias internacionales —con sede principal en países cuyos niveles de desarrollo sugieren cierto nivel de autoridad económica al respecto— procesan la realidad de los países y sus requerimientos de desarrollo:

El estatus del que goza Colombia como un país de ingreso mediano en constante crecimiento esconde graves inequidades. En

realidad existen dos Colombias: una Colombia dinámica y sofisticada presente en media docena de centros urbanos tales como Bogotá y Medellín, que coexiste con una Colombia rural pobre, institucionalmente débil y afligida por el conflicto. [...] El desarrollo de Colombia, sin embargo, se ha visto impedido por el conflicto y las profundas desigualdades que lo alimentan, especialmente en las regiones rurales del país. Los niveles de desigualdad, aunque han mejorado, siguen siendo muy altos. El coeficiente Gini, que mide la inequidad en una escala de cero a uno, actualmente es de 0.539, ubicando a Colombia en el puesto 19 en la lista de países más desiguales del mundo (y el séptimo en Latino América). La propiedad de tierras es altamente desigual, dado que el 1.2 % de la población controla el 52% de las tierras. (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional [Usaid], 2014)

Este tipo de consideraciones sugieren la presencia de grandes barreras en el desarrollo social y económico en Colombia. Para la generación de riqueza, estos obstáculos no radican, como podría suceder en otros países, en aspectos geográficos o climáticos, sino en condiciones que por afectar de manera directa los arreglos institucionales convocan al sistema jurídico para su superación. Pero tal y como suele suceder en aquellos aspectos que el sistema económico no está en capacidad de satisfacer a partir de sus propios mecanismos, se hace necesaria la intervención estatal como alternativa funcional y el sistema jurídico como estructura a través de la cual sus determinaciones puedan resultar legítimas (Duguit, 1975, p. 235).

Plataforma conceptual

El orden espontáneo que supone la economía, en sus versiones más ortodoxas, consiste en la posibilidad de conformación de un sistema sobre el cual el Estado tenga la menor incidencia posible —se reitera— en términos conceptuales. En otras palabras, el Estado es necesario para la economía, exclusivamente en la medida en que se requiere mantener el orden y, especialmente, la garantía en el cumplimiento de los contratos. Esta precaución, extrema, por cierto, de

la intervención pública tiene origen en la confianza de que la formulación del mercado contiene también aspectos que garantizan un amplio margen de ordenamiento y autorregulación. Al respecto, Vargas (2018) señala que:

La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación —en sentido amplio libertad negocial— tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Basta señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato. (p. 104)

Este síndrome de autorregulación atraviesa el necesario reconocimiento a la racionalidad individual que provee a los agentes de un margen de acierto considerable en sus decisiones. La base de ese sistema se halla, a su vez, en los presupuestos de las libres fuerzas del mercado y se fundamenta en la entelequia de la *mano invisible*. A manera de ilustración sobre este concepto veamos el siguiente ejemplo.

Supóngase la existencia de dos tipos de cultivo (trigo y arroz) que reportan la misma tasa de ganancia, digamos 10 %. A los productores les resultará indiferente por cuál de los dos decidirse, dado que cualquiera de ellos reportará igual magnitud de beneficios. Pero en circunstancias donde el trigo aumente su tasa de ganancia, al 15 %, se producirán dos fenómenos alternos. De un lado, la búsqueda de un mejor rendimiento llevará a los productores a situar sus medios y sus esfuerzos (recursos) en el cultivo de trigo, produciéndose el traslado desde otros cultivos, como el arroz, hacia la esfera en que el valor de esos recursos sea mayor (reasignación). El hecho de que muchos agricultores se dediquen a la producción de trigo resultará en un aumento de su oferta, de tal suerte, o a tales niveles, que propiciarán algún nivel de abundancia. Por otro lado, el abandono de cultivos menos rentables determinará, de igual modo, algún nivel de escasez, que para nuestro ejemplo recaería sobre el arroz.

La lógica del mercado enfrentará no tanto a productores contra consumidores, sino a los productores entre sí, y otro tanto hará con los consumidores. Este enfrentamiento es la competencia por vender trigo (porque es abundante) y simultáneamente por comprar más arroz (que es escaso). El mecanismo más eficaz para *vender lo mío antes que lo tuyo* es, en el caso del trigo, disminuir su precio; y en los mismos términos, el mecanismo para *comprar lo que necesito antes de que lo compres tú* es, en el caso del arroz, elevar el precio. Este constituye un mecanismo impersonal de subasta en el que la individualidad, con todos los excesos o *pecados* que pueda suponer (envidia, egoísmo, avaricia, etc.), genera sin proponérselo un orden virtuoso y eficiente para la sociedad, en la medida en que es ella misma la que *ordena* cuántas toneladas de trigo y arroz deben ser producidas. En las economías centralizadas, por el contrario, esta decisión corre por cuenta del Estado que, en últimas, dispone cuántas toneladas de trigo y arroz debe consumir la sociedad, que es consecuencia directa del monopolio de la información. Esto sugiere una diferencia cualitativa de grandes proporciones con respecto a los mecanismos descentralizados (información) que caracterizan a las economías de mercado.

El criterio de eficiencia del sistema radica en que, si el precio de las mercancías se eleva o disminuye, las fuerzas del mercado lo regresan a su nivel adecuado o *natural* sin proponérselo. Cada uno buscando su propia utilidad no producirá otra cosa que un beneficio social; esto es, que la sociedad produzca trigo, arroz o cualquier otro género, en los niveles adecuados. Dichos niveles aluden a una asignación óptima de los recursos, que, por definición, se estima eficiente. La espontaneidad de este orden, la *mano invisible*, implica que frente a un aumento del precio por encima de su nivel natural o a una caída por debajo de él, las libres fuerzas del mercado lo regresarán a su nivel adecuado. Esto fue denominado por Adam Smith (1997a) como el *precio natural*.

El precio natural viene a ser, por esto, el precio central, alrededor del cual gravitan los precios de todas las mercancías. Contingencias diversas pueden a veces mantenerlos suspendidos, durante cierto tiempo, por encima o por debajo de aquel; pero cualesquiera que

sean los obstáculos que les impiden alcanzar su centro de reposo y permanencia, continuamente gravitan hacia él. (p. 56)

Es de anotar que para *solucionar* el problema de precios y, por ende, de los niveles de producción del trigo y del arroz, no fue necesaria la participación de federaciones de productores ni de consumidores, ni mucho menos de una agencia estatal diseñada para tales efectos (Rengifo, 2011, p. 7). Una agencia pública que determinara los niveles de precios, o la cantidad de producción de estos bienes no haría más que entorpecer el sistema. El orden natural y espontáneo simplemente emerge —sucede— a partir de la libertad de los individuos (productores y consumidores), quienes, persiguiendo únicamente su propio beneficio, posibilitan un orden general —se insiste— sin proponérselo:

Las ruedas del reloj están todas ellas admirablemente ajustadas al fin para el que han sido hechas: indicar la hora. Todos sus múltiples movimientos conspiran escrupulosamente para producir ese efecto. No podrían hacerlo si estuvieran dotados de un deseo o intención de conseguirlo. (Smith, 1997b, p. 187)

En este estado de cosas, la descentralización reviste un concepto bastante obvio para la economía de mercado. No obstante, resulta pertinente la aclaración sobre modelos de intervención más reales con respecto a la intervención del Estado en estos ámbitos, tal y como puede apreciarse en la Constitución Política. Para tales efectos, hoy resulta clara la relación complementaria de los artículos 333 y 334 en lo que respecta a su capacidad de formular la dimensión del modelo capitalista en términos de sus requerimientos, así de libertad económica como de su sujeción a los fines del Estado Social de Derecho ubicados en los ámbitos de la racionalización:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá

las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Const., 1991, Art. 6)

De manera particular, destaca la libertad económica dentro de los límites del bien común y la libre competencia como derecho colectivo que supone responsabilidades. Para esto, el Estado funge de garante de dichos presupuestos, los que pueden llegar a promover su intervención, cuando así lo exija el interés social. Estos aspectos determinan la capacidad de promover, a partir de sus propios mecanismos, los alcances últimos del modelo económico en su manifestación de sistema liberal.

Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. (Const., 1991, Art. 6)

A este tenor, la intervención del Estado y la prevalencia del interés general sobre el particular, más que conceptos, son problemas que subyacen en los debates formulados en relación con la función de orden económico y social que le asiste a la propiedad. Este complemento conceptual resulta necesario porque el orden económico se encuentra igualmente construido sobre la articulación de las racionalidades individual y colectiva que lo constituyen.

Una racionalidad crítica

A la luz de estos aspectos, bajo esta racionalidad tienen cabida, entre otras, conductas y mecanismos tan lejanos a dichos presupuestos, que su procesamiento requiere de atención especial. Por tomar un ejemplo, la economía se presenta como un fenómeno social destinado a la satisfacción necesidades, pero un mercado dinámico no se detiene en esa instancia de solución, pues entre sus presupuestos existe una función que puede ser aún más importante: la creación (invención) de nuevas necesidades, lo superfluo, que aumenta progresiva e innecesariamente el universo de mercancías, y con él el nivel y calidad de nuevas modalidades de *necesidad*. Lo cierto es que los escenarios económicos, que suelen presentarse como espacios de abundancia aún en sociedades con serios niveles de exclusión y marginalidad, sugieren que buena parte de sus esfuerzos sobre la satisfacción de las necesidades no se ha dirigido exclusivamente a su disminución. Por el momento, se puede considerar una tesis de Galbraith (1973):

Sería erróneo sugerir que las ideas económicas que en una ocasión interpretaron el mundo de la universal pobreza no se hayan adaptado en absoluto al mundo de la abundancia. Se han producido muchas de estas adaptaciones, incluyendo algunas que se han presentado sin ser reconocidas o que no han sido establecidas por completo. Pero también ha habido una considerable resistencia; y no se ha llegado, sobre todo, a considerar resueltamente el radical cambio de las circunstancias básicas. Ello ha hecho que nos encontremos guiados en parte por ideas que responden a otro mundo y que, a causa de ello, realicemos muchas cosas que son

innecesarias, algunas que no son aconsejables y unas pocas que son insensatas. Algunas de ellas constituyen una amenaza contra la misma opulencia. (p. 45)

Un orden expresado en esos términos no deja de presentar ciertos reparos, por lo menos en lo que respecta a su definición. Al ser la necesidad la esencia misma de la pobreza, es indispensable apelar a una formulación que haga consistente la pulsión del sistema económico por asegurar su evolución. A partir de estas consideraciones, se podría decir que el espacio de lo económico alberga incluso usos y conductas difícilmente armonizables con los conceptos de lo razonable; a tal punto que la formulación de un escenario económico debe abarcar espacios tan amplios que incluyan también los mecanismos establecidos para evitar su propio colapso, puesto que, de nuevo, la economía es un sistema capaz de atentar contra sí mismo.

Es necesario recordar que construcciones como el derecho de asociación sindical, las ligas de usuarios y consumidores, el establecimiento de límites al salario mínimo y a la usura, o las leyes antimonopolio, dan cuenta de la necesidad del sistema de conjurar sus propios peligros. Se entienden por propios aquellos producidos bajo su lógica y que solo han podido ser conjurados, en alguna medida, por un sistema diferente, el derecho. La inmensa mayoría de leyes al respecto han sido establecidas no solo en aras de mayores elementos de orden y justicia, sino también para evitar su colapso. Sin embargo, existe una enorme diferencia entre estos aspectos y la naturaleza de la función social de la propiedad, en la medida en que estos atienden las relaciones entre agentes económicos diversos, mientras que esta última —aun involucrando el carácter social de la propiedad— finalmente da cuenta de los límites de la legitimidad de sus decisiones individuales. Es decir, dota a la racionalidad económica de los mecanismos que adecúan las determinaciones de los individuos a los lineamientos del sistema económico, a la manera de una norma que obligará al agente a buscar la maximización de su ingreso.

Concepto económico

De ahí que los aspectos económicos de la función social de la propiedad puedan abordarse desde dos vertientes: la primera en relación con las consecuencias que a nivel de productividad se le pueden atribuir en términos de generación de riqueza, amén de otros sucedáneos, como pueden ser el consumo y la tributación. La segunda, con base en la metodología que la informa; esto es, la racionalización del orden económico que requiere, fundamentalmente, la intervención del concepto económico que tratamos de presentar. Como si se tratara de una dicotomía sobre los derechos de propiedad en términos de su carácter absoluto o relativo, el escenario económico articula de manera inapelable ambas vertientes, en el entendido que la generación de riqueza atraviesa obligadamente la socialización de los recursos económicos.

Una formulación que resulta conducente para explicar el primer aspecto puede apreciarse en el monopolio, dadas sus implicaciones en términos de concentración. En escenarios de competencia, se asume que los precios son fijados por el mercado como resultado exclusivo de la interacción entre oferentes y demandantes, donde ninguno de ellos tiene la capacidad de alterar las definiciones de esa interacción. Pero, en presencia de monopolio —entiéndase de concentración del poder de mercado—, los precios al ser fijados al libre arbitrio del desequilibrio de poder entre unos y otros, puede situarse muy por encima de su nivel. Pero existe una consecuencia más adversa en la posibilidad de disminuir artificiosamente su capacidad productiva, con todo lo que ello puede suponer: una menor captación de recursos como trabajo, insumos, etc., y consecuentemente un menor aporte impositivo. Algo que puede evidenciarse de manera clara en la distribución de tierras en Colombia:

A pesar de que los terratenientes intentaron ejercer un alto grado de explotación sobre la mano de obra, explotación que absorbía aproximadamente la mitad del tiempo efectivo de trabajo, la productividad era muy baja en el lote de pan coger y menor aun en las tierras de la hacienda. (Kalmanovitz, 1988, p. 216)

Esta posibilidad ha requerido la intervención de estructuras normativas capaces de neutralizar una conducta que, más allá de los desequilibrios sociales a que puede dar lugar, económicamente resulta nociva para los propósitos últimos del sistema: la generación de riqueza. Es por eso que las leyes antimonopolio (*Sherman Act* y *Clayton Act*) fueron adelantadas en escenarios de un alto desarrollo económico. En estos términos, el aspecto más peligroso que sugiere el monopolio radica en su capacidad de subutilizar los recursos a discreción. El modelo económico capitalista, o *de mercado* como suele llamársele desde hace unos años, requiere la utilización y explotación óptima de los recursos, porque el relajamiento de esta premisa, a la luz de la racionalidad económica, implicaría de una u otra forma la captura de rentas (*rent seeking*) antes que la maximización de la riqueza. De esta forma, la teoría económica, si bien toma la concentración de recursos como escenario proclive al desequilibrio en las transacciones, encuentra una amenaza mayor en la baja productividad y los contenidos subóptimos que le son característicos.

El segundo aspecto, la racionalización del orden económico, atraviesa por la necesidad de integrar el orden jurídico y los elementos del régimen de propiedad a los presupuestos del sistema, dados los requerimientos de relativización que, para su desarrollo, se reputan indispensables. Aquí se destaca uno de estos requerimientos: la divisa de la función social de la propiedad, que desde la Reforma Constitucional de 1936 despertó las más acaloradas reacciones y la interpretación amañada de sus criterios, sin mayores reparos a los contenidos esencialmente capitalistas de su promoción y desarrollo.

La variante en la definición de la propiedad, para justificar la intervención estatal en la economía, fue el hecho que más oposición levantó entre los pocos propietarios del país. Ahora la fórmula constitucional rezaba: “Se garantiza la propiedad, pero su ejercicio implica obligaciones”. De manera que continuaremos, más que nunca, en una sociedad capitalista, sólo que el derecho de propiedad privada no puede ir tan lejos como para lastimar la capacidad de trabajo de la población ni puede tampoco estar circunscrito a un reducido número de terratenientes. Y en ciertas

circunstancias prevalecía el interés del grueso de la población, cuando éste se viera afectado negativamente por el derecho de propiedad. (Kalmanovitz, 1997, p. 347)

El problema de la propiedad rural frente a los elementos económicos de la *Revolución en Marcha* radicó en la necesidad inaplazable de liberar el desarrollo del capitalismo de aquellos atavismos que de tiempo atrás venían ralentizándolo.

La función social de la propiedad

Luego de una era en que el *Laissez-Faire* impuso sus mecanismos de mínima intervención (Giraldo Saavedra, 2012, p. 222) en los escenarios económicos de la década de los treinta, marcada por la Gran Depresión, se impulsó la intervención estatal bajo el modelo del *New Deal* del presidente Roosevelt y la publicación en 1936 de la *Teoría general del empleo, la ocupación y el dinero*, de John Maynard Keynes. Esto resultó fundamental en tiempos en que la crisis del capitalismo mundial exigía nuevas alternativas a la estructura del discurso económico liberal del siglo XVIII.

La crisis permitió el diseño de instrumentos de política económica especialmente en los aspectos arancelarios, monetarios y de gasto público, que siguieron utilizándose con alguna eficacia en los años siguientes para promover el desarrollo económico dentro del marco de una más amplia intervención del Estado, estimulada sin duda por la Gran Depresión, pero también por las transformaciones políticas que caracterizaron la *República Liberal*, como se denominó a la hegemonía política de este período. Si intentásemos seleccionar los procesos más importantes ocurridos en lo económico durante esos años, habría que señalar, de una parte, la consolidación de la industria como el sector dinámico del conjunto de la economía; de otra, la ampliación del Estado y el diseño y aplicación de instrumentos de política económica de mayor alcance que los disponibles en los años anteriores a la crisis y, finalmente, los empeños —a la postre infructuosos— por acomodar la sociedad

rural a las nuevas realidades de una economía en tránsito hacia la industrialización, empeños que se cristalizaron jurídicamente en la Ley 200 de 1936. (Bejarano, 1989, p. 115)

De ahí que, en aquellos tiempos de crisis, en Colombia sobrevino la recepción de las tesis de León Duguit sobre la función social de la propiedad (López Medina, 2004, p. 121) que, si bien garantizó la propiedad privada, logró articular los escenarios en tensión tomando como referencia la propiedad territorial, lo que para nuestros fines representa el núcleo esencial del análisis². En efecto, el artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 1936 determinó una nueva forma de procesar la institución de la propiedad, al declarar su carácter de función social articulando dicha divisa a la preeminencia del interés general. Esto sin menoscabo de la propiedad privada, pero definiendo la propiedad como institución abiertamente separada de la soberanía individual, como hasta aquel entonces había sido definida.

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

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

2 Frente a los debates de la época que sustentaron el cambio normativo, cabe anotar que:

[...] en este estudio considero exclusivamente lo que los economistas llaman propiedad capitalista, dejando a un lado la propiedad de los objetos de consumo, que presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista. Más por otro lado, haré referencia a todas las propiedades capitalistas, tanto de la propiedad mobiliaria como de la propiedad inmueble. En la una y en la otra, el carácter de la evolución es el mismo. Aparece este, sin embargo, tal vez de una manera más llamativa en la propiedad territorial, y por eso es por lo que tomaré ésta principalmente como ejemplo. (Duguit, 1975, p. 235)

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Acto Legislativo 01 de 1936)

La referencia a una racionalidad precaria tiene que ver con la dificultad de una sociedad para sacar adelante los presupuestos sistémicos que hacen posible su desarrollo y el aumento de los niveles de bienestar: “[...] aún no se han propiciado en Colombia ulteriores desarrollos en el entendimiento de la propiedad” (Castro Ayala, 2004, p. 43). Tal es el caso de las dificultades, que en Colombia se han hecho visibles para la consolidación de un catastro rural adecuado; no por las condiciones del país, sino por los elementos e instituciones jurídicas involucradas de manera directa en el sistema económico. El problema conceptual sugerido puede recrearse con un ejemplo didáctico: supóngase una mujer que posee un collar que vale diez mil dólares y desea venderlo, un hombre con el efectivo suficiente para adquirirlo, y otro que, no obstante, carece de efectivo está dispuesto a hacerse al collar robándolo (este caso fue adaptado de Posner, 1998, p. 224). Pese a que el ladrón se precia de cumplir con los requerimientos de racionalidad, en la medida en que logra sus pretensiones al menor costo posible, no sucede lo mismo con un análisis que implique la generación de la riqueza. La situación del comprador es virtuosa, porque aumenta su bienestar propiciando, aun sin proponérselo, bienestar a otro. Así como la vendedora está en disposición de vender el bien solo por un valor superior al que representa para ella, y el comprador a adquirirlo solo por un valor mayor al que para él representan los diez mil dólares, la compra-venta no es otra cosa que la coincidencia en una cifra que honre las pretensiones de los dos agentes. De manera extensiva, se presume que el mecanismo ha estado presente en todas las adiciones que han sido necesarias para la acumulación de los bienes en poder de uno y otra; es decir, los diez mil dólares y el collar. Así las cosas, las diferencias entre obtener ganancias y generar riqueza

resultan obvias; el ladrón no produce un nivel de bienestar de la manera como lo generan quienes recurren a la compraventa, dada su incapacidad de generar bienestar en los demás.

Guardadas las debidas proporciones con el caso señalado, una institución como la función social de la propiedad puede dar lugar a figuras que, aun reputándose como buen negocio, no están en capacidad de generar riqueza.

Las nuevas realidades del capitalismo requerían productividad en el campo y mayores ingresos para un mayor mercado. Por eso la propiedad debía tener una “función social”, es decir, no debía constituirse en freno para la productividad. En este contexto se explica el artículo sexto, el más “revolucionario” de la ley y que por lo demás nunca se aplicó, y el cual prescribía que el dominio sobre los predios mayores de 300 hectáreas se extinguiría en el caso de que éstos permanecieran incultos durante diez años continuos. Para darles una destinación económica, muchas propiedades fueron dedicadas a la ganadería extensiva con una res por una o varias hectáreas. (Tirado Mejía, 1998, p. 267)

Este tipo de estrategias y su adscripción a la normalidad de la cultura económica agraria no denotan más que una considerable precariedad conceptual. Esto en la medida en que para blindar la integridad de las propiedades se recurre a la acidia antes que al esfuerzo, cuando no a modalidades más censurables en las que la ociosidad de las tierras puede producir estímulos considerables y aun reputarse como una formulación exitosa:

Las concesiones de baldíos han ocupado gran porción del territorio nacional, especialmente en áreas estratégicas, susceptibles de rápido desarrollo económico. [...] Muchas veces sus dueños, absentistas todos, simplemente han esperado varias décadas dejando que las tierras se “engorden”, sea porque por allí se construya un camino, o porque los verdaderos campesinos, como se ha dicho, empiecen a civilizarlas. (Fals Borda, 1982, p. 62)

Conclusiones

Entonces, la función social de la propiedad es un instituto jurídico que resulta esencial para el desarrollo del capitalismo y la economía de mercado. Lo que parece no corresponder es que en escenarios del orden espontáneo que enarbola el capitalismo exista la necesidad de obligar a los titulares del derecho de propiedad a generar riqueza, como si la racionalidad individual no fuera suficiente para excitar sus recursos en dicha línea. Los recursos ociosos no generan valor, aunque sí pueden lograr aumentos en el precio; sin embargo, dichos incrementos se encuentran en la órbita de la captura de rentas antes que en la generación de riqueza.

A este tenor, la cultura económica referida al problema de tierras en Colombia muestra una clara insuficiencia en el manejo de la propiedad, en la medida en que desatiende conceptos elementales del sistema económico de mercado y se generan figuras jurídicas que no aseguran la claridad en la asignación de los derechos de propiedad, como lo es la prescripción, la venta directa de bienes del Estado y las incertidumbres que generan los nuevos mecanismos de intercambio.

Este tipo de insuficiencia conceptual da lugar a ponderar comportamientos especulativos, inseguridades y de captura de rentas como propios del sistema económico, lo cual resulta, a todas luces, impreciso. La esencia del modelo económico se dirige principalmente a la generación de riqueza y esta no puede obtenerse más que a partir de los elementos que ofrece el sistema económico. Pero cuando la ociosidad deliberada de los recursos se convierte en una opción rentable —es decir, cuando se logran mejores relaciones de costo-beneficio con la inactividad que con su adscripción a labores—, la confusión conceptual señalada sobre la propiedad puede dar pie a la tolerancia de verdaderos obstáculos para el desarrollo y a la lucha infatigable por impedir el efectivo cumplimiento de una institución jurídica como la función social de la propiedad, y de cualquier elemento que pretenda racionalizar la economía en el orden agrario.

Finalmente, la maximización de la riqueza a partir de la propiedad genera otro tipo de problemáticas como el agotamiento de los recursos

naturales que, en exceso, ponen en entredicho los derechos colectivos y la misma supervivencia del ser.

Referencias

- Acto Legislativo 1 de 1936. *Reformatorio de la Constitución*. Agosto 22 de 1936. DO: 23263. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>
- Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid). (2018). *Estrategia de Cooperación 2014-2018. Un Camino Hacia La Paz*. https://www.apccolombia.gov.co/sites/default/files/archivos_usuario/publicaciones/estrategia_de_cooperacion_usaid_colombia_2014-2018.pdf
- Bejarano, J. A. (1989). La economía entre 1930 y 1945. En C. Calderón Schrader (ed.), *Nueva Historia de Colombia*. Tomo v. Planeta.
- Castro Ayala, G. (2017). Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea De la posesión y La función social de la propiedad: el gran problema jurídico del siglo XX en Colombia, revisión histórico jurídica. *Revista Via Inveniendi et Iuducandi*, 13(1). <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/4265/4042>
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Heliasta.
- Fals Borda, O. (1982). *Historia de la cuestión agraria en Colombia*. Carlos Valencia Editores.
- Galbraith, J. K. (1973). *La sociedad opulenta*. Ariel.
- Giraldo Saavedra, A. (2012). La función reguladora del Estado y del derecho. *IUSTA*, 37. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/1087>
- Jaramillo, L. y Meisel Roca, A. (2008). Más allá de la retórica de la reacción, análisis económico de la desamortización en Colombia, 1861-1888. *Revista de Economía Institucional*, 11(20), 45-81.
- Jaramillo Uribe, J. (1996). La economía del virreinato (1740-1810). En J. A. Ocampo (comp.), *Historia Económica de Colombia*. Tercer Mundo.
- Kalmanovitz, S. (1988). *Economía y nación. Una breve historia de Colombia*. Tercer Mundo.

- López Medina, D. (2004). *La teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- Meisel Roca, A. y Salazar Mejía, I. (2011). *La desamortización en el Caribe colombiano: Una reforma urbana liberal, 1861-1881*. Banco de la República. Centro de estudios económicos regionales (CEER). <https://www.banrep.gov.co/es/desamortizacion-%20caribe-colombiano-reforma-urbana-liberal>
- Ocampo, J. A. (2004). *Entre las reformas y el conflicto. Economía y política en Colombia*. Norma.
- Posner, R. (1979). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Revista Estudios Públicos*. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183632/rev69_posner.pdf
- Rengifo Lozano, D. (2011). Las instituciones y sus presupuestos de información en el orden social. Un enfoque económico. *Revista Via Inveniendi et Iuducandi*, 6(1). <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2939/2811>
- Roll, D. (2001). *Un siglo de ambigüedad. Para entender cien años de crisis y reformas políticas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez Hernández, H. (2016) La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto. *IUSTA*, 2(45). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.04>
- Smith, A. (1997a). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica.
- Smith, A. (1997b). *La teoría de los sentimientos morales*. Fondo de Cultura Económica.
- Tirado Mejía, A. (1998). *Introducción a la historia económica de Colombia*. El Áncora.
- Vargas Bernal, A. (2018). Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo. *IUSTA*, 49, 91-114. <https://doi.org/10.15332/1900-0448.2018.0049.04>

Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente¹

MARÍA ELENA GRUESO RODRÍGUEZ
FERNANDO MOTTA CÁRDENAS

Introducción

El trabajo que se presenta a continuación busca analizar el impacto del derecho ambiental en la actividad empresarial desplegada en Colombia, cuyo fundamento se encuentra en el derecho comercial. Es decir, pretende determinar cuál es el tipo de protección jurídica del ambiente que se desarrolla en el marco de las prácticas comerciales, soportadas en el derecho comercial. Para cumplir con tal objetivo, se parte de la problemática presente en estas dos instituciones jurídicas. Se destaca que esta es una situación que sobrepasa las fronteras nacionales, pues tiene una fuerte dependencia de las dinámicas del modelo neoliberal imperante en el mundo.

1 El documento denominado *Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente* es el resultado del proyecto de investigación *Impacto del derecho ambiental en el desarrollo del derecho comercial contemporáneo o vigente* del Grupo Derecho Económico de la Corporación Universitaria Republicana.

Una vez identificada la problemática, se procede con el análisis de los conceptos más relevantes del presente estudio, como son el derecho ambiental y el derecho comercial; para avanzar con la identificación de las tensiones entre estos dos institutos. Finalmente, se hace un análisis jurisprudencial que contempla la identificación de los soportes constitucionales y termina con el estudio de dos sentencias de gran relevancia emitidas por la Corte Constitucional. En ese sentido, las conclusiones reflejan que la colisión entre estos dos derechos sigue vigente, ya que no se ha logrado un proceso de armonización que unifique las coincidencias y revise a profundidad las diferencias encontradas.

Problemática en la que se inscriben las tensiones entre el derecho ambiental y el derecho comercial

Para Martínez (2015) es evidente que el modelo económico imperante en la actualidad está generando una profunda tensión entre la libertad de empresa y las exigencias de promoción, protección y garantías de los derechos sociales, que incluyen el derecho a un ambiente sano. La razón de esta situación se encuentra en los argumentos neoliberales² promovidos por las grandes multinacionales, las instituciones financieras del orden internacional —el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), entre otros— y los principales países que son potencias económicas (Estados Unidos, Reino Unido, Japón, Alemania, Canadá, Francia e Italia), pues representan el 64 % de la riqueza en el mundo (Navarrete, 2016).

Bajo este esquema ideológico y económico, se construye una normativa económica y social en los Estados que favorece la libre empresa, la apertura y la desregularización del mercado en su conjunto.

2 Es importante identificar la noción de neoliberalismo, que se considera como el poder político y económico que ejerce un bloque económico dominante en el mundo, generando con ello un “proceso de polarización mundial, desdemocratización, desnacionalización, desestatización de la regulación social, nuevo constitucionalismo corporativo mundial y nuevo imperialismo” (Seoane, 2017).

Esto conlleva a que el medio ambiente se vea seriamente afectado y se ponga en riesgo la supervivencia de miles de especies. De igual modo, ha supuesto una crisis del mismo modelo socioeconómico, pero también una crisis de los llamados *modelos democráticos*, dado su alto nivel de dependencia con los grandes poderes financieros y económicos. Martínez (2015) lo expresa de la siguiente manera:

Decimos que se encuentra en crisis, por la ausencia de intervención, que como hemos visto, lo ha convertido en un espacio que se autorregula por las leyes del mercado. La expansión de la crisis financiera, ha sido el resultado del enorme poder que el capital financiero (entendido como, la banca, las aseguradoras y otras instituciones e instrumentos financieros) tiene sobre los ordenamientos nacionales e internacionales. (p. 395)

Se entiende entonces que el modelo económico global que ha imperado en las últimas décadas descansa en la capacidad que tiene el capital financiero para sobrevivir con base en el poder e influencia que tiene sobre los Estados. Ahora, esta dinámica de la economía mundial es una de las mayores y más graves causas generadoras de la actual crisis ambiental global, caracterizada por dos elementos fundamentales: el deterioro ambiental y la escasez de recursos naturales (Seoane, 2017).

Un ejemplo claro de estas tensiones se observa en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual antecedió a la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el que no se hace ninguna referencia a la protección ambiental. Luego, con la conformación de la OMC, se creó en su interior un Comité sobre Comercio y Medio Ambiente para impulsar la solución de controversias en los acuerdos multilaterales. Pero el problema radica en que, al no existir una regulación que facilite dichos acuerdos, termina por ser la OMC la que tome dichas decisiones (Uribe y Cárdenas, 2010).

La relación entre medio ambiente y comercio internacional ha sido objeto de permanente discusión. De un lado, el derecho ambiental ha visto el comercio como una herramienta agotadora y destructora de los recursos de la naturaleza, con el fin exclusivo de proteger intereses económicos privados por encima de intereses generales

y del bienestar mismo de la humanidad; de otro lado, el derecho comercial ha considerado las disposiciones ambientales como una barrera al libre comercio, un obstáculo al desarrollo y una limitación a las relaciones económicas necesarias de los Estados y las corporaciones internacionales. (Uribe y Cárdenas, 2010, p. 309)

Es en este contexto global en el que descansa la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental, la cual ha generado múltiples tensiones sobre cuál podría ser la prevalencia o mayor interés de los Estados al momento de fijar los parámetros normativos en el tratamiento de las economías nacionales y los respectivos efectos sobre el medio ambiente (Uribe y Cárdenas, 2010; Rovalo, 2016; Yepes, 2016). Las tensiones globales quedan expresadas como se presenta a continuación.

En ese sentido, en España, por ejemplo, la libertad de empresa tiene límites que, si bien no se encuentran expresados, sí son un reflejo del Estado Social de Derecho, en la medida que sus límites se encuentran en la misma Constitución. Para Mesa (2013) los límites estarían en los derechos fundamentales, como la vida o la integridad física, pero también se encuentran dentro de la política social y económica, pues se incluyen los derechos de los consumidores. De esta manera se obliga a la administración a que garantice la eficacia de estos.

Por una parte, se ha venido defendiendo lo público y lo colectivo que caracterizaría una visión amplia de los derechos ambientales, por otra parte, persiste y se impone una visión que solo busca la privatización de todos los espacios del mundo y de la vida, bajo el mandato sagrado del capital y del libre mercado, y que hoy se edifica sobre el “nuevo derecho privado o negociado medioambiental”. (Mesa, 2013, p. 105)

Entrando en el caso colombiano, se observa que las colisiones de derechos (económico y ambiental) están presentes y visiblen en la Constitución Política, particularmente, entre el derecho fundamental a un ambiente sano y la libertad económica. El primero tiene un sólido fundamento constitucional (artículos 8, 58, 63, 79, 80, 95 y 332 de la Carta Política), que se fortalece también con leyes significativamente

importantes (Ley 99 de 1993; artículo 10 de la Ley 388 de 1997; Decreto 2372 de 2010). De otro lado, el derecho a la libertad económica se encuentra establecido en el artículo 333 de la Constitución y tiene un sólido soporte normativo (Decreto 410, 1971).

Las tensiones entre estos derechos se encuentran establecidas en los diversos casos en los cuales median conflictos, principalmente entre las comunidades y la empresa privada. Esto se observa en los casos relevantes identificados por el Observatorio de Conflictos Ambientales (OCA) y que afectan a poblaciones específicas. Así, dentro de los más emblemáticos se encuentra el de Santurbán (departamento de Santander) con la empresa GreyStar (Saavedra, 2015); el Piedemonte llanero (departamento del Meta) con las empresas Ecopetrol, OXI y British Petroleum Corporation; Curvaradó y Jiguamiandó (departamento del Chocó) con las empresas de palma de aceite; Cauca con Smlulrfit Kappa Cartón de Colombia, entre otros (Observatorio de Conflictos Ambientales, 2019).

Concepciones más relevantes del derecho ambiental y el derecho comercial

Para abordar las diversas concepciones que guían el presente estudio, es menester entender la concepción del derecho sobre la cual se soporta. Así, en esta investigación se fundamenta en que es un constructo social y no tanto un elemento epistémico autónomo (Wilches, 2019). En efecto, se plantea que la comprensión del derecho comercial y el ambiental pasa por comprender que en su construcción subyacen decisiones políticas sustentadas en determinados poderes (económicos, sociales y políticos), luego obedece a unos determinados intereses que, en cierta medida, se requieren develar para percibirlo en un sentido más sistemático, y no meramente como elementos jurídicos pasivos.

Sobre esta base, se considera el derecho comercial como una institución jurídica que regula las relaciones jurídicas que determinan los actos de comercio, así como aquellas que emergen de la actividad de los comerciantes en su objeto de comercio: “conjunto de instituciones jurídicas que, históricamente y para cada contexto, han venido surgiendo para regular las relaciones derivadas de los conceptos originarios de comerciante y comercio” (Wilches, 2019, p. 49).

Asimismo, Vitolo (2015) plantea que el derecho comercial se enmarca en los siguientes principios básicos: buena fe, publicidad, presunción de onerosidad, apariencia y confianza legítima. Así, el principio de la buena fe es entendido en sus dos dimensiones: como la convicción de legitimidad respecto a la situación jurídica; y como probidad de la conducta, es decir, como el obrar recto y leal, sin que implique hacer daños a terceros.

El proceder recto y leal, sin engañar a nadie y sin intentar perjudicar, descarta también hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor, de modo tal que pueda surgir de este obrar un daño injusto respecto de la otra parte o de un tercero (Vitolo, 2015, p. 145). Este es un principio que guarda una relación íntima con el derecho ambiental, en la medida que conlleva a que los comerciantes —en el desarrollo de su objeto de negocio— no afecten el derecho de los terceros, sobre todo en el ambiental. De ahí que sea representativo aplicar este principio como uno de los más trascendentales para crear puentes que superen las tensiones con el derecho ambiental.

De igual manera, el principio de publicidad se orienta a que la labor comercial tenga su soporte en la transparencia y conocimiento de la actividad desarrollada, de cara a los terceros. Es decir, este principio propone que los comerciantes no utilicen estrategias de publicidad orientadas a engañar al público, como en efecto puede suceder con determinados productos que presentan una imagen *amigable*, cuando en realidad afectan sensiblemente el derecho a un ambiente sano. Desde esta perspectiva, este principio compagina con el derecho ambiental, en tanto fija unos parámetros y límites éticos a las empresas para que sus conductas sean más transparentes de cara a la ciudadanía.

De otro lado, respecto al principio de onerosidad, se plantea que este corresponde al lucro que espera obtener el empresario de su actividad comercial. En este punto sí puede reñir este interés personal sobre el general.

El obrar de los comerciantes y empresarios no obedecen a una mera conducta desinteresada, sino que, en todo acto cumplido en el ámbito de una actividad comercial, es decir, en la producción, intercambio o tráfico de bienes y servicios en el mercado, se encuentra

ínsito el fin de lucro, el cual resultaba claro [...] los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos. (Vitolo, 2015, p. 156)

Finalmente, el principio de la confianza legítima propone que es el comportamiento de los comerciantes el que debe dar la certeza de que sus conductas y manifestaciones susciten una creencia razonable sobre ellas y que esta no va en detrimento de terceros; es decir, que mantienen una “conducta consistente con los criterios que el sujeto ha expresado con anterioridad frente a su contraparte y los terceros” (Vitolo, 2015, p. 164).

De otro lado, desde el derecho ambiental, es necesario destacar que se entiende como un sistema o institución jurídica que comprende no solo su aspecto jurídico como tal (normas, jurisprudencia, doctrina), sino también las instituciones que lo gobiernan y las diversas corrientes ideológicas sobre la cuales se soporta y justifica: “sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales” (Wilches, 2019, p. 49).

Un aporte fundamental para comprender la profundidad del significado de ambiental es el de Carrizosa (2004), quien, desde el paradigma de la complejidad, subraya que no se debe reducir ni tampoco simplificar, como se suele hacer en el derecho, sino que se debe entender como una forma compleja de ver el problema ambiental desde la realidad; es decir, profunda y ampliamente, como un deber estético y ético, desde sus interrelaciones reales, en su dinamismo a mediano y largo plazo y, por último, con respeto.

En afrontar con la mayor valentía posible una visión no reduccionista y no simplificante, explícita y consciente, en la que se acepta que vivimos en un mundo pleno de variables e interrelaciones, que nuestra visión no es nada diferente a una percepción subjetiva, y que lo que llamamos causa es siempre el efecto de algo más que a su vez está interrelacionado con otras variables. (Carrizosa, 2004, p. 26)

Asimismo, la concepción de ambiente en Colombia abarca más elementos que los establecidos en la Carta Política como elemento o derecho subjetivo de ambiente sano. Algunos autores lo exploran

como un derecho fundamental de alcance colectivo e individual, lo que debería generar efectos positivos para su protección, aunque se pueda encontrar en colisión con otros derechos, también de carácter constitucional.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta en el derecho ambiental son los principios, particularmente los de precaución, prevención y responsabilidad común. Estos vienen a configurar el marco de reglas que se deben seguir para lograr la protección del medio ambiente. En ese sentido, el principio de precaución se consolida como el elemento estructural fundamental del derecho ambiental, pues está orientado a que las autoridades públicas tomen acciones afirmativas orientadas a evitar que se produzcan graves daños a los ecosistemas (Arcila, 2009; Bernal y Noriega, 2010; Wilches, 2018; Wilches, 2019). En esta medida, el principio de precaución es, *per se*, una actividad, un ejercicio, un imperativo de estricto cumplimiento que busca eliminar una amenaza con efectos nocivos hacia la especie humana o demás especies vivientes: “no es necesario que exista certeza científica del daño para implementar las medidas a que haya lugar, estas se justifican aun en aquellos eventos donde haya duda respecto a los perjuicios que puede causar determinada actuación” (Arcila, 2009, p. 288).

Valga señalar que la Corte Constitucional se ha referido de manera reiterada a este principio (Sentencias C-703/10; T-204/14; T-021/19). En estas sentencias se expresa la necesidad de “dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados” (Corte Constitucional, C-703 de 2010). La relevancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional será tratada a profundidad en un apartado siguiente, pues requiere de una mayor comprensión y análisis.

Respecto al principio de prevención, Gorosito (2017) dice que se refiere a las políticas públicas de protección ambiental, y que, al igual que el principio anterior, busca generar un marco de prácticas que coadyuven a mejorar el sistema medioambiental, pero, a su vez, a tomar en cuenta el alto potencial de un daño ambiental, pues este puede ser irreparable o la naturaleza se puede demorar en recuperarlo. Estos, serían casos como la extinción de especies, radiación por efectos de

fusiones nucleares, destrucción de la flora, desertización en áreas productivas y pérdidas de ecosistemas marinos y terrestres, entre otros. Así, frente a estos riesgos es que se exige la aplicación del principio de prevención:

La acción preventiva puede llevarse a cabo de distintas formas, principalmente administrativas, tales como la evaluación de impacto ambiental, o la fijación de umbrales de contaminación, o a través de la obligación de adaptarse a las mejores tecnologías disponibles o mediante la internalización de los costes, fórmulas que han dado lugar, a su vez, a los denominados principios de “evaluación de impacto ambiental” y de “quien contamina, paga”. (Barrena, 2015, p. 98)

Esto implica la amplia participación de todas las disciplinas científicas, en donde el derecho aporta en proponer soluciones jurídicas (desde la doctrina, el fortalecimiento de los instrumentos-convenciones internacionales, el desarrollo jurisprudencial interno e internacional o la creación de normas de protección y garantías al medio ambiente) (Gorosito, 2017).

Tensiones presentes entre el derecho comercial y el derecho ambiental

Definidos los dos conceptos fundamentales, se destaca que la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental es, como lo señala Carrizosa (2004), compleja. Por ello, existen autores, como Sabogal (2005), Wilches (2011) y Santos (2012), quienes han precisado cómo el derecho comercial tiene una indudable relación condicionante, dependiente y directa con el derecho ambiental. Conforme a estos autores, el fundamento se encuentra en que en todo acto mercantil va inmerso el uso de recursos naturales, pues estos se encuentran sumidos en dichas relaciones comerciales.

Ahora, en las tensiones entre estos dos derechos están presentes, sin duda, las relativas entre el interés particular —expresado en la libertad económica— y el interés general —propio del derecho ambiental—. Esto conlleva a precisar que se está entre dos categorías constitucionales

relevantes: la ambiental, cuya naturaleza es de derecho público (Medina, Machado y Vivanco, 2016; Hernández, 2017); y el derecho comercial de naturaleza propia de la rama del derecho privado.

Llama la atención los dos enfoques que, desde el derecho ambiental, buscan tratar dicha relación: el biocéntrico y el antropocéntrico. Así, el medio ambiente es considerado un derecho fundamental ligado al ser humano; es decir, que tiene una perspectiva antropocéntrica. Esto se contrapone a la visión biocéntrica que se maneja en otros escenarios, en los que la actividad humana no es el centro, sino que está en función de la vida en su conjunto y complejidad (todos los seres vivos) (Mantilla, 2018; Bellomo, 2017).

En ese sentido, la concepción antropocéntrica, que prevalece en el mundo, plantea al hombre como eje central del universo. Esto conllevó a la consolidación de un modelo de desarrollo con un soporte filosófico, económico, político, social y cultural. Bellomo (2017) precisa que el fundamento de este paradigma se encuentra en señalar a la especie humana como una superior y no como una más entre las demás. Señala que en esa perspectiva se pueden encontrar las religiones occidentales, como el catolicismo, y el enfoque de superioridad de grado, en donde el hombre tiene una superioridad evolutiva basada en su inteligencia humana.

En contraste, está la concepción biocéntrica, en la que la especie humana adquiere un valor equitativo a las demás, es decir, dejando de lado su carácter de ser superior. Bellomo (2017) dice que bajo esta posición se plantean los derechos morales que tienen las cosas no humanas; únicamente en la postura biocéntrica se incluyen a todos los individuos vivientes. Ahora, a la par de esta postura se encuentra una similar, que plantea los derechos morales para las especies y los ecosistemas, de ahí que se llamen *ecocéntricas*. En este marco analítico, Mantilla (2018) precisa que la propuesta de desarrollo sostenible posibilita un fortalecimiento de las concepciones no antrópicas (biocentrismo, ecocentrismo), pues posibilita que la “sociedad asuma el compromiso, consciente y responsable de las acciones consigo y el entorno circundante, que no es otro que el mundo entero” (p. 25).

De otro lado, al profundizar en una concepción que maneja el derecho comercial, se puede decir que esta refleja un modelo económico

vigente que, dado su carácter global e interdependiente entre Estados e instituciones, incide notablemente en el derecho ambiental. Así, entonces, este último derecho también se debe comprender desde una perspectiva holística, en el entendido que se debe superar la concepción jurídica, para comprenderlo como el determinante de la calidad de vida de todo ser vivo —es decir, no solo de la supervivencia de la humanidad, sino del mismo planeta—, pero que se encuentra mediado por intereses particulares que imponen barreras jurídicas y prácticas para que las iniciativas ambientales no surtan el efecto y eficiencia necesarios para superar la actual crisis por la que atraviesa la Tierra.

De igual manera, se puede hablar también de tensiones en cada una de estas disciplinas del derecho. Esto, en virtud de las concepciones que existen, por ejemplo, sobre el tema ambiental, pues se puede llegar a un reduccionismo, limitándolo hacia un problema ecológico, cuando efectivamente están inmersos otros elementos o dimensiones como la social, cultural, política y económica, por mencionar algunas.

Desarrollo jurisprudencial de la relación entre el derecho comercial y el derecho ambiental

Previo al análisis jurisprudencial de las altas cortes, particularmente de la Corte Constitucional, en Colombia se plantea que el derecho comercial se encuentra delimitado por el principio-criterio de libertad de empresa (Const., 1991, art. 333), en tanto que la protección ambiental, establecida igualmente en la Carta Política, se encuentra básicamente en los artículos 79 y 80.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución es claro en señalar que la “actividad económica y la iniciativa privada son libres”. De este imperativo constitucional, Sabogal (2005) deduce que dicho artículo conlleva la noción de libertad de empresa, la cual puede ser llevada a cabo por una persona natural o una jurídica en el desarrollo de sus actividades propiamente económicas. De otro lado, al analizar el derecho ambiental desde la perspectiva constitucional, basta señalar que el artículo 79 de la Constitución establece, como parte de los derechos colectivos y del ambiente, dos elementos relevantes. El primero, el derecho que tiene toda persona a gozar de un ambiente sano;

en segundo lugar, que el Estado tiene el deber de garantizar la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente. Así quedó expresado en esta normativa:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (Const., 1991, art. 79).

En concordancia, el artículo 80 de la Constitución dice que el Estado tiene la responsabilidad de hacer los planes correspondientes para el aprovechamiento de los recursos naturales, pero en el marco del desarrollo sostenible, así como en procura de lograr la conservación, restauración o sustitución de dichos recursos. Aunado, se plantea el principio de prevención, orientado a llevar a cabo un control frente al deterioro ambiental, para lo cual el Estado está capacitado para imponer las sanciones respectivas, y exigir reparación a quien o quienes ocasionen daños ambientales. Finalmente, el artículo en mención plantea una visión global del tema ambiental, al expresar que el Estado debe cooperar con las demás naciones en la protección de los ecosistemas, sobre todo de aquellos ubicados en las zonas fronterizas.

Al ser ambos derechos constitucionales, como se ha señalado, se estaría ante una colisión de derechos fundamentales, la cual ha sido debatida por la Corte Constitucional en diversas oportunidades. De acuerdo con lo anterior, es relevante la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho al medio ambiente y las limitaciones a la libertad económica.

En efecto, se precisa la relevancia de la Carta Política como una *Constitución viviente*, entendiendo con ello que la Constitución no es una simple norma de aplicación mecánica, sino que presenta o está inmersa en una dinámica marcada por los cambios culturales, sociales, económicos, políticos y, por supuesto, ambientales. De ahí, que la jurisprudencia ocupe un lugar especial al darle sentido práctico a los postulados constitucionales. Esto no solo en una interpretación de su artículo, sino en la posibilidad de reinterpretación de la jurisprudencia a la luz

de nuevos escenarios sociales que así lo exijan (Corte Constitucional, C-570 de 2012; C-298 de 2016; C-045 de 2019).

Con base en este criterio y respecto al derecho comercial, en particular a la libertad económica caracterizada como de interés particular privado, se precisa que este no es un derecho constitucional absoluto, pues se encuentra limitado por el interés general, bien sea este de tipo social, ambiental o cultural. Por estas razones es que la Corte Constitucional detalla que en Colombia existe una economía social de mercado:

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el modelo de Estado social de derecho adoptado por el Constituyente de 1991 fue la economía social de mercado, en la que si bien se garantiza la libertad económica, principalmente a través de la libertad de empresa y la libre competencia —con autorrestricciones—, también se establece la obligación del Estado de intervenirla a fin de corregir las fallas del mercado y lograr escenarios de equidad y justicia en los que sea realizable la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados y demás fines sociales del Estado. (Corte Constitucional, C-284 de 2017).

Esto tiene también su soporte jurisprudencial en la Sentencia T-425 de 1992, cuando se precisó que la libertad económica, inmersa en el artículo 333 de la Constitución, corresponde a la “facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”.

La misma Corte aclara que mediante la libertad económica —caracterizada o definida como libertad de competencia y de empresa— se establecen garantías de participación a todas las personas en la vida económica de la nación, con lo cual se promueve el desarrollo socioeconómico. Esto conlleva una intervención activa del Estado en la economía, pues su deber es garantizar calidad de vida, equidad en oportunidades y, fundamentalmente, la generación de un ambiente sano: “la intervención del Estado en la economía tiene como propósito armonizar los intereses privados de los particulares con el interés general” (Corte Constitucional, C-284 de 2017).

Esto implica especificar que cuando se habla de un ambiente sano, se está hablando de un derecho fundamental que limita otros derechos, también consignados como de carácter constitucional. En esta perspectiva, la Corte Constitucional plantea que se está ante cuatro tipos de Constitución: la Constitución económica, fundamentada en los elementos de propiedad, trabajo y empresa; la Constitución cultural, que determina la nacionalidad; la Constitución social, que parte del reconocimiento de derechos fundamentales individuales como colectivos; y, por último, la Constitución ecológica, enfocada en la dignidad humana en cuanto derecho/deber, pero también en el bienestar animal, entendiendo este último como toda vida sobre el planeta (Corte Constitucional, C-284 de 2017; C-045 de 2019; C-032 de 2019).

Asimismo, el análisis de estas sentencias le permite identificar a la Corte Constitucional las múltiples relaciones que tiene el hombre con la naturaleza, consolidando así el medio ambiente como un principio rector que orienta el sistema jurídico cuando se encuentran en riesgo los ecosistemas. Aunado a ello, se encuentra dentro de su *ratio decidendi* un soporte jurídico valioso, que parte de los diversos instrumentos internacionales de protección ambiental (incluyendo los regionales) de los aportes de la doctrina y del desarrollo normativo, en lo que se incluye el constitucional.

No obstante, existen voces contrarias que plantean cómo la Corte Constitucional ha emitido fallos basados en la retórica, sin lograr avanzar efectivamente en la protección ambiental.

La Corte Constitucional colombiana plantea en la mayoría de sus sentencias decisiones “estrictamente ambientales” pero no suele producir decisiones “efectivamente ambientales”, pues no emplea elementos que permitan superar la barrera de la disciplinarietà, es decir, no materializa sus decisiones a través de estudios de impacto ambiental, por ejemplo, sino que suele quedarse en el ámbito de la mera retórica, de manera que las mismas no implican cambios materiales que protejan el entorno, criticándose, entonces, tales decisiones, por no superar la autorreferencialidad del Derecho. (Wilches, 2019, p. 145)

Así, Wilches (2019) pone como ejemplo la Sentencia C-339 de 2002 y afirma que la Corte Constitucional igualó las normas ambientales con las mineras. Pero al hacer una lectura sistemática de la *ratio* de esta sentencia se observa que el máximo tribunal orienta su análisis es en la necesidad de *armonizar* la protección y conservación de la biodiversidad con el crecimiento económico y la propia actividad minera. En ese entendido, esta Corporación señala que el medio ambiente y la protección de la biodiversidad se deben tomar en cuenta como un principio que oriente la explotación minera, pero no igualarla.

Profundizando, la Corte Constitucional plantea en esta misma sentencia que el concepto que debe regir esta relación con la minería es el de *desarrollo sostenible*, pues es consciente que la minería genera un impacto ambiental muy grave en la biodiversidad.

Para poder hablar de un desarrollo sostenible de la explotación minera que respete la biodiversidad, es indispensable tener en cuenta como instrumento la evaluación de impacto ambiental, entendida como instrumento administrativo y como instrumento de gestión que permite articular los diversos aspectos ambientales de la actividad minera tales como la mitigación de la contaminación, la protección de especies y la recuperación post-clausura de las explotaciones y exploraciones minera. (Corte Constitucional, C-339 de 2002)

A ello se suma el hecho de que le impone límites a la actividad minera, en tanto que a la protección ambiental le plantea son criterios de protección integral de la biodiversidad. Sin embargo, esto no implica negar la actividad minera, que debe estar supeditada a los premisos de las autoridades ambientales, sin lo cual no puede operar:

Es por ello que el legislador admite la exploración y explotación de la minería en consonancia con la Constitución, pero con límites y bajo la condición de que medie una autorización previa de la autoridad competente en concordancia con la autoridad minera, con lo cual se refuerza el control y la protección del patrimonio cultural. (Corte Constitucional, C-339 de 2002)

De igual modo, Wilches (2019) hace una crítica a la Sentencia C-443 de 2009 y señala que la Corte Constitucional “obvió el ambiente como principio rector” (p. 146). Esta afirmación no se comparte. Si bien la Corte no menciona expresamente *principio rector*, sí subyace en su *ratio* una postura que deja entrever que no lo obvió, sino que lo garantizó: “se puede afirmar entonces que la Constitución traza lineamientos claros en relación con la protección al medio ambiente: el aprovechamiento de los recursos naturales no puede generar un daño o deterioro que atente contra su diversidad e integridad” (p. 143). En síntesis, no se comparte la interpretación dada por Wilches (2019) sobre la equivalencia del derecho minero con el derecho ambiental.

Ahora, resulta de suma importancia el análisis jurisprudencial de uno de los sectores económicos en el que los últimos gobiernos (Juan Manuel Santos) han venido impulsando el desarrollo nacional. Este corresponde al sector minero, el cual se encuentra ligado a profundos intereses ambientales localizados en los páramos del país; de ahí que sea relevante el estudio de las sentencias C-035 de 2016 y T-361 de 2017. La primera, se encuentra relacionada con los planes nacionales de desarrollo en el período 2010-2018, en los que se establecieron la creación y ampliación de las áreas de reservas estratégicas mineras, particularmente en zonas de páramos. La segunda atendió la protección específica del páramo de Santurbán en el departamento de Santander.

Respecto a la primera sentencia, la Corte Constitucional observó que la libertad económica es uno de los pilares sobre los cuales se asienta el modelo económico en Colombia, lo cual generó como efecto la libertad de la iniciativa privada, sin mayores requisitos que los establecidos en la ley. Pero, a renglón seguido, precisó que estos derechos no son absolutos, pues ellos deben enfocarse o cumplir la función social establecida en la Carta Política. A su vez, la Corte subraya que es el Estado el que debe dirigir la economía y regular el mercado.

Así, esta limitación a la libertad económica adquiere un profundo significado cuando la Corte va más allá de entender dicha libertad como la actividad de particulares y asumirla desde la perspectiva de un modelo económico. En ese entendido, precisa que el colombiano debe apartarse de modelos como el liberalismo económico clásico, el cual proscribía la intervención del Estado. Así, reitera que el modelo

que se adoptó en la Carta Política fue el de economía social de mercado, como ya se mencionó, en el que hay un reconocimiento de la empresa privada como el evidente motor de la economía “pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general” (Corte Constitucional, C-035 de 2016).

Sumado a esto, respecto a la explotación de recursos naturales no renovables, la Corte Constitucional ratifica que dicha actividad no es de la autonomía de la empresa privada, pues es tarea del Estado intervenir activamente en la estructuración de este tipo de actividades, sobre todo las de explotación minera. Profundizando, expresa que la actividad minera se encuentra sometida a decisiones políticas que se encuentran por fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares. En virtud del legislador, la administración es la que debe fijar las condiciones, requisitos y demás elementos normativos que posibiliten la explotación de dichos recursos naturales no renovables, pues son de su propiedad.

Ahora, si el Estado, en virtud de tales derechos, concede las respectivas licencias ambientales, esto no significa que tales sean consideradas como derechos absolutos para los particulares que las adquieren. Para la protección del medio ambiente, es dable que estas licencias no sean autorizadas cuando se pongan en riesgo derechos fundamentales:

Es necesario concluir que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 58, 80 y 95 de la Constitución Política, la protección del ambiente prevalece frente a los derechos económicos adquiridos por particulares mediante licencias ambientales y contratos de concesión en las circunstancias en que esté probado que la actividad produce un daño, o cuando exista mérito para aplicar el principio de precaución para evitar un daño a los recursos naturales no renovables y a la salud humana. (Corte Constitucional, C-035 de 2016)

La Corte Constitucional asumió una postura igual en la Sentencia T-361 de 2017, cuando estableció la protección de los límites del páramo de Santurbán, pero destacando el derecho a la participación de la sociedad en los proyectos o decisiones ambientales que tomen las

autoridades mediante las políticas públicas. En efecto, en dicha sentencia se expresa que todos los ciudadanos tienen la facultad de ser parte activa de las decisiones ambientales que se tomen. Esto hizo prevalecer a aquellas comunidades que podrían verse afectadas por decisiones, como las señaladas de explotación minera en este páramo.

A ello se sumó el análisis de la importancia de los ecosistemas paramunos de Colombia. La Corte Constitucional recalcó que son dos las razones básicas para dicha relevancia: “i) son un ecosistema que tiene una amplia diversidad que debe ser conservada; y ii) ofrecen servicios ambientales trascendentales para vida en sociedad, como son la regulación del ciclo hídrico y la captación de carbono de la atmósfera” (Corte Constitucional, T-361 de 2017). Estos elementos configuran las razones de protección, las cuales no se limitan únicamente al tema minero, sino que incluyen a otros sectores económicos como la ganadería y la agricultura; pero también, para tomar en cuenta el calentamiento global.

No obstante, el Alto Tribunal subraya que frente a este tratamiento transparente de protección de los ecosistemas paramunos existen problemas particulares que dificultan su aplicación. Uno de ellos tiene que ver con la delimitación de sus fronteras, así como la interacción con los entornos naturales. En consecuencia, la Corte Constitucional señala que la planificación reglamentaria en la delimitación de los páramos está en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS). Conforme a ello, destaca que la resolución que delimite estos páramos debe contar con los criterios de participación e inclusión. Así, debido a que la resolución que delimitó el páramo de Santurbán no contó con dichas exigencias, fue declarada ilegal y, por lo tanto, protegió los intereses de la comunidad.

El MADS vulneró el derecho a la participación ambiental de los peticionarios y de toda la comunidad [...] porque desconoció facetas esenciales de ese principio, a saber: i) el acceso a la información [...]; ii) la participación pública y deliberativa de la población, en la medida en que la intervención ciudadana no incluyó a todos los afectados con la decisión de delimitación del Páramo de Santurbán. Es más, el MADS no efectuó una convocatoria pública

y abierta para entablar un diálogo con la comunidad; y iii) el procedimiento de expedición de la resolución en comentario careció de espacios de participación previos, deliberativos, eficaces y efectivos. (Corte Constitucional, T-361 de 2017)

Como se puede observar, la Corte puso en evidencia la vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a un ambiente sano, además de los demás propios del derecho fundamental a la participación. De igual manera, en el páramo de Santurbán, la inversión extranjera y los intereses de la empresa privada transnacional fueron los generadores del choque, no solo desde el punto de vista jurídico, sino del enfrentamiento con las comunidades ubicadas en esta región.

Conclusiones

Si bien existe un interés por parte del Estado para armonizar los principios y criterios jurídicos que enmarcan la relación entre el derecho ambiental y el derecho comercial, es evidente que la diversidad y contraposición de intereses presentes en los proyectos de gran envergadura en Colombia impiden que en la práctica se pueda dar un acercamiento. Esto surge como consecuencia del interés general, que subyace en todo el cuerpo normativo ambiental, en tanto que, en el comercial, ocurre lo contrario, pues prima el interés particular.

En efecto, el modelo neoliberal que prevalece en el mundo tropieza en Colombia con los principios y normas constitucionales, que señalan que la libertad económica —eje del derecho comercial— no tiene derechos absolutos, sino que estos dependen sustancialmente de otros derechos fundamentales, como el establecido en los artículos 79 y 80 de la Carta Política, que establecen las garantías de protección al medio ambiente. Con esto se estaría pasando de una visión antropocéntrica por otra más de carácter biocéntrico.

Esto trae implicaciones al modelo neoliberal, el cual no cuenta con el criterio de libertad de empresa para operar en cuanta región deseen hacerlo, pues se encuentran limitados por los principios normativos y constitucionales que rigen los derechos ambientales.

Referencias

- Arcila, B. (2009). El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39(111), 283-304.
- Barrena, A. M. (2015). La génesis y principios del derecho ambiental. *Revista electrónica Direito e Política*, 5(2), 1-24.
- Bernal, P. y Noriega, J. S. (2010). *El principio de precaución*. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf>
- Carrizosa, J. (2004). *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. <https://eaterciario.files.wordpress.com/2015/09/quc3a9-es-ambientalismo-la-vision-ambiental-compleja-umac3b1a.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia). 2.a ed. Editorial Legis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón: 24 de junio de 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería: 7 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-443 de 2009 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto: 8 de julio de 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia C-703 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 6 de septiembre de 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 18 de julio de 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2014 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 1 de abril de 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 8 de febrero de 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-298 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 8 de junio de 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2017 (M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo: 3 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2017 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 30 de mayo de 2017).

- Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2019 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 30 de enero de 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 2019 (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo: 6 de febrero de 2019).
- Corte Constitucional. Sentencia T- 021 de 2019 (M. P. Alberto Rojas Ríos 28 de enero de 2019).
- Decreto 410 de 1971 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. DO: 33 339.
- Gorosito, R. (2017). Los principios en el Derecho Ambiental. *Revista de Derecho*, 13(16), 101-136.
- Hernández, J. A. (2017). *Derecho ambiental*. Fundación Universitaria del Área Andina. <http://digitk.areandina.edu.co/repositorio/bitstream/123456789/771/1/Derecho%20ambiental.pdf>
- Mantilla, E. E. (2018). Del antropocentrismo al biocentrismo: un recorrido hacia la educación para el desarrollo sostenible. *Revista Agrollanía*, 16(2), 20-25.
- Martínez, K. G. (2015). *Límites al ejercicio de la libertad de empresa*. Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54467/1/tesis_karla_georgia_martinez_herrera.pdf
- Medina, R., Machado, L. y Vivanco, G. (2016). Naturaleza, medio ambiente y los ecosistemas boscosos secos desde el derecho público. *Universidad y Sociedad*, 8(3), 108-115.
- Navarrete, J. E. (2016). *¿Desigualdad y crecimiento?* *Journal of Economic Literature*, 13(37), 45-73.
- Observatorio de Conflictos Ambientales (OCA). (2019). *Conflictos Ambientales en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. <http://oca.unal.edu.co/>
- Mesa, G. (2013). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el «Estado ambiental de derecho»*. Universidad Nacional de Colombia.
- Rovalo, M. (2016). La transversalidad del Derecho Ambiental: un paradigma necesario en el siglo XXI. *Revista Política y Gestión Ambiental*, 49-53.
- Saavedra, P. (2015). *El derecho a un ambiente sano y la libertad económica en Colombia: un estudio sobre los efectos por el conflicto en estos derechos*. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2631/1/El%20derecho%20a%20un%20ambiente%20>

sano%20y%20la%20libertad%20econ%C3%B3mica%20en%20Colombia.pdf

Sabogal, L. F. (2005). Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-18.

Santos, W. E. (2012). *El derecho ambiental: un estudio comparado*. Universidad Rafael Landívar. <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2012/07/01/Santos-Wendy.pdf>

Seoane, J. (2017). *Las [re] configuraciones de la cuestión ambiental*. Ediciones Luxemburg. http://www.opsur.org.ar/blog/wp-content/uploads/2017/09/Las_reconfiguraciones_neoliberales_Jose_Seoane-libro-final.pdf

Servi, A. (s. f.). El derecho ambiental internacional. *Revista de Relaciones Internacionales*, (14).

Vitolo, D. (2015). Los principios del derecho mercantil en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (2). http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-II-2015.pdf

Wilches, R. E. (2011). Principio ambiental de precaución y contratación mercantil en derecho colombiano. *Revista Vniversitas*, (123), 283-314.

Wilches, R. E. (2018). El derecho comercial como un fragmento constitucional para efectos de una adecuada protección jurídica del ambiente en la contratación mercantil en Colombia. *Revista Vniversitas*, (137), 1-23.

Wilches, R. E. (2019). *Protección jurídica del ambiente desde el derecho comercial en Colombia: Estudio teórico a partir de la teoría del derecho reflexivo, el principio de precaución ambiental y la contratación mercantil*. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/42461>

Yepes, A. (2016). El impacto normativo en el ordenamiento jurídico colombiano de la “Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres”. *Revista EAFIT*, 7(1), 60-94.

Prospectiva de la justicia agraria en Colombia desde la perspectiva constitucional y económica¹

MAURICIO ANTONIO TORRES GUARNIZO
PAULA COMELLAS ANGULO

Introducción

Los seres humanos crearon una serie de reglas que incorporaron a sus organizaciones sociales y que denominaron *sistema jurídico*. El derecho, como conjunto de mandatos jurídicos —derecho objetivo— establece límites al comportamiento humano, con el fin de evitar o minimizar las situaciones de conflicto entre las personas. Sin embargo, el derecho también se entiende desde otra perspectiva, el ámbito subjetivo; esto es la capacidad del individuo de tomar decisiones en tutela de sus intereses.

Frente a ello, Carnelutti (2010) ha manifestado que:

[...] la propiedad es, históricamente, el primero de los derechos subjetivos; el derecho subjetivo nace como propiedad. Pero a medida que progresa el ordenamiento jurídico, surgen otros derechos

1 El capítulo de libro corresponde a un producto de investigación del proyecto de investigación *Capaz-Tierras* del grupo *Estudios en Derecho Privado* de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá.

subjetivos, tanto en el ámbito de la propiedad misma, como fuera de ella. (p. 39)

Se evidencia así el profundo vínculo entre la economía y el derecho, en relación con la propiedad como fenómeno jurídico y económico, de manera que constituye el punto de partida del sistema jurídico. Este, como mezcla de fuerza y justicia, debe ser el que establezca las limitantes para el acceso a los diferentes recursos, configurando de esta manera el derecho de propiedad. Por ello, los ordenamientos jurídicos deben garantizar el acceso a la propiedad y el derecho de propiedad de los individuos.

En Colombia, el ordenamiento jurídico ha sido poco eficiente para poder asignar la tierra a la gran mayoría de los individuos que conforman el Estado. Lo anterior se demuestra en la concentración excesiva de la tierra en cabeza de un porcentaje ínfimo de ciudadanos, esquema generalizado en América Latina y profundizado en Colombia (García, 1969). Esto ha generado en el país una serie de conflictos sociales que el Estado ha intentado, por lo menos formalmente, solucionar a través de reformas agrarias, que nunca han concretado sus objetivos. Hasta la fecha no ha habido cambios profundos en la estructura agraria y, por ende, los conflictos por la propiedad y uso de la tierra se han mantenido.

El asunto de instaurar en Colombia la especialidad o jurisdicción agraria ha sido un factor —y continúa siéndolo— absolutamente relevante para haber mantenido un conflicto social durante más de un siglo, que se profundizó con el surgimiento de las guerrillas de la segunda mitad del siglo pasado y que apenas cobró relevancia con la discusión y firma de un acuerdo con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) (Santaella, 2017).

De lo descrito surge el siguiente interrogante: ¿la instauración de la justicia agraria a través de jueces especializados es un factor relevante para la solución de los conflictos relacionados con el derecho a la tierra en Colombia?

En la estructura funcional de la rama judicial se requiere la instauración de jueces especializados en tierras, que cuenten con conocimientos en los asuntos relacionados con el derecho a la tierra, quienes, a lo largo del territorio nacional, con las herramientas necesarias, den

solución a la problemática generalizada de determinación de la propiedad, en especial del área rural. Comprobar esto constituye el objetivo general del presente escrito.

Para cumplir tal objetivo, se debe alcanzar una serie de objetivos preliminares. Por ello, en primera medida se procederá a: determinar cómo se concibe el derecho a la tierra en Colombia, para proceder a analizar la problemática de tierras en relación con la justicia agraria, en términos de la estructura judicial y, finalmente, una vez identificados los principales lineamientos de la jurisprudencia y la doctrina, proceder a efectuar un ejercicio para determinar, desde el criterio de eficiencia, los términos en los que debe ser instaurada la especialidad o la jurisdicción agraria en Colombia para el cumplimiento de sus fines, en el marco del ordenamiento constitucional colombiano.

El presente escrito corresponde a una investigación aplicada, con un enfoque cualitativo, mediante la cual se efectuará una revisión y análisis de la jurisprudencia constitucional y la doctrina nacional e internacional en la materia. Esto con el fin de estructurar un estudio que permita identificar las causas de la situación actual, las posibilidades del Estado para contrarrestarla y la prospectiva de cada una de esas posibilidades, con miras a determinar cuál de ellas constituiría la mejor opción para el cumplimiento del objetivo perseguido.

Consideraciones preliminares

La historia de la humanidad ha estado marcada por la lucha, muchas veces violenta, por la obtención, uso y aprovechamiento de los recursos, sea de manera individual, o sea a través de organizaciones sociales, cuya máxima expresión han sido los Estados. La propiedad es un fenómeno económico que —con el paso del tiempo y con la configuración de estructuras sociales— se convierte en uno jurídico con el concepto del *derecho de propiedad*. Según este, se “garantiza al individuo el goce exclusivo de las cosas que son objeto de ella” (Carnelutti, 2010, p. 37).

En ese orden de ideas, como fenómeno económico, la asignación de recursos se efectuaba bajo las reglas de la economía, la cual se fundamenta en que los seres humanos siempre van a querer más, ya que siempre sus necesidades serán ilimitadas, frente a los recursos que serán

siempre escasos. Por ello, si la regla es que los individuos se provean de la mayor cantidad de recursos para satisfacer sus necesidades, sin que existan limitantes, es inevitable el conflicto. Así las cosas, “el concepto de guerra depende del concepto de la propiedad” (Carnelutti, 2010, p. 12). En otras palabras, si no existen reglas frente a la propiedad, el caos sería una constante en el mundo.

Se podría pensar entonces que los ordenamientos jurídicos deben garantizar el acceso a la propiedad y el derecho de propiedad de los individuos. Por tal razón, cada Estado deberá estructurar un sistema jurídico que le permita garantizar la propiedad desde los dos ámbitos, teniendo en cuenta los recursos que posee. En este sentido, Ramírez (2017) señala que “la propiedad privada constituye uno de los derechos más preciados del individuo, junto con el derecho a la vida y las diferentes libertades” (p. 13), lo que le permite el desenvolvimiento en una sociedad.

Así, los dos principales recursos de los Estados son el recurso físico y el recurso humano; esto es: tierra y trabajo. De la combinación de estos recursos, o factores de producción desde la perspectiva económica, se podría decir que se da vida al proceso productivo de bienes y servicios necesarios para la subsistencia humana. El derecho, entonces, tendría que regular la asignación del factor tierra en relación con el recurso *humano*.

En Colombia, la historia de la asignación del recurso *tierra* por parte del derecho no parece propia de un ordenamiento jurídico, sino más bien del mundo de la economía. Es decir, que dicho ordenamiento ha sido poco eficiente para poder asignar la tierra a la gran mayoría de los individuos que conforman el Estado. Lo anterior se demuestra en la concentración excesiva de la tierra en cabeza de un porcentaje ínfimo de ciudadanos, esquema generalizado en América Latina y profundizado en Colombia (García, 1969).

Se podría decir que la historia del ordenamiento jurídico colombiano se debe analizar en cuatro momentos históricos. Primero, desde la colonia hasta la independencia; segundo, desde la independencia hasta la expedición de la Constitución de 1886; tercero, desde 1886 hasta la expedición de la Constitución de 1991; y, finalmente, desde 1991 hasta la actualidad.

Para analizar la problemática de tierras en Colombia en relación con el ordenamiento jurídico, se podría hacer referencia a principios del siglo xx, época en la que la producción agraria predominaba en la economía del país. La estructura productiva de la época estaba conformada por un pequeño grupo de grandes terratenientes —señores y dueños de grandes extensiones de tierra, productiva o no— y por un sinnúmero de campesinos, quienes trabajaban la tierra en beneficio casi que exclusivo de los propietarios. Esto conllevó a un inevitable conflicto social que se intentó solventar con la Reforma Constitucional de 1936, en la que se incorporó el instituto de la función social de la propiedad (Botero, 2006). Esto se traducía, hipotéticamente, en que se reestructurara la asignación de la tierra, en virtud que esta sería asignada a quien la necesitara y explotara.

Por ello, se expidió la Ley 200 de 1936, conocida como la *Ley de tierras*, en la que se estableció, entre otros, la posesión económica del suelo, la prescripción adquisitiva agraria y la extinción de dominio privado en favor de la nación sobre fundos no explotados económicamente y la creación de los jueces de tierras. Estas figuras tenían la finalidad y capacidad de lograr un cambio estructural en el modelo de producción, y significaba la oportunidad de acceso a la tierra de miles de campesinos en Colombia.

Sin embargo, Castro (2018) citando a Valencia Zea (1982) señaló que el impacto de la Ley 200 de 1936 no fue el esperado. Se podría afirmar que una de las causas esenciales del fracaso fueron las acciones que los terratenientes adelantaron para mantener su *status quo*, principalmente en lo que tenía que ver con la administración de justicia. Para ellos era claro que una cosa era lo que establecía la ley, y otra muy distinta la aplicación de esta.

Como era obvio, ocasionaron, a través del ordenamiento jurídico, que no se garantizara una verdadera independencia judicial frente a los poderes locales. Con esto se promovió una intervención judicial limitada en algunos conflictos sociales, y se aseguró la ausencia de jueces de tierras en muchos lugares del país. Lo anterior terminó en la supresión de los jueces de tierras en 1943 (Gilhodes, 1989).

Solo hasta 1961, con la Ley 135, el Estado colombiano encontró la necesidad de la creación de una institución que se dedicara,

parcialmente, a solucionar la problemática de la tierra en Colombia, dedicándose principalmente a la administración de los baldíos nacionales. Sin embargo, no se dedicaba a la cuestión de la redistribución de las tierras que tenían las mejores condiciones, ya que estas ya estaban en cabeza de los terratenientes y sus familias desde hacía varias décadas.

Un último intento de solución a la problemática agraria en el país se dio con la Ley 30 de 1988 y sus decretos reglamentarios, en los que se preveía la creación de salas y jueces agrarios en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, este intento también fracasó, no solo porque de las 23 salas en tribunales y los 115 juzgados agrarios previstos, solamente se crearon 2 salas en los tribunales de Antioquia y Cundinamarca, y 3 juzgados en el Circuito de Antioquia, sino también porque, en vigencia de la *nueva* Constitución Política expedida en 1991, con la Ley 270 de 1996 se suspendió el funcionamiento de los juzgados y salas agrarias, que se eliminaron por completo con la Ley 1564 de 2012. El fracaso de la justicia agraria —traducido en la imposibilidad de concretar los intentos de instaurar jueces especializados en los asuntos de tierras en la estructura funcional de la rama judicial— es aún más relevante que el de crear jueces administrativos, o si en ciertos niveles de la estructura jerárquica se especializan jueces laborales y civiles, como es el caso de los jueces del circuito.

Si se verifica la situación que dio origen a la Ley 200 de 1936 en relación con la distribución de la tierra y la solución de los conflictos agrarios, se determina que es aún peor que la que se ha vivido en la gran mayoría del Estado colombiano, que es rural. La incapacidad del Estado ha sido evidente y absoluta, lo que hace necesario una disposición y decisión real de este para tomar las medidas necesarias y materializar nuestra Constitución Política, en especial frente a la propiedad rural, su función social y el papel de la administración y los jueces para cumplir ese cometido.

Derecho a la tierra en Colombia

En primera media, es necesario determinar qué se entiende por derecho a la tierra, en virtud de que este no se encuentra consagrado expresamente en ningún instrumento internacional o nacional. Gilbert (2013) define el derecho a la tierra en los siguientes términos:

El derecho a la tierra se refiere a los derechos a utilizar, controlar y transferir una *parcela de tierra*. Entre tales derechos se incluyen el derecho a: ocupar, disfrutar y utilizar la tierra y sus recursos; restringir o excluir a otros de la tierra; transferir, vender, comprar, donar o prestar; heredar y legar; acondicionar o mejorar; arrendar o subarrendar; y beneficiarse de los valores de la mejora del suelo o de ingresos por alquiler. (p. 123)

Así las cosas, se evidencia una serie de elementos que conducen a entender que el derecho a la tierra se refiere a un conjunto de derechos relativos a la propiedad rural o agrícola, según se entienda cada uno de estos conceptos. En la Constitución Política de Colombia, de acuerdo con el artículo 58, se garantiza la propiedad privada; y frente a la propiedad rural se establece, según el artículo 64 superior, que: “es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios” (Const., 1991, Art. 58).

En virtud de ello, la Corte Constitucional ha señalado que los atributos del derecho a la propiedad rural o derecho a la tierra son, como mínimo, los mismos que se derivan del régimen común de propiedad privada establecido en el artículo 58 de la Carta Magna. Por lo anterior, ha encontrado que en su contenido se evidencian cuatro extensiones, que ha entendido así:

[...] (i) el derecho a no ser despojado de su propiedad o forzado a deshacerse de la misma, bajo el argumento de ser improductiva, sin que antes se le otorguen alternativas para mejorar la producción o de desarrollo agrícola, como lo es el establecimiento de zonas de reserva campesina habilitadas para tal fin; (ii) el derecho a disfrutar de la propiedad sin intromisiones injustificadas; (iii) el derecho a que el Estado adopte medidas progresivas destinadas a

efectivizar el acceso a la propiedad rural y el mejoramiento de su calidad de vida, en términos de dignidad humana; y (iv) el derecho a que se garantice su seguridad alimentaria. (Corte Constitucional, SU-426 de 2016)

Así las cosas, se podría afirmar que el derecho a la tierra se sustenta en los siguientes elementos: primero, garantizar el acceso a la tierra-propiedad rural; segundo, garantizar la propiedad en sí misma, con todos sus atributos para poder disfrutarla y aprovecharse de ella; y, tercero, el ofrecimiento por parte del Estado de programas y alternativas para que lo anterior sea una realidad.

El derecho al acceso a la tierra

Con lo anterior se esboza —como elemento esencial y punto de partida del derecho a la propiedad rural— el derecho al acceso a la tierra. En el ámbito internacional, podría hacer referencia a lo manifestado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (ONUAA), mejor conocida como FAO (por sus siglas en inglés), en los siguientes términos:

El acceso a la tierra tiene lugar a través de los sistemas de tenencia. La tenencia de la tierra es la relación, definida jurídica o consuetudinariamente, entre la población, como individuos o grupos y la tierra. Las reglas relativas a la tenencia determinan cómo se distribuyen en las sociedades los derechos de propiedad de la tierra, así como las responsabilidades y restricciones conexas. En términos sencillos, los sistemas de tenencia de la tierra determinan quién puede utilizar qué recursos, durante cuánto tiempo y en qué condiciones. (FAO, 2003, p. 48)

En ese sentido, en el ámbito nacional, la Corte Constitucional ha entendido el derecho al acceso a la tierra como un derecho fundamental de los pobladores rurales, el cual tiene los siguientes contenidos protegidos:

[...] (i) acceso a la tierra, a través de la titulación individual o colectiva de tierras a los *pobladores rurales*, mediante formas

asociativas, de su arrendamiento, de la concesión de créditos a largo plazo, de la creación de subsidios para la compra de tierra, del desarrollo de proyectos agrícolas, entre otros; (ii) acceso a los recursos y servicios que permitan realizar los proyectos de vida de la *población rural* como educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial; y (iii) seguridad jurídica de las diferentes formas de tenencia de la tierra como la propiedad, la posesión y la mera tenencia, sin que ello signifique que su protección se circunscriba solamente a estas. (Corte Constitucional, T-549 de 2016)

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a la tierra, en especial en su contenido de acceso a la tierra, abarca varias relaciones y, como punto importante: “la seguridad jurídica que debe brindar el Estado para proteger la conexión que surge entre la población rural y el espacio físico en el cual aspiran desarrollar su proyecto de vida” (Corte Constitucional, T-549 de 2016).

Es así, que el artículo 64 de la Constitución no solo establece el deber del Estado para favorecer el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (de manera individual o asociativa), sino que además dispone la obligación de proveer “servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos” (Const., 1991, Art. 64).

Entonces, es evidente que el derecho a la propiedad rural, en términos del artículo 64 de la Constitución, se encuentra relacionado con la protección de los derechos al trabajo y a la vivienda:

En cuanto a lo primero, es evidente que el sustento de la población campesina, comprendido como la consecución de los elementos materiales básicos para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, depende de la explotación económica de la tierra rural. [...] Respecto de lo segundo, es claro que la tierra rural no solo es un medio de producción para los campesinos, sino que también

constituye el espacio para el ejercicio del derecho a la vivienda.
(Corte Constitucional, T-076 de 2011)

En conclusión, el primero de los elementos del derecho a la propiedad rural es el derecho al acceso a la tierra, de cuya garantía depende, para la población rural, su derecho al trabajo y a la vivienda en condiciones dignas (Torres y Aguilar, 2018). En este sentido, el desarrollo del sector agrario no debería producir un aumento de las brechas sociales ni mayores desigualdades socioeconómicas entre los distintos actores involucrados (Roldán, 2013), sino por el contrario la garantía de que los campesinos puedan tener una vida digna.

El derecho de propiedad

El segundo elemento del derecho a la tierra o a la propiedad rural consiste en el derecho de propiedad en sí misma, con todos sus atributos para poder disfrutarla y aprovecharse de ella. En el ámbito constitucional, la propiedad privada se encuentra estipulada en el artículo 58 superior, el cual establece que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores” (Const., 1991, Art. 58).

En el texto constitucional, el derecho de propiedad privada se encuentra en el aparte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). Sin embargo, a pesar de que no tiene el carácter de fundamental, bajo ciertas condiciones puede adquirir dicha naturaleza. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que en los casos en los que la propiedad se encuentre vinculada al mantenimiento de ciertas condiciones materiales de existencia y que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a la dignidad humana, esta tiene que ser entendida como un derecho fundamental (Corte Constitucional, T-506 de 1992).

Así mismo, se la atribuye un carácter ontológico propio, al determinar que “la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica” (Const., 1991, Art. 58). Este carácter se le atribuye a Duguit, quien teorizó sobre la propiedad

en el sentido que la consideró como un instrumento económico previo a la organización estatal y en virtud de lo cual no podría ser considerada un derecho sino una función. En ese sentido manifestó que:

El hombre propietario de un capital no puede dejarlo improductivo. La propiedad es el producto del trabajo, y a mi modo de ver, una consecuencia de la libertad de trabajo. El detentador de un capital no puede dejarle improductivo, puesto que él no lo detenta sino para hacerle producir en interés de la sociedad. (Duguit, 1924, p. 53)

La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales se encuentran definidas por la naturaleza del bien, su tipología y el titular de los derechos que de ella emanan; de igual modo, se define por la posición económica de las personas que la ostentan. La función social, entonces, implica moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, así como implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad (Corte Constitucional, T-595 de 1999).

En Colombia se le atribuyó a la propiedad la función social en la reforma constitucional de 1936. Esto implicó un cambio trascendental en el entendimiento del papel del Estado, atribuyéndole la obligación de intervención en la economía, empezando por el derecho que enmarca la adscripción y configuración de un determinado sistema o modelo económico. Con ello, la función social de la propiedad se puede evidenciar de diferentes maneras, en los diferentes campos de acción del derecho. Por ejemplo, la extinción de dominio en el ámbito penal; la expropiación, en el derecho administrativo; y la prescripción adquisitiva de dominio, en el ámbito civil. Incluso, con la Ley 200 de 1936 se instauró la figura de la *prescripción adquisitiva agraria*, con la cual se evidencia el impacto de la función social de la propiedad rural en concreto.

Lo anterior implica que la propiedad, en virtud de su función social, “puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad” (Corte Constitucional, C-295 de 1993). En estos casos el interés individual del propietario debe ceder ante estos intereses o propósitos superiores.

En este sentido, la función social de la propiedad rural, como aspecto relevante del derecho a la tierra, debería ser el punto de partida de las medidas y acciones estatales con miras a garantizar una vida digna a los habitantes del campo en Colombia.

Progresividad del derecho a la tierra

El artículo 64 de la Carta Magna “implica un imperativo constituyente inequívoco que exige la adopción progresiva de medidas estructurales orientadas a la creación de condiciones para que los trabajadores agrarios sean propietarios de la tierra rural” (Corte Constitucional, C-644 de 2012). Esto lleva a concluir que el derecho a la tierra, tal y como se ha configurado en Colombia, en el marco de la Constitución Política, constituye no solo un derecho fundamental para las comunidades rurales, sino que además es esencial en el desarrollo progresivo de nuestro Estado Social de Derecho.

También se ha hecho evidente que la población rural en nuestro país constituye un grupo humano de prioridad constitucional. Por ello, las acciones del Estado, en todos sus niveles, deben entender la prioridad de los trabajadores rurales en la toma de decisiones y asignaciones respectivas. Así, el legislador debe tener en cuenta las siguientes condiciones al momento de regular asuntos de carácter rural:

[...] (i) la importante función que cumplen las actividades desarrolladas en el campo, (ii) la necesidad de asegurar condiciones de igualdad real para el trabajador agrario, (iii) la configuración constitucional compleja que prevé, no solo para asegurar el acceso a la propiedad y otros derechos de los campesinos sino también la protección de los intereses generales. Se encuentra igualmente (iv) el carácter programático de los mandatos allí incorporados y, en esa medida, (v) la importancia de la ley en la realización, concreción y cumplimiento de la Constitución como fuente normativa de configuración de los derechos constitucionales económicos y sociales de los campesinos. (Corte Constitucional, C-644 de 2012)

En este aspecto, la protección constitucional de la propiedad agraria implica un imperativo constituyente inequívoco, que exige la adopción

progresiva de medidas estructurales orientadas a la creación de condiciones para que los trabajadores agrarios sean propietarios de la tierra rural (Corte Constitucional, C-644 de 2012).

En relación con los derechos sociales, el principio de progresividad implica la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, con el fin de lograr la efectividad plena de este tipo de derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional le ha atribuido al principio de progresividad dos elementos complementarios: la gradualidad y el progreso en sentido estricto (Corte Constitucional, C-644 de 2012). La gradualidad, entendida como “la plena realización de los derechos sociales no podrá lograrse en un corto período de tiempo”; y el progreso comprendido como “la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de tales derechos” (Corte Constitucional, C-629 de 2011).

En ese sentido, la Corte Constitucional ha delimitado el principio de progresividad a través de en una serie de prescripciones más concretas, como: 1) la obligación de actuar, 2) la prohibición de disminuir recursos, 3) la prohibición de aumentar costos de acceso y 4) la prohibición de aumentar requisitos. Todas estas prohibiciones son vinculantes para el Estado, con miras a garantizar el goce efectivo de los derechos sociales (Corte Constitucional, C-507 de 2008).

Para finalizar, es de anotar que un elemento trascendental del derecho a la tierra o a la propiedad rural, es la progresividad de este, así como las obligaciones y prohibiciones que surgen para el Estado derivadas de esa condición.

Problemática social y jurisdicción agraria

Una vez identificados los elementos constitutivos del derecho a la tierra o derecho a la propiedad rural, se hace necesario determinar cómo ha sido su evolución en relación con la problemática social del campo y frente un elemento concreto: el acceso a la administración de justicia.

La jurisprudencia constitucional ha ido reconociendo al *campo* como bien jurídico de especial protección constitucional desde dos perspectivas. Por una parte, desde los imperativos del propio Estado

Social de Derecho; y, por otra, desde la visión del progreso mediante la competitividad y el ejercicio adecuado de las libertades económicas. El campo se puede entender desde dos diferentes perspectivas. Primero, como un “conjunto de tierras destinadas a la actividad agropecuaria, el espacio natural de la población campesina, fuente natural de riqueza del Estado y sus asociados”; y, segundo, como una “realidad geográfica, regional, humana, cultural y económica” (Corte Constitucional, C-644 de 2012).

De lo anterior se puede establecer: 1) la relación directa entre el modelo económico y de desarrollo del Estado, 2) el papel del campo como recurso y fuente de recursos a asignar o reasignar por el Estado y 3) la realidad social y económica de un grupo de individuos que lo habitan y que derivan de él su sustento o, por lo menos tienen la expectativa de hacerlo.

Independiente de todos los factores que históricamente han entrado en juego —como son el modelo económico, los componentes reales de poder e incluso las constantes dinámicas de violencia que ha sufrido el país, especialmente en el campo— la concentración de la tierra en Colombia ha continuado creciendo, y los campesinos continúan siendo la población con mayor pobreza en el país y la que vive en condiciones de mayor vulnerabilidad (Corte Constitucional, T-549 de 2016).

A pesar de que la Corte Constitucional, en la sentencia C-644 de 2012, afirma que el Estado, a partir de la legislación, ha hecho varios intentos de dar solución a la problemática del campo, nunca se ha traducido en los resultados esperados:

[...] ha sido una preocupación constante del legislador colombiano establecer regímenes normativos que permitan mejorar la calidad de vida de los campesinos, así como la productividad de los sectores agrícolas. Con todo, las estadísticas recogidas tanto por instituciones públicas como por centros de investigación, muestran cómo el resultado de estos esfuerzos ha sido negativo. (Corte Constitucional, C-644 de 2012)

En vigor de la Constitución de 1886, en Colombia se evidenciaba una realidad social y económica no muy distante a la actual. Desde

principios del siglo pasado existe el sistema de grandes haciendas, de extensiones sumamente considerables de las tierras más fértiles y cercana a las escasas vías de comunicación y a los centros urbanos, en las que se situaban una gran cantidad de campesinos, quienes bajo los contratos de arrendamiento o aparcería eran objeto de coerción y control económico e incluso político (Ramos, 2003).

Por otra parte, dentro de estas grandes haciendas yacían considerables extensiones de tierras incultas o deficientemente explotadas que, por sus condiciones, no eran suficientemente interesantes y, por ende, poco controladas por los hacendados. Esto llevó a que campesinos, la mayoría desempleados o cuyos contratos de arrendamiento o aparcería los tenían en una situación precaria, ocuparan estas tierras, lo cual conllevó a serios conflictos con los propietarios, quienes defendían su derecho de propiedad. Lo anterior evidenció igualmente que:

[...] se presentaba una controversia entre el presunto derecho de propiedad aducido por numerosos terratenientes sobre tierras deficientemente explotadas, o con títulos difusos, incompletos, o imprecisos, aparentemente anclados en las antiguas normas del derecho indiano, o muchas veces baldías, es decir de propiedad de la Nación, y el dominio que alegaban los campesinos con fundamento en el cultivo y habitación de esas tierras. (Ramos, 2003, p. 3)

En 1926 la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia “según la cual quien se consideraba con derechos sobre una zona rural debía estar en capacidad de demostrar jurídicamente un título original que probará que dicho territorio había dejado de pertenecer al Estado”, conocida como *prueba diabólica del dominio*. Esto motivó a la población campesina a reclamar mejores salarios y el acceso a la propiedad de la tierra que cultivaba, con lo que se desconocía el derecho de dominio a sus arrendadores (Corte Constitucional, C-644 de 2012).

Se generó entonces una compleja situación que llevó a los jueces del Estado a interpretar las normas de asignación de la tierra, pero no de manera uniforme. Algunos jueces privilegiaban los títulos de propiedad, mientras otros la posesión material de la tierra, para fallar en relación con la titularidad del derecho de dominio. Ramos (2003) claramente lo expresa en los siguientes términos:

Frente a esta grave situación social, no existía uniformidad en la aplicación e interpretación de las normas del Derecho Civil sobre el régimen de tierras, o lo que es lo mismo, respecto de las relaciones de propiedad, pues había igual respaldo jurídico, al menos nominalmente, en relación con quienes alegaban tener títulos de propiedad inscritos, como con aquellos que basaban su dominio en la posesión material de los terrenos. Aunque la jurisprudencia comenzó a favorecer la tesis de la posesión material, en muchas regiones del país, donde el poder político y el aparato judicial se encontraban fuertemente articulados con los grandes terratenientes, los argumentos de jueces y tribunales se orientaron por la prevalencia de la tesis de la propiedad inscrita, dando lugar a juicios interminables y desconociendo los derechos de los campesinos poseedores. (p. 4)

Un avance significativo en la distribución de la tierra en Colombia se avizoraba con la Reforma Constitucional de 1936. A partir de ella se atribuyó a la propiedad una función social, elemento indiscutible de un Estado interventor, cuya mirada debía volcarse primordialmente en el régimen de propiedad, con miras a disminuir las grandes diferencias sociales. Con base en la función social de la propiedad, se efectuó en Colombia el primer intento legislativo de instaurar una reforma agraria, la cual se desarrolló a través de la Ley 200 de 1936, bajo el lema de la *tierra es para quien la trabaja* (Corte Constitucional, C-644 de 2012).

Uno de los principales avances en materia legislativa consistió en la creación de tres instituciones: 1) la posesión económica del suelo, 2) la prescripción adquisitiva agraria y 3) la extinción de dominio privado en favor de la nación sobre fundos no explotados económicamente.

La posesión económica del suelo, concretamente en el área rural, se estableció en el artículo 1 de la Ley 200 de 1936, mediante el cual se crea una presunción legal, en virtud de la cual se establece una relación directa entre la propiedad y la explotación económica del suelo. Esto favorecería significativamente a la población campesina que devengaba su sustento de la explotación de la tierra.

Se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. (Ley 200, 1936, Art. 1)

Derivado de esto, se presumía que un bien era baldío si no se poseía bajo los parámetros establecidos en el artículo precedente. Así, la relación propiedad privada y explotación económica cobró una relevancia significativa; esto llevó, por una parte, a que miles de campesinos reclamaran como suya las tierras que estaban explotando; y, por otra, a que los colonos comenzaran a ampliar la frontera agraria, especialmente en la zona sur oriental del país.

La posesión económica agraria constituyó el fundamento de la prescripción adquisitiva agraria en favor de aquella persona que, de buena fe, ejerciera posesión durante cinco años continuos en terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño, pero que de buena fe tuviese el convencimiento de que eran baldías (Ley 200, 1936, Art. 12).

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 200 de 1936 determinó lo siguiente: “establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión [...] durante diez años continuos”, con lo cual se *castigaba* a los propietarios que no aprovecharan la tierra que poseían.

Todo lo anterior implicaba una nueva visión de la propiedad en Colombia, concretamente la agraria. Por ello, se requería que la administración de justicia se adecuara al nuevo orden. Es por eso por lo que en la Ley 200 de 1936 se previó la creación de jueces de tierras. Esto con la finalidad de que conocieran, en primera instancia, las demandas que se promovían en ejercicio de las acciones judiciales que consagró la ley, en especial las posesorias, la prescripción agraria y el lanzamiento por ocupación de hecho (Ley 200, 1936, Art. 25).

Sin embargo, la gran expectativa que tuvo esta ley fue paulatinamente desapareciendo, ya que no cumplió con su propósito (Sánchez, 2017). La no instauración de jueces de tierras en muchos lugares del

país y las limitaciones de la intervención judicial en algunos conflictos sociales, aunado a una incipiente independencia judicial en las regiones —dada la estrecha relación de los jueces y magistrados con los poderes locales— facilitó a los terratenientes mantener la titularidad de los terrenos que se encontraban en litigio (Ramos, 2003). Esto conllevó a un fracaso rotundo de la ley, al mantenimiento del *status quo* de los dueños de la tierra y al empobrecimiento de los campesinos.

Con la incorporación de los jueces de tierras a las estructuras funcionales de la administración de justicia, la aplicación de la Ley de tierras quedó principalmente en cabeza de los jueces civiles, quienes básicamente no la aplicaban.

La sesgada interpretación de la Ley 200 de 1936 por los jueces civiles fortaleció el criterio de la posesión inscrita en el registro civil de la propiedad, característica del Derecho Civil, en vez del principio de la posesión agraria, material, hecho económico, esto es la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, que hace presumir la propiedad frente al Estado. (Ramos, 2003, p. 10)

La consecuencia de ello fue que a partir del 1.º de mayo de 1943 se suprimieron los jueces de tierras, y sus funciones y facultades se atribuyeron a los jueces de circuito, quienes en adelante se encargaron de conocer los procesos respectivos, “adoptando el criterio y la tramitación señalados por la Ley 200 de 1936” (Ley 4, 1943, Art. 31).

Con el decreto legislativo 291 de 1957 se dictaron normas de procedimiento sobre problemas relativos a predios rurales, que se presentaron constante y continuamente en virtud de la política estatal de impulso a los contratos de aparcería, arrendamiento y similares, instaurada previamente con la Ley 100 de 1944. Con esto se desmejoró aún más la situación precaria de los habitantes del campo colombiano, pues dependían indefectiblemente de los propietarios para el ejercicio de la actividad agrícola, pero básicamente asumían todos los riesgos propios de dicha actividad. Esto constituyó una fuente adicional de conflictos sociales.

Para dar solución a los conflictos rurales que se suscitaban entre propietarios y arrendatarios, aparceros, colonos y similares, les

fue otorgada competencia a los jueces del trabajo (Decreto 291, 1957, Art. 22). Dicha competencia fue devuelta nuevamente a los jueces civiles, apenas siete años más tarde, con la expedición del Decreto 1819 de 1964, lo cual demostró el fracaso de la medida.

Una nueva esperanza para hacer realidad la Ley 200 de 1936 nació con la expedición de la Ley 4 de 1973. Con esta norma se reafirmó la posesión agraria (artículo 2), se redujeron los términos a tres años para decretar la extinción de dominio privado a favor de la nación (artículo 3) y se facilitó la prescripción adquisitiva agraria de cinco años al eliminar excepciones a la presunción de buena fe (artículo 4).

Además, mediante el artículo 116 de la Ley 4 de 1973, el Congreso le otorgó facultades al presidente de la República para crear e integrar, en el término de un año, una sala agraria en el Consejo de Estado. Esto nunca se concretó, pero fue la primera intentona dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa de especializar a jueces en asuntos de tierras.

Un segundo intento se plasmó quince años después, con la Ley 30 de 1988, en la que se estableció que en la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado funcionaría una sección de asuntos agrarios integrada por cuatro consejeros. Así mismo, se previó que los tribunales, por la cantidad y diversidad de sus negocios, tuviesen secciones organizadas conforme a la ley y se creara una sección de asuntos agrarios compuesta por dos magistrados (Ley 30, 1988, Art. 35). Al igual que en el caso anterior, tampoco se logró concretar esta medida.

Sin embargo, tan solo un año más tarde la jurisdicción agraria fue una *realidad*, por lo menos desde el punto de vista legal. El Decreto 2303 de 1989, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso de la República mediante la Ley 30 de 1987, estableció en su artículo primero lo siguiente:

Créase la jurisdicción agraria, la cual tendrá a su cargo el conocimiento y decisión de los conflictos que se originen en las relaciones de naturaleza agraria, especialmente los que deriven de la propiedad, posesión y mera tenencia de predios agrarios, de las actividades agrarias de producción y de las conexas de transformación y enajenación de los productos, en cuanto no constituyan

estos dos últimos actos mercantiles, ni tales relaciones emanen de un contrato de trabajo.

Serán así mismo, de su conocimiento y decisión las controversias que suscite la aplicación de las disposiciones que regulen la conservación, mejoramiento y adecuada utilización de los recursos naturales renovables de índole agraria y la preservación del ambiente rural.

En términos generales, era una ley bastante progresiva, que se fundamentaba en unos principios propios de entender la función social de la propiedad y las reglas de un Estado Social de Derecho. Por ejemplo, se entendía que el objeto de la creación de dicha jurisdicción era conseguir la plena realización de la justicia en el campo, teniendo en cuenta el deber del Estado de garantizar la protección de la parte más débil en las relaciones de tenencia de tierra y de producción agraria (Decreto 2303, 1989, Art. 14). Por ello debían proteger los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas, y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas (Decreto 2303, 1989, Art. 15).

Lo anterior se traducía, por ejemplo, en las facultades de los jueces de proferir fallos *extra* y *ultra petita*, así como la posibilidad de aplicación oficiosa de normas que redundaran en la garantía de los derechos de sus destinatarios, dadas las condiciones sociales y económicas de los sujetos procesales de los negocios que se adelantarían ante dicha jurisdicción (Decreto 2303, 1989, Arts. 15 y 16). Aquí está incluido el fuero de atracción, según el cual “si en el asunto de que se trata están involucrados bienes agrarios y de otra clase, prevalecerá la índole de los primeros para efectos de la calificación de la naturaleza del proceso” (Decreto 2303, 1989, Art. 17).

Para cumplir el cometido de la jurisdicción agraria, se estableció una estructura orgánica de tres niveles como parte especial de la Rama Jurisdiccional. Primero, los juzgados agrarios; segundo, las salas agrarias en los tribunales superiores de distrito judicial; y tercero, la sala agraria de la Corte Suprema de Justicia (Decreto 2303, 1989, Art. 3). Por ello, se previó la creación de salas agrarias en veintitrés tribunales de distrito judicial (Decreto 2303, 1989, Art. 11), compuestas por dos

o tres magistrados, según lo establecido en la norma. De igual manera, se previó la creación de 115 juzgados agrarios en el país.

Muchos factores confluyeron para el fracaso de la implementación de la jurisdicción agraria en el país. Voluntad política, presiones de grupos de poder, recursos financieros, capacidad de los operadores jurídicos, se pueden contar en las causas de ese resultado. Ramos (2003) señala al respecto:

Sin embargo, con posterioridad a la vigencia del Decreto 2303 de 1989, sólo fueron creadas las Salas Agrarias de los Tribunales Superiores de los departamentos de Antioquia y Cundinamarca, con tres magistrados cada una, según lo previsto en el artículo 11 del mencionado estatuto. En cuanto al número de Juzgados Agrarios, en el territorio nacional sólo se concretaron tres, pertenecientes al Círculo Judicial Agrario de Antioquia. (p. 68)

Un cambio en el ordenamiento constitucional en 1991, en el cual se estableció contundentemente la naturaleza de un Estado Social de Derecho fundamentado en la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad material, hizo pensar que sería el impulso que se requería para establecer un mecanismo necesario con miras a garantizar la justicia agraria.

Con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, en su artículo 202, se estableció que los juzgados agrarios que estuviesen funcionando debían suspender sus labores y sus negocios serían conocidos por los juzgados civiles del circuito correspondientes “hasta cuando entren a operar la totalidad de los Juzgados Agrarios creados por el artículo 9 del Decreto 2303 de 1989” (Ley 270 de 1996, Art. 202). Sin embargo, el paso del tiempo demostró que no daría aplicación al Decreto 2303 de 1989 y, con ello, se marcaba el fin de la jurisdicción agraria, en perjuicio de las personas menos favorecidas que habitan los campos colombianos.

La eliminación por completo de la jurisdicción agraria se podría identificar en tres normas posteriores. Primero, la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 en la que no se incluyó la jurisdicción agraria. Segundo, la Ley 1395 de 2010, por medio de la cual se tomaban medidas para la descongestión judicial, con

la cual se derogaron los procesos agrarios del decreto 2303 de 1989. Finalmente, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en la que se derogó totalmente el Decreto 2303 de 1989.

Lo descrito en este aparte es muestra de la incapacidad del Estado de garantizar un verdadero Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, en especial para un grupo de personas que históricamente se han encontrado en profundas situaciones de vulnerabilidad. Por ello se requiere definitivamente la participación concreta de la administración de justicia, ya que son los jueces de la República quienes, con la aplicación de las normas de derecho, materializan la realidad normativa en realidad social. Como ha sido evidente, los factores de poder han logrado mantener a los jueces alejados de las decisiones de lo agrario, lo que ha mantenido la precaria situación de la gran mayoría de la población rural del país y que ha servido como combustible para el conflicto armado interno que sufrimos desde hace más de medio siglo.

La creación e implementación efectiva de una jurisdicción agraria es una necesidad latente y prioritaria de la política económica y social del Estado, por cuanto garantizar el acceso real a la administración de justicia constituye el elemento esencial para el desarrollo y la paz social.

¿Jurisdicción especial o especialidad agraria?

La situación actual de la población rural en Colombia, como se ha descrito, no ha cambiado de manera significativa en el último siglo, a pesar de los intentos legislativos en los que se les reconocen derechos y prerrogativas, entre otras cosas, causado por la imposibilidad de materializarlos por la ausencia de una jurisdicción especial o una especialidad dentro de la jurisdicción ordinaria que, bajo principios y reglas específicas, consiga la tan anhelada justicia agraria.

A pesar de que en nuestro país hasta hace poco se habla de derecho agrario o de justicia agraria, el sistema jurídico romano (origen de nuestro ordenamiento) era básicamente un cuerpo de derecho agrario. En este sentido Sainz (2011) ha expresado:

Es interesante notar cómo el Derecho romano fue creando, conservando y hasta incrementando una jurisdicción agraria que, aunque

no aparece en las fuentes razonada y discutida, sino que al modo romano, más bien practicada, seguramente fue entendida como un verdadero imperativo. Un imperativo derivado de las necesidades del campo. Los problemas del campo, de lo agrario, nos muestran que el Derecho de los romanos, es de tal naturaleza, que precisa de una especialidad en su entendimiento y en su juicio. No puede ser confiada a tribunales y a peritos comunes. (p. 26)

De acuerdo con lo anterior, los problemas y necesidades del campo requieren, materialmente, una especialidad o jurisdicción especializada que se ocupe de estos, distinta a los tribunales ordinarios, en especial por las condiciones y características de los sujetos involucrados. Se hace necesario un derecho como el agrario, cuyas normas “se caractericen por cierta flexibilidad —a diferencia de la rigidez propia del Derecho Civil—, ello deriva de los propios principios teleológicos de esta rama jurídica, tal flexibilidad permite, sobre todo, alcanzar en mayor medida los propósitos de justicia agraria” (Pavó, 2012, p. 115).

Esta necesidad se explica por la estructura armónica que debe tener un ordenamiento jurídico. Por un lado, 1) si existen normas que regulan relaciones, derechos y obligaciones de los sujetos que tienen unas características especiales y diferenciadas (derecho sustancial); 2) se requiere órganos jurisdiccionales que apliquen dichas normas y den solución a los conflictos que se presenten; y, finalmente, 3) un conjunto de normas que regulen su actuación, a través de procesos legalmente establecidos (Sánchez, 2007, pp. 152-153).

Todo lo anterior implica, entonces, que es deber del Estado fijar los procesos y procedimiento dirigidos a formalizar la propiedad, así como establecer las “restricciones y limitaciones tendientes a prevenir la concentración de la tierra y a distribuirla conforme a criterios de equidad” (Corte Constitucional, T-549 de 2016), permitiendo y garantizando un verdadero acceso a la administración de justicia en términos de equidad.

En relación con lo anterior, el artículo 229 de la Constitución Política consagra el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Este derecho ha sido delimitado y entendido por la Corte Constitucional, relacionado con el principio de igualdad, en los siguientes términos:

[...] la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Corte Constitucional, C-1083 de 2005)

En este sentido, el Alto Tribunal ha entendido que el derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra directamente vinculado con la justicia entendida como valor fundamental de la Constitución Política, que “otorga a los individuos una garantía real y efectiva que busca asegurar la realización material de este, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión” (Corte Constitucional, C-279 de 2013). Al respecto, el Alto Tribunal sostiene lo siguiente:

En este sentido, el derecho a acceder a la justicia contribuye de manera decidida a la realización material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como los de garantizar un orden político, económico y social justo, promover la convivencia pacífica, velar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de los asociados en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades públicas. (Corte Constitucional, C-426 de 2002)

Entonces, para garantizar el acceso a la administración de justicia (esta como valor y principio del ordenamiento jurídico colombiano) el Estado debe garantizar una estructura judicial que permita materializar los derechos de los individuos. Dadas la situaciones y condiciones de los habitantes del campo en Colombia, es “imprescindible para un Estado de Derecho contar con una jurisdicción agraria que lejos de ser un privilegio constituya un severo compromiso para sus integrantes, designados por órganos que representen a la soberanía nacional” (Vásquez, 2006, p. 152).

Desde una perspectiva técnica, la necesidad de una jurisdicción o una especialidad agraria se sustenta en que “existen normas que

regulan situaciones jurídicas propias, derivadas del hecho técnico de la agricultura. Este es un presupuesto de autonomía del sistema” (Ulate, 2006, p. 24).

Las normas que regulan las relaciones agrarias y la posible creación de una jurisdicción o especialidad propia, generan afectaciones a la economía agropecuaria, a los trabajadores del campo, a la comunidad rural y a buena parte de toda humanidad en general, ya que vincula elementos como la seguridad alimentaria, la pobreza y la marginación social de las poblaciones campesinas, la afectación del medio ambiente rural y la realización de la justicia agraria (Zeledón, 2004).

En este punto, se vislumbran, entonces, cuatro posibilidades para el Estado en relación con la instauración de una jurisdicción o especialidad agraria: primera, la creación constitucional de una jurisdicción especial agraria independiente; segunda, la incorporación de una especialidad agraria en la jurisdicción ordinaria; tercera, la creación de una subespecialidad agraria en la especialidad civil ordinaria; y, cuarta, la incorporación de una especialidad agraria y rural en las jurisdicciones tanto ordinaria como de lo contencioso administrativo (Ramos, 2003).

Estas opciones pueden ser analizadas desde dos perspectivas, una jurídica y otra económica. Lo anterior se explica desde la estrecha relación del derecho y la economía. Por ejemplo, corrientes de pensamiento como el Análisis Económico del Derecho (AED) consiste en efectuar un análisis propio de las ciencias económicas al funcionamiento del sistema jurídico, concretamente, de los problemas más relevantes del derecho (Bullard, 2010).

Desde la teoría económica, en muchos aspectos se hace necesario examinar la formación, estructura, procesos e impacto del derecho y de las instituciones legales (Rowley, 1991), así como explicar, e incluso predecir, comportamientos de los individuos frente a la promulgación, modificación o derogación de normas de derecho (Lozano, 2016). En términos generales, se requiere un análisis costo-beneficio para encontrar una asignación de recursos eficiente, derivada de las normas de derecho, con miras a verificar si con la legislación y su aplicación se alcanzan los valores de carácter económico legalmente establecidos (Calabresi, 1983).

La primera de las posibilidades consiste en la creación constitucional de una jurisdicción especial agraria independiente. Desde la perspectiva jurídica, se requeriría una reforma constitucional. Esto podría ser o no problemático, en el sentido que a pesar de que el Congreso, en ejercicio de su función constituyente, puede modificar la Constitución Política, más no la puede suplantar. La Corte Constitucional ha proferido jurisprudencia al respecto, en una interpretación del artículo 241 superior, para atribuirse competencia para determinar si el Congreso actúa sin competencia en una eventual suplantación del texto constitucional. El Alto Tribunal tendría entonces la última palabra en la determinación de si se rompe la estructura constitucional con la creación de una jurisdicción independiente para el asunto agrario, ya que a pesar de tener ciertos elementos autónomos y especiales, no difiere mucho de la lógica general de la jurisdicción ordinaria, o de lo contencioso administrativo, según el caso.

Por su parte, la perspectiva económica no parece la salida más conveniente, principalmente, por el alto costo fiscal en el que incurriría el Estado por poner en funcionamiento dicha jurisdicción. Los gastos de inversión en infraestructura y los de funcionamiento, en especial en términos de personal, serían significativos. En un Estado con un déficit presupuestal creciente y en la búsqueda constante de reducir gastos, no sería materialmente viable, en especial si se tienen otras posibilidades.

Una segunda opción es la incorporación de una especialidad agraria en la jurisdicción ordinaria, como se tuvo previsto en la Ley 200 de 1936 y el Decreto 2303 de 1989. Desde la perspectiva jurídica, asignar la aplicación de las reglas de derecho agrario a la jurisdicción ordinaria implicaría desconocer que existen asuntos que no necesariamente podrían entenderse propios de esta jurisdicción, sino más bien de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de la posibilidad que el Estado se encuentre involucrado en ciertas situaciones propias de lo agrario. Esto implicaría una violación a la misma Constitución Política y, en especial, afectaría la materialización de la justicia como valor y principio constitucional, como objetivo final de dicha especialidad agraria.

Desde la perspectiva económica, los costos se reducen significativamente, lo que facilitaría en esencia la implementación de dicha decisión.

Los costos de inversión en infraestructura podrían incluso eliminarse; y los de funcionamiento no se incrementarían significativamente o, por lo menos en un ejercicio costo-beneficio, podrían tenerse como eficientes. Esto en el entendido de que el incremento de los funcionarios de la administración de justicia debería redundar en el mejoramiento en los tiempos y la calidad de este servicio público.

La tercera posibilidad es la creación de una subespecialidad agraria en la especialidad civil ordinaria. Desde la perspectiva jurídica se sigue manteniendo el problema del desconocimiento de asuntos propios de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Por otra parte, desde el ámbito material de aplicación podría presentarse un menor nivel de especialización, pero se pierde autonomía en la aplicación del derecho sustancial, ya que se encontraría bajo la lógica del derecho civil. Así mismo, desde la perspectiva económica se podrían reducir aún más los costos de funcionamiento, lo que la haría muy favorable en ese sentido. Sin embargo, este modelo es el que ha operado casi que constantemente en Colombia sin los frutos esperados.

Finalmente, la última de las opciones del Estado es la incorporación de una especialidad agraria y rural en las jurisdicciones tanto ordinaria como de lo contencioso administrativo. Desde la perspectiva jurídica, esta es la posibilidad que podría generar más beneficios que problemas, ya que garantiza cierto nivel de autonomía, un alto nivel de especialización y se respetan los ámbitos tradicionales que han separado las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo. Así mismo, desde la perspectiva económica, en relación con el beneficio planteado, los costos en los que se incurrirían son razonables y sostenibles por parte del Estado. En este sentido, la relación costo-beneficio de implementar dicha opción hace que esta sea la solución a la necesidad de creación de la jurisdicción agraria en Colombia.

Conclusiones

El derecho de propiedad es uno de los principales derechos que deben garantizar los ordenamientos jurídicos, ya que de este depende no solo el sistema económico y social, sino también el sistema político de los Estados. Así, la propiedad privada se encuentra dentro de los derechos

máspreciados de los individuos, por cuanto, a partir de ella, se pueden garantizar un nivel de vida adecuado, o por lo menos debería ser así, a pesar de que dicha idea pueda generar excesos —como en casos como el analizado en el aparte anterior—.

Esto cobra mayor relevancia para los grupos de la población que se encuentran en condiciones sociales y económicas desfavorables, como lo han sido las familias campesinas en Colombia. Es decir que la propiedad rural debería ser centro de políticas estatales para determinar el acceso, la certeza en los derechos de propiedad y mantenimiento de esta por parte de los campesinos colombianos.

A pesar de ello, la distribución y redistribución de la tierra en el campo en Colombia ha estado marcada por la inequidad y la concentración excesiva en grupos de personas, que materialmente exceden la lógica de la función social de la propiedad. Lo anterior se ha generado por muchas causas, históricas, sociales, económicas y culturales, pero especialmente legales y jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, el Estado colombiano ha intentado, a través de la normatividad, generar una reforma agraria que cambie las dinámicas y la estructura de la propiedad rural. Sin embargo, las leyes han sido inocuas, como lo ha demostrado la historia. Uno de los factores que ha intentado modificar el Estado es el papel de los jueces para la aplicación de las leyes que pretendían dichos cambios, ya que no solo se trata de aspectos sustanciales, sino de la materialización a través de la aplicación de las normas, cuando estas habían de aplicarse en los diferentes procesos judiciales.

Lo anterior con miras a garantizar el acceso a la administración de justicia de los campesinos colombianos, para que —en condiciones de igualdad— pudiesen materializar sus derechos. Por ello, desde 1936 se evidenció la necesidad de una jurisdicción o una especialidad agraria sustentada en las condiciones y características de los sujetos que se sometían a estas, así como los elementos objetivos, como la propiedad rural que se debatía en los diferentes procesos judiciales.

Todos los intentos de la incorporación de jueces especializados en asuntos de tierras fueron en vano. A pesar de que legalmente se incorporaban a la estructura judicial del país, materialmente no sucedía, fuera por las acciones de quienes serían afectados por las decisiones

o simplemente por los cambios políticos del Estado que modificaban las normas tan pronto como fuese posible. Sin embargo, en el momento histórico actual se hace más que necesario tomar las medidas para cambiar la crítica situación de los campesinos colombianos, garantizándoles que sus conflictos, especialmente en materia de tierras, sean solucionados desde una perspectiva especializada, siendo un mecanismo eficiente de asignación de derechos de dicha población.

Así las cosas, se pudo evidenciar que se presentan cuatro posibles alternativas para la instauración de una jurisdicción o especialidad agraria: 1) la creación constitucional de una jurisdicción especial agraria independiente; 2) la incorporación de una especialidad agraria en la jurisdicción ordinaria; 3) la creación de una subespecialidad agraria en la especialidad civil ordinaria; y 4) la incorporación de una especialidad agraria y rural en las jurisdicciones tanto ordinaria como de lo contencioso administrativo.

Una vez analizadas las diferentes posibilidades, tanto desde la perspectiva constitucional como desde la económica, se concluyó que la incorporación de una especialidad agraria y rural en las jurisdicciones tanto ordinaria como de lo contencioso administrativo no presenta ningún problema de constitucionalidad. Por lo tanto, queda a discreción del legislador el establecimiento de las especialidades en ambas jurisdicciones. Además, la relación costo-beneficio de implementar dicha opción hace que esta sea la solución a la necesidad de creación de la justicia agraria en Colombia.

Referencias

- Botero S. (2006). La Reforma Constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 33, 85-109.
- Bullard, A. (2010). *Análisis Económico del Derecho*. Catalejo Jurídico.
- Calabresi, G. y Hirschoff, J. T. (1972). Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, 81 (reproducido en Kuperberg-Beitz), 154-184.
- Carnelutti, F. (2010). *Cómo nace el derecho*. Editorial Temis.

- Carvajal, J. (2018). *Tendencias actuales de los Derechos Humanos y el DIH en Colombia*. Ediciones USTA.
- Castro, G. (2018) Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea De la posesión y la función social de la propiedad: el gran problema jurídico del siglo XX en Colombia, revisión histórica jurídica. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 9-54. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.01>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1083 de 2005 (M. P. Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-279 de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-295 de 1993 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-629 de 2011 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2012 (M. P. Adriana María Guillen Arango).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-426 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-076 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-506 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-549 de 2016 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-595 de 1999 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).
- Decreto 2303 de 1989 [Ministerio de Justicia]. *Por el cual se crea y organiza la jurisdicción agraria*. Octubre 7 de 1989.

Decreto 291 de 1957 [Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia]. Por el cual se dictan normas procedimentales sobre problemas relativos a predios rurales. Noviembre 8 de 1957.

Duguit, L. (1924). *La transformación del Estado*. Librería Española y Extranjera. Príncipe.

García, A. (1969). El problema agrario en América Latina. *Revista de la Universidad Nacional* (1944 - 1992), 0(3), 5-27.

Gilbert, J. (2013). Derecho a la tierra como Derecho Humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra. *SUR*, 123-145.

Gilhodes, P. (1989). La cuestión agraria en Colombia (1900-1946). En A. Tirado (ed.), *Nueva historia de Colombia*. Planeta Editorial.

Ley 100 de 1944. *Sobre régimen de tierras*. Febrero 6 de 1945. DO: 25 759

Ley 1285 de 2009. *Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*. Enero 22 de 2009. DO: 47 240

Ley 1395 de 2010. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Julio 12 de 2010. DO: 47 768

Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Julio 12 de 2012. DO: 48 489

Ley 200 de 1936. *Sobre régimen de tierras*. Enero 21 de 1937. DO: 23 388

Ley 270 de 1996. *Estatutaria de la administración de justicia*. Marzo 15 de 1996. DO: 42 745

Ley 30 de 1987. *Por la cual se confieren unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones*. Octubre 9 de 1987. DO: 38 077

Ley 30 de 1988. *Por la cual se modifican y adicionan las Leyes 135 de 1961, 1.ª de 1968 y 4.ª de 1973 y se otorgan unas facultades al Presidente de la República*. Marzo 22 de 1988. DO: 38 264

Ley 4 de 1943. *Sobre seguridad rural y por la cual se dictan otras disposiciones*. Marzo 6 de 1943. DO: 25 197

Ley 4 de 1973. *Por la cual se introducen modificaciones a las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 1.ª de 1968. Se establecen disposiciones sobre renta presuntiva, se crea la sala agraria en el Consejo de Estado y se dictan otras disposiciones*. Marzo 29 de 1973. DO: 33 828

Lozano, E. (2016). *Teoría y puesta en práctica del Análisis Económico del Derecho colombiano*. Universidad de los Andes.

- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). (2003). *Las Cuestiones de Género y el Acceso a la Tierra*. <http://www.fao.org/3/y4308s/y4308s04.htm#bm04>
- Pavó, R. (2012). *Jurisdicción y Proceso Agrario. Los desafíos de la justicia agraria en Cuba*. Editorial Académica Española.
- Ramírez, A. (2017). La protección del Derecho de Propiedad por la CIDH y su implicación en la seguridad jurídica del administrado. En C. Güecha, M. Torres y M. Ibler (Eds.), *Las tensiones entre seguridad y libertad*. Grupo Editorial Ibáñez: Universidad Santo Tomás y Universidad de Konstanz.
- Ramos, M. (2003). *Justicia Agraria. La Experiencia Colombiana*. Seminario Internacional de Justicia Agraria y Ciudadana. <http://www.abda.com.br/texto/ManuelRBermudez.pdf>
- Roldán, D. (2013). *Características socioeconómicas de la unidad económica familiar campesina colombiana: rasgos generales y referencias de política económica*. <https://drive.google.com/drive/folders/0B3qvoF5cGd68YTJEUWxUUTdOWDg>
- Sainz, J. M. (2011). El “*Ager Publicus Romanus*”. La Jurisdicción agraria en Roma. *Multidisciplina*, 0(9), Article 9. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/multidisciplina/article/view/34241>
- Sánchez, A. (2007). La jurisdicción agraria en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. *Revista Derecho y Reforma Agraria*, 0(33), 147-160.
- Sánchez, C. (2017). Tierra en transición: justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia. *De Justicia*. <https://www.dejusticia.org/publication/tierra-en-transicion-justicia-transicional-restitucion-de-tierras-y-politica-agraria-en-colombia/>
- Santaella, H. (2017, enero 21). Acuerdo de desarrollo rural integral y derecho agrario del posconflicto: Mitos, verdades y desafíos de su materialización. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. <https://doi.org/10.18601/21452946.n17.15>
- Soriano, S. (2018). Estudio analítico de la fracción XIX del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <http://vlex.com/vid/analitico-fraccion-xix-constitucion-mexicanos-81759830>
- Torres, M. y Aguilar, A. (2018). El derecho a la tierra en Colombia. En Torres, M. (ed.), *Diálogos: Derechos Humanos después del Acuerdo*. Escuela Superior de Guerra.
- Ulate, E. (2006). *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*. CONAMAJ.

Valencia Zea, A. (1982). *La posesión y el Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Temis.

Vázquez, G. (1996). *Lecciones de derecho agrario*. Editorial PAC.

Zeledón, R. (2004). *Estado del Derecho Agrario en el Mundo Contemporáneo*. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura.

Cómo adquirir un baldío por prescripción en Colombia. Una problemática de parte de la institucionalidad colombiana¹

RICARDO DURÁN VINAZCO

Introducción

Desde la dogmática del derecho privado, el presente trabajo describe uno de los problemas que se presenta con los bienes baldíos, su adquisición por los particulares; esto no por el modo de la ocupación, sino por el modo de la prescripción establecido para la adquisición de los bienes corporales de los particulares. La metodología empleada es la cualitativa y el método adoptado es el documental, descriptivo y aplicativo. El estudio se articula con los modos de adquisición, mediante el análisis de la jurisprudencia de altas cortes.

El objetivo general consiste en el análisis de la jurisprudencia de altas cortes, particularmente de la Corte Constitucional, ya que en Colombia los bienes baldíos pueden ser adquiridos por los particulares empleando el modo originario de la prescripción. Este se desarrolla

1 El presente manuscrito es el producto del proyecto de investigación *Capaz-Tierras*, del grupo de investigación Francisco de Victoria, gestionado y financiado por la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia).

en tres partes. La primera dedicada a la contextualización de los dos modos de adquirir el dominio: la usucapión, para bienes de propiedad particular; y la ocupación, para la adquisición de los baldíos por parte de los particulares. La segunda parte intenta reflexionar por qué existiendo los modos de adquisición para los inmuebles de diferente naturaleza, estos se confunden; es decir, se emplea el modo de la prescripción para la adquisición de los bienes baldíos. Finalmente, la tercera parte corresponde a las conclusiones.

Como objetivos específicos se describirán los modos de adquirir el dominio en Colombia, en particular el modo de la ocupación, que le corresponde a la adquisición de los baldíos. Así mismo, se presentan los mecanismos que establece el artículo 375 del Código General del Proceso (CGP) para evitar que un bien baldío sea adquirido por prescripción. Una vez expuestas las condiciones para adquirir legalmente el baldío en Colombia, se realiza el análisis de algunas jurisprudencias que describen claramente la problemática objeto de estudio. Para llegar, por último, a la conclusión de que la institucionalidad está promoviendo que los bienes baldíos en Colombia sean adquiridos por los particulares de manera inadecuada, lo cual genera incertidumbre en las formas de adquisición de derechos de propiedad.

Prescripción y ocupación

En Colombia, la prescripción es uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad de los bienes privados ajenos corporales, muebles e inmuebles, según el artículo 2512 del Código Civil (CC)

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción. (Ley 57, 1887, Art. 2512)

Desde el ámbito procesal, en la demanda de pertenencia, para la declaración de la prescripción adquisitiva de dominio, los sujetos procesales son: 1) por la parte activa o demandante, quien ejerce los actos de

posesión, de conformidad con el artículo 762 del CC y ha cumplido con el tiempo de prescripción, dependiendo de si esta es ordinaria, extraordinaria, urbana ordinaria o extraordinaria y agraria; 2) por la parte pasiva o demandada, será el último sujeto jurídico que figure como propietario inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria, expedido por la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP) del círculo registral correspondiente al predio o todos los demás sujetos interesados, lo que genéricamente se denomina *indeterminados*, para que la sentencia que declare haber adquirido el dominio por prescripción surta efectos frente a todos, según el artículo 375 de la Ley 1564 de 2012 del CGP.

Para los efectos de este escrito, es importante destacar el numeral 4 de la norma citada, en relación con los bienes baldíos:

4. La declaración de pertenencia *no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público*. El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, *cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público*. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación. (Ley 1564 de 2012, Art. 375)

Esta disposición procesal obedece a la ratificación de la norma sustancial consagrada en el artículo 675 del CC, que dice: “son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño.” Así, es claro que la naturaleza jurídica de los bienes de la nación, dentro de la clasificación de los bienes fiscales, son propiedad del Estado, o lo que es lo mismo, son regidos por el derecho público, por lo que una de sus principales características es que son imprescriptibles, según el artículo 63 de la Constitución Política.

Disposiciones como las citadas, en relación con los bienes baldíos, son desarrolladas por la jurisprudencia que resolvió la constitucionalidad del artículo 669 del CC, excepto por el adverbio *arbitrariamente*, según la cual:

BALDÍOS-Imprescriptibilidad. Bien podía el legislador, con fundamento en este precepto, establecer la imprescriptibilidad de terrenos baldíos, como en efecto lo hizo. Si la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio, al igual que los demás derechos reales, por haberse poseído durante el tiempo y con las condiciones señaladas por la ley, la imprescriptibilidad significa que no es posible adquirir la propiedad de tales bienes, así se hayan ocupado durante largo tiempo, que es precisamente lo que ocurre con las tierras baldías, cuyo régimen difiere del consagrado en el Código Civil. (Corte Constitucional de Colombia, C-595 de 95)

Con base en lo anterior, se deduce la consecuencia jurídica: en caso de que un particular pretenda la titulación del derecho de dominio de un bien baldío, por medio del proceso declarativo de pertenencia, ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, esto no es procedente de manera jurídica. En este sentido, la Sentencia T-488 de 2014, con ponencia del doctor Palacio, fijó uno de los dos problemas jurídicos en los siguientes términos: “¿trasgrede el ordenamiento constitucional y legal colombiano la declaración de prescripción adquisitiva que efectúe un juez sobre un terreno baldío a través de un proceso de pertenencia?”. La respuesta iterada en esa y otras jurisprudencias de las altas cortes no podía ser otra: sí se transgrede. Pero entonces, si esa es la respuesta oficial, porqué se hace, porqué, sí se puede.

El juez ordinario tiene las herramientas para evitar que se transgreda el ordenamiento constitucional y legal para la declaración de pertenencia de un baldío. En el auto inicial, el funcionario puede rechazar la demanda, pero adicionalmente el legislador lo dotó de otros poderes para tener certeza acerca de la naturaleza jurídica del bien inmueble objeto del proceso. Esto es, determinar sin equívoco alguno que se trata de un bien inmueble privado, para que junto con el cumplimiento de los demás requisitos que exige el citado artículo 375 del CGP, el derecho de propiedad o dominio pueda ser adquirido mediante el proceso declarativo de pertenencia, o si se tratare de un bien público, fiscal, adjudicable, baldío, declarar que es un bien imprescriptible y rechazar la demanda.

De manera consecuente con lo dicho, el artículo 375 del CGP le ordena al juez que informe, u oficie, de la existencia del proceso a las siguientes entidades: a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incoder) —hoy Agencia Nacional de Tierras—, a la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas, y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC).

Las entidades enteradas, si lo consideran y cumplen su deber legal, deben manifestarse de la forma a la que hubiere lugar en el ámbito de sus funciones. Es en este momento procesal en el que esas instituciones deben decirle al juez que se trata de un bien inmueble privado o un inmueble baldío, de manera que el juzgador pueda continuar con el proceso, solo si se tratare de un bien inmueble privado.

Una vez agotadas cada una de las etapas procesales, como lo ordena el numeral 10 del artículo 375 del CGP, el juez debe proferir la sentencia que declara la pertenencia y que producirá efectos *erga omnes* por aquello de demandar a los *indeterminados*; además, esta deber ser inscrita en la oficina de registro correspondiente, para los efectos publicitarios.

De otra parte, y por vía excepcional, los bienes baldíos pueden ser adquiridos por los particulares por el modo de la ocupación, con base en lo ordenado por el artículo 150, numeral 18 de la Constitución Política, que obligó al Congreso a expedir la Ley de apropiación de baldíos, específicamente mediante los artículos 65 y 65A de la Ley 160 de 1994.

La jurisprudencia entiende el baldío² así:

BIENES BALDÍOS-Naturaleza/BIENES BALDÍOS-Adjudicación.
Los baldíos, son bienes que pertenecen a la Nación, cuya adjudicación se puede hacer a los particulares o a las entidades públicas, bajo un criterio de utilidad y de beneficio social, económico y ecológico, según la filosofía que inspira la reforma agraria, la cual tiene pleno sustento en los arts. 60, 64, 65, 66 y 334 de la Constitución. Ello justifica las restricciones que ha establecido el legislador a su

2 “Más allá de la frontera civilizatoria. *Baldy* en árabe, sin valor” (Durán, 2018. p. 315).

adjudicación, con el fin de que la explotación de los baldíos se integre al proceso de transformación agraria. (Corte Constitucional de Colombia, C-536 de 1997)

Esta misma filosofía, que inspira la reforma agraria y que al mismo tiempo justifica las restricciones mencionadas para la adjudicación de los baldíos, ha sido desarrollada en la Sentencia T-488 de 2014, así:

Lo dicho hasta el momento no implica que la dignificación del trabajador agrario deba realizarse a costa del interés general y el desarrollo del país. Por el contrario, el acceso a la propiedad a quienes carecen de ella, contribuye por esa vía al mejoramiento de toda la sociedad³.

-
- 3 Asimismo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2011), en el informe *Colombia rural. Razones para la esperanza*, sostuvo que la actual política agraria de Colombia propicia la concentración inequitativa de la tierra, erigiéndose como un obstáculo para el desarrollo humano:

Existen varias razones para que la estructura agraria en Colombia se haya convertido en un obstáculo al desarrollo, entre ellas:

a. Al impedir el acceso libre a la tierra, la producción, la inversión y el ahorro se restringen y el crecimiento es bajo; ello obstaculiza superar la pobreza y mejorar los niveles de vida de los habitantes rurales.

b. El conflicto de uso del suelo y la ganadería extensiva impiden generar suficiente empleo para ocupar la mano de obra rural existente, no facilitan el aumento del ingreso rural, y mantienen altos niveles de pobreza y miseria. Todo lo cual se traduce en la baja competitividad del sector agropecuario y se restringe la oferta alimentaria.

c. El control de las mejores tierras o de las ubicadas en corredores estratégicos, por parte de unos pocos propietarios o de actores armados ilegales, restringe la democracia, la libertad y el libre movimiento de la población rural.

d. Una estructura muy concentrada de la tenencia de la tierra genera innumerables conflictos sociales con los sectores que se la disputan en sociedades con altos desequilibrios sociales y económicos, como Colombia. Además, alimenta la migración hacia zonas de frontera donde la población se incorpora a la producción de cultivos de uso ilícito, como una alternativa atractiva de subsistencia que destruye recursos naturales valiosos y dando lugar a conflictos con el Estado.

e. El poder político local fundamentado más en la posesión de tierras impide la modernización y actualización del catastro rural, así como el pago de mayores tributos para el desarrollo de las mismas regiones y el logro de convergencia rural-urbana.

En el mismo sentido, se expresa que el “propósito que la Ley 160 de 1994 retoma al establecer que el primer objetivo de la reforma agraria es promover y consolidar la paz, a través de mecanismos encaminados a lograr la justicia social y la democracia participativa” (Ley 160, 1994, Art. 1).

Esta forma de ver las cosas por las altas cortes parece corresponder a una de las seis dificultades que el doctor Marquardt estudia y denomina *la transformación por el agrorromanticismo*, cuyo núcleo es:

[Un] pensamiento contra-transformador alrededor de tres suposiciones principales: primero, cree que Colombia sería todavía un país preeminentemente agrario; segundo, piensa que la urbanización masiva de los últimos decenios fuera un efecto de los refugiados del conflicto armado; tercero, especula que en una futura paz sostenible, la población urbana de los barrios miserables volviese al campo para vivir felizmente en un agricultura de subsistencia, similar al modelo del siglo XIX [...] Un sub-mito del agro-romanticismo es la creencia en los beneficios de la reforma agraria social según el modelo mexicano de 1917. Se piensa en la posibilidad de poder crear la *paz mundial* a través de modificaciones al régimen rural, sin mucha sensibilidad para el hecho que la población agraria del siglo XXI se ha convertido en una minoría pequeña del pueblo estatal, de modo que ningún arreglo rural puede lograr un aumento sustancial de la igualdad socioeconómica o de oportunidades con efectos transversales en toda la sociedad. (Marquardt *et al.*, 2018, p. 4)

En el acápite de las respuestas a las seis dificultades mencionadas, en el punto que denomina *agrorromanticismo*, citando a Sieferle, dice que existe una tendencia inherente y comparable que se denomina la

f. Cercena las posibilidades de desarrollo de la cooperación y del capital social rural, y de unas relaciones más horizontales entre actores del sector.

g. Impulsa flujos migratorios hacia áreas urbanas incapaces de generar fuentes de empleo e ingresos dignos. (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2011, p. 183)

caída del campesinado. Esta es aplicable a Colombia a través de mediciones según las cuales, desde 1964, la tendencia es que la población urbana supera a la rural, lo cual supone “un fenómeno de macro historia sin posibilidad de escape”, por lo que ese *sub-mito* no es una solución al problema del “aumento sustancial de la igualdad socioeconómica o de oportunidades con efectos transversales en toda la sociedad” (Marquardt *et al.*, 2018, p. 5).

En otro pronunciamiento, hecho por la misma Corporación, se hace referencia al régimen jurídico aplicable a los bienes baldíos:

Esta Corporación ha explicado que la Constitución consagró así no sólo el llamado “dominio eminente”, el cual se encuentra íntimamente ligado al concepto de soberanía, sino también la propiedad o dominio que ejerce la Nación sobre los bienes públicos que de él forman parte. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha precisado, según los lineamientos de la legislación civil, que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende tanto los bienes de uso público como los bienes fiscales, así: “(i) Los bienes de uso público, además de su obvio destino se caracterizan porque “están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales”. El dominio ejercido sobre ellos se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad. (ii) Los bienes fiscales, que también son públicos aun cuando su uso no pertenece generalmente a los ciudadanos, se dividen a su vez en: (a) bienes fiscales propiamente dichos, que son aquellos de propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno “igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes”; y (b) bienes fiscales adjudicables, es decir, los que la Nación conserva “con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley”, dentro de los cuales están comprendidos los baldíos”. (Corte Constitucional de Colombia, T-488 de 2014)

Recuérdese que para adjudicar un bien baldío, la Ley 902 de 2017 —declarada exequible mediante la Sentencia C-073 de 2018 de la Corte Constitucional, y modificatoria del artículo 69 de la Ley 160 de 1994— establece, en su artículo 4, numeral 3, que para poder ser adjudicatario no se pudo haber sido beneficiario de algún programa de tierras, o que siéndolo demuestre que las extensiones de tierra a las que accedió son inferiores a una UAF, es decir, una Unidad Agrícola Familiar. En el artículo 38 de la Ley 160 de 1994 se define la UAF así:

[...]. Se entiende por Unidad Agrícola Familiar (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona y con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio. La UAF no requerirá normalmente para ser explotada sino del trabajo del propietario y su familia, sin perjuicio del empleo de mano de obra extraña, si la naturaleza de la explotación así lo requiere. La Junta Directiva indicará los criterios metodológicos para determinar la Unidad Agrícola Familiar [...], y fijará en salarios mínimos mensuales legales el valor máximo total de la UAF que se podrá adquirir mediante las disposiciones de esta Ley.

La Corte Constitucional, al referirse a la UAF se ha pronunciado en los siguientes términos:

La UAF, como célula fundamental de la política agraria del Estado, encuentra respaldo en el artículo 63 de la Carta Política, pues ha sido concebida para resolver el problema de la tenencia de la tierra, propiciado en gran medida por los fenómenos del minifundio y del latifundio, que históricamente han generado desequilibrios en los ámbitos económicos y sociales de la Nación; el primero, por ser una pequeña extensión de tierra, que impide el empleo adecuado de la fuerza de trabajo familiar y, el segundo, por concentrar en unos pocos la propiedad rural, manteniendo grandes áreas de terreno sin cultivar.

El régimen jurídico a que están sometidas las UAF consagra una serie de limitaciones a la persona o personas titulares de su adjudicación en lo relativo a: sujetar la explotación del predio al uso y protección de los recursos renovables; a no transferir su propiedad sino dentro de un determinado tiempo, y en favor de campesinos de escasos recursos o minifundistas; a no arrendarla o a gravarla, sino con autorización del Incora, etc. Igualmente, dicho régimen, con miras a impedir el minifundio prohíbe fraccionar predios por debajo de una extensión equivalente a dicha unidad, so pena de nulidad absoluta del respectivo acto o contrato (art. 44 de la ley 160/94), salvo las excepciones de ley. (Corte Constitucional de Colombia, C-536 de 1997)

Por último, el Decreto 2666 de 1994 —modificado por el Decreto 982 de 1996 y adicionado por el Decreto 2333 de 2014— establece el proceso mediante el cual el particular que ocupa durante cinco años, explotando económicamente el baldío adjudicable ubicado en el sector rural, con base en lo ordenado por la Ley 137 de 1959 y sus decretos reglamentarios, puede adquirir el baldío.

En resumen, en Colombia existen dos modos de adquirir el dominio tanto de los bienes inmuebles privados como de los baldíos que sean adjudicables (por ejemplo, según el Decreto 2664 de 1994, artículo 9, no son adjudicables los terrenos aledaños en cinco kilómetros a los parques nacionales naturales), que corresponden a la prescripción y la ocupación. Respectivamente, el primero de ellos a cargo de los jueces ordinarios; y el segundo a cargo de la Agencia Nacional de Tierras, creada el 7 de diciembre de 2015, con la expedición del Decreto 2363, *Por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, ANT, y se fija su objeto y estructura*, estableciendo sus funciones y asumiendo las del antiguo Incoder. Sobre este último modo existe un mito en relación con los beneficios de la llamada *reforma agraria*, que no es una solución al problema de incremento de la igualdad socioeconómica y de oportunidades con consecuencias transversales para el ser humano.

¿Cómo adquirir un baldío por prescripción en Colombia?

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-488 de 2014, preguntó: “¿transgrede el ordenamiento constitucional y legal colombiano la declaración de prescripción adquisitiva que efectúe un juez sobre un terreno baldío a través de un proceso de pertenencia?”, siendo la respuesta: sí. No obstante, un baldío en Colombia se adquiere por prescripción. ¿Cómo es que ello ocurre?, ¿cómo es que se sigue transgrediendo el orden constitucional y legal?

El proceso judicial declarativo de pertenencia se promueve con la presentación de la demanda, a la cual deberá anexarse el certificado del registrador de instrumentos públicos, en el que consten las personas que figuren como titulares de derechos reales principales sujetos a registro del inmueble de que se trate. Como dicho requisito no es causal de rechazo de la demanda, los jueces en el auto inicial otorgan un término para subsanar la demanda y ordenan al accionante que aporte dicho certificado.

De reunirse los requisitos del CGP, en el auto admisorio de la demanda el juez ordena notificar a las instituciones antes mencionadas y referidas en el artículo 375 del CGP, para que, si cumplen la ley, hagan las manifestaciones a que hubiere lugar —como se dijo— en el ámbito de sus funciones. Esta situación, que en la mayoría de los procesos no ocurría, convertía tal omisión en la causal para que el juez adelantara el proceso de pertenencia, sin tener la certeza acerca de la naturaleza jurídica del bien inmueble, o como bien privado o público.

Otra situación que se evidencia es que el juzgado que conoce de la demanda de pertenencia recibe la respuesta de las entidades y decide seguir adelante con el proceso. Estas situaciones generaban y siguen generando las siguientes posibilidades, que traen consigo la frecuente consecuencia de que el juez falle declarando la pertenencia de un bien inmueble, que a la postre resulta ser baldío.

La primera posibilidad corresponde a la falta de certeza/incertidumbre frente a la naturaleza del bien inmueble. Es decir, que sin certeza acerca de la naturaleza jurídica del inmueble, el juez ordinario falla accediendo a la declaración de pertenencia, como se evidencia en las siguientes sentencias:

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué falló a su favor y ordenó la respectiva inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria. (Corte Constitucional de Colombia, T-488 de 2014)

En este caso concreto, la Corte encuentra que el Juzgado Promiscuo del Circuito recibió reporte de la Oficina de Instrumentos Públicos indicando que sobre el predio “El Lindanal” no figuraba persona alguna como titular de derechos reales. En este mismo sentido, el actor reconoció que la demanda se propuso contra personas indeterminadas. Pese a ello, el Juzgado promiscuo consideró que el bien objeto de la demanda es inmueble que “puede ser objeto de apropiación privada. (Corte Constitucional de Colombia, T-488 de 2014)

Así mismo, en relación con la indeterminación del inmueble, en este fallo se sostiene que:

[...] en el presente caso, la propiedad privada no fue acreditada según los presupuestos legales al respecto. En efecto, afirma que cuando en el certificado del registrador de instrumentos públicos, que se debe acompañar con la demanda de pertenencia, se establece que se desconocen las propiedades anteriores, el juez está en la obligación de aclarar la situación, para de esta manera evitar adelantar un proceso sobre el cual no tiene competencia, pues el bien objeto de controversia puede pertenecer a la Nación. (Corte Constitucional de Colombia, T-293 de 2016)

El juez debe adoptar, de manera oficiosa, las medidas necesarias para determinar la verdadera naturaleza jurídica del bien, máxime cuando existen indicios de que puede tratarse de un terreno baldío. Así, se advierte que el juez, a pesar de que no existían titulares registrados de derechos reales sobre el predio, este carecía de matrícula inmobiliaria y la demanda fue presentada contra personas indeterminadas, circunstancias que configuran indicios de que podría tratarse de un terreno baldío. (Corte Constitucional de Colombia, T-293 de 2016)

El juez debe velar no solo por esclarecer la veracidad de los hechos, sino que, en estos casos, también debe propugnar por determinar

la naturaleza jurídica del bien a través de las pruebas oficiosas pertinentes. En esa medida, de existir indicios que permitan inferir, en algún grado, la probabilidad de que se trata de un bien de la Nación, la autoridad judicial deberá vincular al Incoder para lograr esclarecer la situación y, de ser el caso, desvirtuar la presunción antes mencionada en pro de una adecuada protección del patrimonio público y evitar una usurpación de competencias. (Corte Constitucional de Colombia, T-293 de 16)

En relación con la prueba de la naturaleza del bien inmueble, la alta corporación menciona lo siguiente:

Si bien en principio, los presuntos poseedores que pretenden ser propietarios están habilitados para acudir a la jurisdicción agraria a solicitar se les declare dueños por haber usucapido el bien, es menester dentro del proceso que el juez como garante del patrimonio público acopie las pruebas necesarias para establecer que no se trata de un terreno baldío de la Nación. Lo anterior es así, toda vez que, dentro del mismo proceso, el juez tiene la oportunidad de decretar pruebas de oficio, y además como requisito de la demanda se le exige al demandante que adjunte el certificado de libertad y tradición del predio que ha poseído y pretende adquirir (Corte Constitucional de Colombia, T-548 de 2016)

Sobre la naturaleza jurídica del bien (público o privado) expresó:

Con base en lo expuesto, ante la incertidumbre respecto de la calidad de privado o público del bien objeto de litigio, y en atención a la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual se presume bien baldío aquel que no tiene registrado propietario en el folio de matrícula, o cuando el bien carece de antecedentes registrales, el funcionario judicial que conoce del caso, en ejercicio de sus amplias facultades, debe hacer uso de las herramientas que la ley le suministra, para identificar la verdadera naturaleza del bien que se pretende adquirir por prescripción y para comprobar la veracidad de los hechos que se le presentan. Así, el juez de la causa, por ejemplo, podría proceder a decretar pruebas de oficio y vincular al

INCODER, hoy Agencia Nacional de Tierras, para que esta entidad aporte al proceso los elementos que le permitan absolver cualquier duda. (Corte Constitucional de Colombia, T-727 de 2016)

En el mismo sentido, ha señalado fallas en el factor humano:

La Corte evidenció que la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué adolecía de defecto fáctico, por cuanto no se había valorado “acertadamente el folio de matrícula aportado” y se había omitido “practicar otras pruebas conducentes para auscultar la naturaleza jurídica del terreno en discusión”. Expuso que el juez ordinario no valoró los elementos probatorios que indicaban la probabilidad de que el predio objeto de controversia pertenecía a la Nación. Igualmente, el juez omitió el deber de practicar pruebas de oficio que le permitieran descartar la anterior situación y solo fundamentó su decisión en declaraciones de testigos y la práctica de una inspección judicial, los cuales, si bien aportan en lo relacionado con la ocupación, son inconducentes para esclarecer la naturaleza jurídica del bien. (Corte Constitucional de Colombia, T-567 de 2017)

Por último, el máximo tribunal aseveró sobre los baldíos:

Según los artículos 1° y 2° de la Ley 200 de 1936, se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada los inmuebles rurales poseídos por particulares, cuando aquellos son explotados económicamente por medios propios del dueño como plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación, como acontece en la acción de pertenencia que dio origen a este mecanismo constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, T-580 de 2017)

La carga de la prueba, en tratándose de acreditar que el bien a usucapir es baldío, está en cabeza del Incoder (Estado), y no debe desvirtuarla el demandante, a quien compete únicamente acreditar el cumplimiento de las presunciones consagradas en la Ley 200 de 1936, señaladas en antecedencia. (Corte Constitucional de Colombia, T-580 de 2017)

La segunda posibilidad corresponde a que, una vez proferida la sentencia declarativa de la pertenencia, el juez le ordena al registrador de instrumentos públicos hacer la respectiva inscripción, y el registrador, al no encontrar antecedentes registrales, se niega a tramitar la inscripción del fallo y profiere acto administrativo.

Finalmente, en la tercera posibilidad, el antiguo Incoder, hoy ANT, en algunos casos instaura acción de tutela, argumentado la vulneración al debido proceso por la falta de vinculación al proceso de pertenencia. Ejemplos de lo dicho son los fallos citados a favor del tutelante, que ordenan revocar los fallos y la nulidad de lo actuado en el proceso de pertenencia, para lo cual el juez de instancia debe declararse incompetente por tratarse de un bien público. En cuanto a la oficina de registro, se ordena que deje suspendida la apertura del folio hasta que el juzgado de conocimiento proceda o que elimine el nuevo folio de matrícula abierto.

En este punto surge el interrogante: ¿qué es lo que sucede en los casos citados, los que han dado lugar a la declaración de pertenencia sobre bienes inmuebles, respecto de los cuales no se tiene la certeza de ser ni públicos ni privados, por carecer, por ejemplo, de antecedente registral?

Pareciera, entonces, que una de las hipótesis radica —además de la decisión posiblemente caprichosa del juez de seguir adelante con el proceso de pertenencia y a pesar de la falta de certeza sobre la naturaleza jurídica del bien inmueble— en la interpretación que se hace del artículo 2 de la Ley 4 de 1973, para lo cual es necesario recordar la Instrucción Conjunta número 13, del antiguo Incoder y la Superintendencia de Notariado y Registro, del 13 de noviembre de 2014, la cual se expidió precisamente en acatamiento de la orden dada por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-488 de 2014, con el fin de orientar en la identificación de los baldíos.

Específicamente, las maneras como se debe acreditar la propiedad privada y recordadas en la Instrucción, son: 1) la cadena de títulos traslativos; o 2) un título originario expedido por el Estado, por lo que:

[...] en caso de encontrar serios indicios de que esta información existe a través de pruebas sumarias, e indicios certeros de que el

predio no cuenta con cadenas traslaticias del derecho de dominio, o con derechos reales inscritos en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, se puede concluir que se invierte la carga de la prueba para aquellos particulares que pretendan tener como privado estos predios, y que aparezcan en catastro con cédulas catastrales, pero sin folio de matrícula. Así entonces, se presumirá baldío si se cuenta con estos dos documentos: • Certificado de carencia de antecedentes registrales, expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en donde conste que las personas que aparecen inscritas en catastro, con predios con cedula catastral, pero sin folio de matrícula inmobiliaria, no poseen antecedentes registrales de derechos reales inscritos a su nombre. • Certificado de IGAC, en el que conste la identificación física por linderos y cabida del predio, junto con el nombre de aquella persona a quien no se le encontró registro inmobiliario alguno. (Incoder y Superintendencia de Notariado y Registro, 2014)

Así las cosas, existe claridad conceptual acerca de la naturaleza jurídica de los baldíos y sobre el modo cómo pueden ser adquiridos por los particulares. Recuérdesse que no existe el censo de los bienes fiscales adjudicables. Los particulares, de manera iterada y mediante el ejercicio del modo de la prescripción, adelantando el proceso de pertenencia, vienen adquiriendo los mencionados baldíos, sin otra explicación que el factor humano.

Esto porque se ignora lo mencionado, o porque sin ignorarlo decide seguir adelante, hasta que las entidades mencionadas en el artículo 375 del CGP deciden intervenir, según las sentencias citadas, interponiendo una acción de tutela, que termina en la reiteración de lo dicho en la Sentencia T-488 de 2014. Lo anterior, lo único que revela es el desorden estatal, administrativo y judicial.

Conclusiones

Los bienes inmuebles de propiedad de los particulares o los denominados *baldíos o fiscales adjudicables*, respecto de los cuales no existe un censo en Colombia, pueden ser adquiridos por los particulares por

el sistema dual: del título y el modo, donde el modo para cada uno de ellos es la prescripción y la ocupación, respectivamente.

La práctica judicial ha demostrado que, a pesar de la claridad conceptual y la existencia de los modos para cada uno de esos inmuebles, los baldíos están siendo adquiridos por el modo de la prescripción. La jurisprudencia colombiana se ha encargado de explicitar cómo los baldíos en Colombia tienen un modo de adquisición excepcional, entre otras razones, porque tratan de cumplir con una función social. Esta corresponde a una filosofía según la cual el hombre dueño de la tierra tiene un mejor futuro económico y social, entre otras razones, porque Colombia es un país rural. Dicha filosofía empieza a ser contrarrestada a partir de otras de lecturas que reconocen tendencias globalizantes, de las cuales en Colombia no nos escapamos; particularmente a partir de 1986, por la *caída del campesinado*, la población urbana supera a la rural. Esto supone “un fenómeno de macro historia sin posibilidad de escape” (Marquardt *et al.*, 2018, p. 6).

Al continuarse la adquisición del baldío por el modo de la prescripción, ya sea por el factor humano del juez, por ignorancia o por desconocimiento deliberado, en particular del tema de la presunción establecida en la Ley 4 de 1973, respecto de la inversión de la carga de la prueba para cuando el dominio del inmueble del particular no se realiza con la titulación del Estado o con la cadena que requiere títulos traslaticios, simplemente denota un desorden institucional, tanto de la administración nacional como de la judicatura.

Referencias

- Castro, G. (2018). Una nueva propiedad intelectual para el siglo XXI. Focos, críticas y propuestas puntuales para una futura regulación de los bienes inmateriales. *IUSTA*, 48, 19-41. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2018.0048.01>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 536 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell: 23 de octubre 23 de 1997) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-536-97.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 595 de 1995 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: 7 de diciembre de 1995). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-595-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 488 de 2014) (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: 9 julio de 2014) <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-488-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 567 de 17 (M. P. Alberto Rojas Ríos: 8 septiembre de 2017) http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-567-17.htm#_ftn5
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-293 de 2016 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 2 de julio de 2016) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-293-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-548 de 2016 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio: 11 de octubre de 2016) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-548-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-727 de 16 (M. P. Alejandro Linares Cantillo: 11 de octubre de 2016) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-727-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-580 de 17 (M. P. Carlos Bernal Pulido: 18 de septiembre de 2017) <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-580-17.htm>
- Durán Vinazco, R. (2018). Derecho a la propiedad en el proceso de paz en Colombia: Aproximación al régimen jurídico de los baldíos, frente a los acuerdos de paz con las Farc: un análisis prospectivo. En B. Marquardt, J. Martínez, y M. Sánchez (eds.), *Paz Territorial y Tierras*. Editorial Ibáñez, Santo Tomás, Universidad Nacional.
- Incoder- Superintendencia de Notariado y Registro. (2014). *Instrucción administrativa conjunta 13. Sentencias de Declaración Judicial de Pertenencia sobre Terrenos presuntamente Baldíos y acciones a seguir*. [lp/contenidos.dll/Instruccion/4005936?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://contenidos.dll/Instruccion/4005936?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- Ley 1564 de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Julio 12 de 2012. DO: 48 489
- Ley 160 de 1994. *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria<1> y se dictan otras disposiciones*. Agosto 3 de 1194. DO: 41 479

- Ley 57 de 1887. *Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional*. Abril 15 de 1887. DO: 7019
- Marquardt, B., Martínez, J. y Sánchez, M. (2018). *Paz Territorial y Tierras*. Editorial Ibáñez, Santo Tomás, Universidad Nacional.
- Melo Rubiano, E. (2015). *La recepción de la nova lex mercatoria en el régimen de fuentes del derecho privado colombiano: La eficacia del acto jurídico por su objeto*. instname: Universidad Santo Tomás. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1985>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2011). *Colombia rural. Razones para la esperanza*. <https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=1623>
- Peña Peña, D. F. y Blanco Alvarado, C. (eds.). (2016). *Tendencias jurídicas del derecho público*. Grupo Editorial Ibáñez: Universidad Santo Tomás.
- Varon, L. (2019). Fundamento jurídico de la acción judicial de restitución y formalización de tierras y su carácter predominante como medida de reparación. *IUSTA*, 51, 91-114. <https://doi.org/10.15332/25005286.5037>

Promesas de compraventa como medio de reubicación de vendedores informales: procedencia de la venta directa de bienes fiscales del Estado¹

MARTHA CECILIA CAÑÓN SOLANO
DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO
RUTH CAROLINA BLANCO ALVARADO

Introducción

En la ciudad de Bogotá se generaron proyectos orientados a la organización, capacitación, formalización o reubicación de vendedores ambulantes y estacionarios. Para tal fin se definió una política con criterio empresarial y contenido social, cuyo desarrollo se concentró en asesorías de carácter interdisciplinario, línea de crédito con tasas de interés preferencial, actividades de capacitación, participación económica en los proyectos y el desarrollo de algunos como oferta institucional. Con dicha finalidad, se adquirieron inmuebles y se arrendaron otros a dichos vendedores, buscando la reubicación por fuera del espacio público.

1 El presente capítulo fue gestionado en la Universidad Santo Tomás (Bogotá, Colombia), en el marco del proyecto de investigación titulado *To what extent does the judges create law in the common law system*, vinculado al grupo de investigación en Derecho Privado.

Sin embargo, las distintas entidades encargadas de realizar la reubicación de vendedores informales en la ciudad, dentro de los diferentes esquemas de reubicación, realizaron la entrega real y material de locales y espacios comerciales ubicados en dichos bienes fiscales, con base en promesas de compraventa suscritas hace más de 20 años (1994 y 1995) con los vendedores informales que solían invadir el espacio público². La ocupación de estos bienes continua en la actualidad.

Ahora bien, el hecho de suscribir promesas de compraventa como paso previo al perfeccionamiento del negocio jurídico —mediante la escritura pública correspondiente como método de venta directa— teniendo en cuenta el sistema de título y modo para adquirir los derechos de propiedad existente en Colombia, obedece a un esquema de derecho privado, que puede estar en contravía de las finalidades de la utilidad pública, selección objetiva y otros principios de la contratación estatal. En consecuencia, la utilización de dicho mecanismo para la reubicación de vendedores informales presenta graves falencias. Por lo tanto, no es posible (ni en la época en que se hicieron ni en la actualidad) realizar promesas de compraventa como método de reubicación de vendedores informales en bienes fiscales.

Por lo anterior, el problema de investigación analizado en el presente capítulo se centra en examinar la viabilidad de la adjudicación de derechos de propiedad sobre bienes fiscales, dentro de un marco del interés general y la función social de la propiedad, a comerciantes informales que invadieron el espacio público, mediante la utilización de promesas de compraventa. Esta situación ha generado una ocupación de dichos bienes, sin que exista una correcta asignación de los derechos de propiedad, a pesar de que hayan pasado más de 20 años desde el negocio jurídico celebrado y de la aplicación de los programas de reubicación como mecanismo para satisfacer, a través de la propiedad, derechos de la colectividad y de una población, en principio, vulnerable.

2 Para la realización del presente estudio se revisaron un total de 340 negocios jurídicos basados en promesas de compraventa; sin embargo, al ser documentos pertenecientes a las distintas entidades estatales, estas solicitaron a los autores expresamente que no se publicaran las partes, en virtud de la confidencialidad para el manejo de datos personales.

Para ello, se utilizó una metodología cualitativa de revisión documental, con una muestra de 340 contratos de promesa de compraventa realizados en el marco de una política de reubicación. Esto con el objetivo de realizar una descripción de la situación jurídica y su aplicación en concreto al problema planteado, desde la dogmática tradicional del derecho privado y público contractual.

Competencia de las entidades distritales para realizar la venta directa (mediante promesa y escritura pública) de bienes fiscales

Desde la Ley 9 de 1989 existe una carencia de competencias de las distintas entidades distritales para realizar ventas directas de bienes fiscales. En este sentido, toda competencia creada en acuerdos distritales especiales sería contraria a la ley, así su finalidad sea destinar los bienes adquiridos a los procesos de reubicación de vendedores informales mediante promesas de compraventa. Por lo anterior, es menester partir de la diferenciación entre el principio de autonomía de la voluntad que rige en las relaciones particulares, en contraposición del principio de legalidad que gobierna las actividades que pueden realizar los servidores públicos. Esto como marco teórico para la utilización de contratos de promesas de compraventa por parte de las entidades del Distrito.

En este contexto, el principio de la autonomía de la voluntad privada “consiste en la delegación que el legislador hace a los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos” (Fernández, 1999). Por lo anterior, a los particulares se les permite realizar todo aquello que no esté prohibido expresamente por la ley y generar, con base en los negocios jurídicos, obligaciones que les apliquen a ellos, limitando su libertad en ejercicio de esta autonomía.

Ahora bien, el marco normativo para los servidores o funcionarios públicos dista de esa libertad que tienen los particulares en su actuar. Estos servidores —al ser la herramienta por medio de la cual se materializa el poder del Estado— están limitados estrictamente por el principio de legalidad, por el cual ellos solo pueden hacer, en ejercicio de sus funciones, aquello que esté expresamente autorizado por la ley o

la Constitución Política, *so pena* de violentar el ordenamiento jurídico. Esto fue reconocido por la Carta Suprema colombiana en su artículo 6, el cual consagra que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Const., 1991, Art. 6). Por lo anterior, los funcionarios públicos están siempre sujetos a las limitaciones que las normas establecen, ejerciendo únicamente las competencias asignadas expresamente. Es decir, solo pueden realizar aquello que la norma les autoriza; este principio emana de la misma Constitución Política.

En consecuencia, en primera medida, si se pretende realizar un proceso de reubicación utilizando promesas de compraventa, es necesario un análisis específico de las competencias de las distintas entidades, en donde expresamente se debe permitir este tipo de contratos como óbice para poder acudir a ellos. Al revisar el Acuerdo Distrital 257 de 2006, *por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones*, se encuentra que no existe expresamente la competencia para realizar venta directa de bienes fiscales por parte de las entidades contenidas en dicha normatividad. Sin embargo, así estuvieran expresamente contenidas dentro de las competencias, las negociaciones de bienes fiscales, al ser entidades estatales, deben estar sujetas al régimen general de contratación.

Se concluye que al no existir la competencia expresa de las entidades del distrito o sus órganos para enajenar, a título oneroso y bajo un régimen de derecho privado, bienes fiscales de su patrimonio de manera directa, la elaboración y firma de las promesas de compraventa realizadas estaban y están en clara contravía del principio de legalidad que sujeta a la administración pública y del artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

Régimen de enajenación de bienes fiscales

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que muchas de las promesas de compraventa para la reubicación de vendedores informales revisadas fueron suscritas hace más de 20 años (entre 1994 y 1995), es

menester dilucidar cuál era el régimen legal aplicable a la transferencia de dominio de bienes fiscales en ese entonces y en la actualidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que la autorización de adquisición en vigor de la normatividad anterior tenía que ser corroborada por el tribunal administrativo competente. De igual modo, es necesario verificar la normatividad vigente para la época en que se suscribieron dichos contratos y la actual, con el fin de dilucidar la legalidad de dicho método.

De conformidad con la Ley 80 de 1993:

Artículo 81. De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113 [...] Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley. (Art. 81)

En cuanto a la posibilidad de enajenar los bienes de la nación, aquellos considerados como de uso público no pueden ser objeto de transferencia de dominio a título gratuito u oneroso. Respecto a los bienes fiscales, existe la posibilidad de hacer dicha transferencia, pero bajo unas condiciones especiales consagradas en la ley, las cuales se describirán dentro del presente acápite. La transferencia de dominio de bienes inmuebles de la nación a los particulares a título gratuito está prohibida tajantemente por el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia:

Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Const., 1991, Art. 355)

Ahora bien, la posibilidad de enajenar los bienes fiscales entre entidades estatales está reglada en la actualidad en el orden nacional por la Ley 708 de 2001:

Artículo 8. Los bienes inmuebles fiscales de propiedad de las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como de los órganos autónomos e independientes, que no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, y además que no los requieran para el desarrollo de sus funciones, y no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa que deberán tener las entidades, deben ser transferidos a título gratuito a otras entidades públicas conforme a sus necesidades, de acuerdo con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos ocupados ilegalmente antes del 28 de julio de 1988 con vivienda de interés social, los cuales deberán ser cedidos a sus ocupantes, en virtud de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 9.a de 1989. (Art. 8)

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con el concepto de la Oficina Jurídica Nacional de la Universidad Nacional:

[...] las entidades públicas del orden nacional, incluyendo órganos autónomos e independientes como la Universidad Nacional de Colombia, están en la obligación de transferir a título gratuito a otras entidades públicas, los bienes inmuebles fiscales de su propiedad que reúnan la totalidad de los requisitos establecidos en la norma, a saber: 1) no tener vocación para la construcción de vivienda de interés social; 2) que la entidad no lo requiera para el desarrollo de sus funciones; y 3) que no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa adoptados por la entidad. (2001)

En ese sentido, la transferencia de bienes inmuebles fiscales a título gratuito solo se puede presentar entre entidades públicas y bajo las condiciones que establece la ley mencionada. Por otra parte, sí existe prohibición expresa dentro del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia para transferir el dominio a título gratuito a personas

naturales o jurídicas privadas. Por lo anterior, respecto a la transferencia a título gratuito de bienes fiscales dentro de todo el territorio nacional:

[No es jurídicamente viable la transferencia a título gratuito de bienes inmuebles fiscales a personas [naturales o] jurídicas privadas. Así lo estableció la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado en sentencia número 2009-00039-00, en la cual se dio respuesta a las preguntas formuladas por la Ministra de Educación en relación con la posibilidad de identificar el instrumento jurídico por el cual la Nación podría transferir la propiedad que detenta sobre un inmueble fiscal, a una fundación privada sin ánimo de lucro que tiene por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con los derechos y servicios constitucionales referidos a la educación, la cultura y el conocimiento. (Oficina Jurídica Nacional, 2001)

Ahora bien, en este análisis se verificó la posibilidad de transferir el dominio de bienes fiscales a título oneroso. Con el ánimo de realizar una interpretación completa del marco normativo aplicable a las promesas de compraventa mencionadas, es menester partir del Decreto Ley 222 de 1983, que en su artículo 147 establecía:

La venta de bienes inmuebles se efectuará por negociación directa cuando el avalúo practicado con tal fin de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 143 de este estatuto, no fuere superior a la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5 000 000.00); en caso contrario, se realizará mediante licitación pública.

Sin embargo, la Ley 9 de 1989, posterior al Decreto Ley 222 de 1983, establecía que:

Artículo 36. Las entidades públicas podrán enajenar sus inmuebles sin sujeción al límite establecido en el artículo 35 de la presente Ley y sin que medie licitación pública en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de una enajenación a otra entidad pública. Esta excepción procederá una sola vez respecto del mismo inmueble.
2. Cuando se trate de una enajenación a una entidad sin ánimo de lucro, siempre y cuando medie la autorización del Gobernador,

Intendente o Alcalde Mayor de Bogotá, en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble. Estas enajenaciones estarán sometidas a condición resolutoria del derecho de dominio en el evento de que se les dé a los inmuebles un uso o destinación distinto al autorizado.

3. Cuando se trate de inmuebles de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta que hubieren sido adquiridos por la vía del remate, adjudicación o dación en pago.

4. En la venta a los anteriores propietarios, siempre y cuando paguen el valor de los impuestos prediales, complementarios y de valorización del respectivo predio causado desde el momento de la anterior enajenación.

5. En las ventas individuales tales como aquellas que se efectúen dentro de un programa comercial de construcción de viviendas, oficinas o locales que formen parte del conjunto habitacional, y en el de los proyectos de renovación urbana. (Art. 36)

Como se desprende de esta norma, la venta por fuera de licitación pública bajo la vigencia de la Ley 9 de 1989 era una excepción que aplicaba solo a los casos concretos que contenía la norma trascrita. En consecuencia, cualquier venta que se realizara con posterioridad a esta ley, se tenía que realizar necesariamente por licitación pública, aún antes de la Ley 80 de 1993. No obstante, existen unas excepciones taxativas no aplicables a los casos de reubicación de vendedores informales³.

Lo anterior nos lleva a concluir que la venta de bienes fiscales a título oneroso a particulares también respondía a una regulación estricta. Esta se tenía que hacer por licitación pública y no mediante una venta directa bajo un régimen privado de contratación (promesas

3 Lo anterior, aunado a que de conformidad con el artículo segundo de la Ley 153 de 1887 “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior” (Ley 153, 1887), por lo que la Ley 9 de 1989 prevalecía sobre el Decreto 222 de 1983.

de compraventa y escritura pública de venta). Dicha posición fue corroborada por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, Enajenación de Bienes Fiscales, (2009), que conceptuó lo siguiente:

La ley 9.^a de 1989, conocida como la “ley de reforma urbana”, reguló los asuntos relativos al desarrollo urbano de los municipios, áreas metropolitanas y sus áreas de influencia; su artículo 36 forma parte del Capítulo iii, “De la adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación”, mediante los cuales el legislador autorizó y reglamentó la adquisición por parte de las entidades públicas de inmuebles para los fines relacionados en el artículo 10 de la misma ley 9.^a, todos los cuales apuntan al desarrollo urbano. El artículo 33 de la ley 9.^a en estudio, ordenó a las entidades públicas en general, que los inmuebles que hubieran adquirido a cualquier título y los que adquirieran a partir de la vigencia de esa ley, debían aplicarse ‘a los fines para los cuales fueron adquiridos’, y les dio un plazo de cinco años para que cumplieran tal obligación o procedieran a enajenarlos, con algunas excepciones; además, excluyendo a los municipios, las áreas metropolitanas y la Intendencia de San Andrés y Providencia, ordenó: “Todas las demás entidades públicas enajenarán dichos bienes mediante el procedimiento de la licitación pública, salvo cuando se trate de la venta a los propietarios anteriores o cuando el precio base de la negociación sea inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales”. (Destacado de los autores)

Ahora bien, es necesario revisar si existe algún tipo de excepción, luego de la Ley 80 de 1993, que les permitiera a las entidades distritales, en el marco de procesos de reubicación de vendedores, realizar una contratación distinta a la licitación pública.

Cabe anotar que la Ley 489 de 1998, en sus artículos 81 y ss., es clara al ordenar que:

Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo

complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.

En consecuencia, dicha provisión aplica para todos los establecimientos públicos, tanto del sector central como del sector descentralizado del Distrito Capital.

Las excepciones incluidas en la Ley 80 de 1993 que permitían y permiten la realización de contratos estatales por fuera del Régimen General de la Contratación Pública en comento hacen referencia a: 1) los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, 2) los contratos celebrados con personas extranjeras de derecho público, 3) los contratos celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, 4) los contratos de las instituciones financieras y de seguros estatales, y 5) los contratos de exploración y explotación de recursos naturales (Vinuela, 2016).

En este orden de ideas, si partimos del artículo 355 de la Carta Política, el Distrito Capital puede:

[...] con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Aparte de la norma, este fue reglamentado por el Decreto 777 de 1992, hoy Decreto 92 del 23 de enero de 2017, que rige desde el 1 de junio de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que las entidades tanto del sector central como del descentralizado del Distrito Capital no se encontraban cobijadas por el supuesto normativo de las excepciones mencionadas en la Ley 80 de 1993, ni tenían o tienen un régimen especial de contratación que les permitiera o permita apartarse del régimen general de la contratación pública. Por esto no es posible realizar promesas de compraventa para venta de bienes fiscales bajo un régimen de derecho privado.

Dentro de las condiciones establecidas por la Constitución, en el artículo 355 y las normas reglamentarias, tampoco cabía ni cabe en

el marco de una reubicación la venta directa de bienes fiscales, pues no se cumple siquiera el requisito de contratación con entidad privada sin ánimo de lucro —a pesar de que los vendedores informales en algunos casos son considerados como población vulnerable—, ya que se trata de personas naturales individuales. En este sentido, en la actualidad el artículo 4 del Decreto 92 de 2017 establece la obligación de realizar un proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro con idoneidad reconocida (Decreto 92, 2017, Art. 4).

En conclusión, la enajenación de bienes fiscales no se podía hacer mediante promesas de compraventa ni antes ni después de la Ley 80 de 1993; solo en vigencia del Decreto 222 de 1983, previo a la expedición de la Ley 9 de 1989, era posible siempre y cuando su valor no excediera los cinco millones de pesos. Hoy existe la posibilidad de enajenar los bienes fiscales a título oneroso a particulares, siempre y cuando se realice de conformidad con la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, pero no a personas determinadas; esto es, a los ocupantes actuales de los inmuebles.

Según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007:

Literal e) En los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva.

Ahora bien, la esta ley fue reglamentada por el Decreto 1082 de 2015, en el cual se estipuló específicamente y a profundidad el procedimiento de venta de bienes de la nación. En el artículo 2.2.1.2.2.1.1. se estableció que:

Aplicación. La abreviada es la modalidad para la enajenación bienes del Estado, la cual se realizará por las disposiciones contenidas en presente capítulo, salvo por las normas aplicables a la enajenación los a cargo del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado y la enajenación de que tratan la Ley de 1995, el Decreto-Ley de 2000 y la Ley 11 de 2006. (Decreto 1510 de 2013, artículo 88). (Departamento Nacional de Planeación, 2015)

En este sentido, en la subsección de tres artículos, 2.2.1.2.2.3.1., y subsiguientes, se reguló todo el procedimiento sobre la enajenación a título oneroso de bienes del Estado, entre los que se encuentran los bienes fiscales. Es este y no otro el procedimiento el que se tiene que realizar, *so pena* de las sanciones legales a que haya lugar.

Finalmente, si analizamos las excepciones contenidas en la Ley 1150 de 2007, o en otras leyes especiales, para ver si en la actualidad es posible transferir el dominio de los bienes fiscales mediante promesas de compraventa y la consecuente escritura pública, encontramos que están exceptuados del régimen de contratación:

[...] i) las entidades exceptuadas del sector defensa, ii) los contratos y convenios necesarios para la operación de la OTI, iii) los contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos, iv) los contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos, v) los contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la oim, vi) lo relativo a la contratación de servicios públicos domiciliarios (ley 142 de 1994), vii) la aeronáutica civil, viii) el régimen especial del distrito Capital (D.L. 1421 de 1993), ix) Régimen Especial de salud (Ley 100 de 1993, x) lo relativo a los juegos de suerte y azar, y xi) Régimen del Banco de la República (Ley 31 de 1992). (Vinueza, 2016)

Al revisar las excepciones se concluye que en la actualidad ninguna entidad del Distrito se encuentra en ninguna de ellas, y están obligadas a acoger el régimen general de la contratación para la transferencia de dominio de cualquier bien que pretenda enajenar título oneroso.

El principio de confianza legítima en la ocupación de bienes fiscales

En la actualidad existen bienes fiscales que fueron ocupados en un comienzo por comerciantes informales reubicados que, en virtud de sendas promesas de compraventa, entraron en tenencia de estos. Algunos

de estos inmuebles son de propiedad de Bogotá, toda vez que no confluó el título y el modo que se consolidara el derecho de propiedad en cabeza de dichas personas. Esto implica la posibilidad de recuperar su tenencia por parte de la administración.

Ahora bien, uno de los elementos fundamentales que se debe tener en cuenta para realizar las recuperaciones es el principio de confianza legítima. Este principio hace referencia a esa convicción íntima que tiene el administrado de estar en una situación jurídica ajustada al derecho, en razón de acciones u omisiones de la administración. Este principio es analizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, se revisará lo que ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto, para así determinar si de estos comerciantes se puede predicar la confianza legítima, en caso de intentar las acciones de recuperación procedentes; o si dicho principio puede ser óbice para una eventual titularización con base en los contratos promisorios suscritos.

Respecto al tema de la confianza legítima, por el cambio legislativo aplicable al problema que nos ocupa, el Consejo de Estado, en la reciente sentencia del 2015, ha conceptuado sobre los elementos para su configuración:

- Es necesario, primero, que exista algún tipo de disposición y actuación por parte de la administración que genere en el administrado esa confianza y la creencia que su actuar está amparado por el ordenamiento jurídico, disposiciones y acto que, además, deben ser “[...] concluyentes, ciertos, inequívocos y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados” (Confianza legítima, 2015).
- De igual forma, como segundo elemento, es necesario un criterio temporal, que se traduce en que el Estado se haya comportado durante un periodo de tal forma que justifique la generación de la confianza legítima en el administrado, teniendo en cuenta que dicho comportamiento es ininterrumpido y repetido por las autoridades administrativas, lo que genera, a su vez, la

creencia de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico, así como la confianza en que el Estado continuará actuando de la misma manera. (...)” (Confianza legítima, 2015).

- En virtud de lo anterior, como tercer elemento, tenemos que el administrado adecúa sus comportamientos a la actuación estatal, al punto que realiza disposiciones patrimoniales acorde con la creencia individual, generada por dicha confianza, de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico.
- En cuarto lugar, existe una actuación intempestiva de la administración que rompe con ese actuar pasado que vulnera la confianza que generó el administrado dadas las condiciones anteriores.
- Quinto, ese actuar intempestivo, además tiene necesariamente que lesionar las obligaciones que tiene el Estado de permitir la adaptación a los administrados y la posibilidad de adecuarse a las nuevas realidades jurídicas, derechos que nacen en la Constitución Política de 1991.

Por lo anterior, el tribunal de lo Contencioso administrativo consideró además que:

Así, la Sala ajusta los parámetros establecidos sobre responsabilidad del Estado - legislador por leyes declaradas exequibles, de manera tal que comprenda las diversas fuentes de daño antijurídico susceptibles de ser reparadas, incluyendo las comprendidas dentro de la órbita del principio de confianza legítima —expectativas legítimas y estados de confianza—. (Confianza legítima, 2015)

Respecto al primer supuesto, se tiene que el Estado, en cabeza de las distintas entidades distritales, suscribió sendas promesas de compra-venta sin tener la competencia para ello y contrariando una norma legal vigente. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la ley se reputa conocida, no es posible predicar una confianza legítima de los comerciantes con base en un negocio jurídico fundamentado en un acto contrario a la ley, que pudiese generarles algún tipo de expectativa,

incluso frente a aquellos que pagaron la totalidad del precio pactado por los inmuebles.

Además, para aquellos comerciantes que adeudan algún tipo de emolumento, no podría ser aplicable la figura de la confianza legítima, en razón de que si no han cumplido con sus obligaciones contractuales mal podría predicarse de ellos buena fe, elemento básico para la configuración de la confianza legítima.

Cabe anotar que la violación al principio de confianza legítima genera un título de imputación para realizar una reclamación por vía de la acción de reparación directa⁴, conforme a lo sentenciado por el Consejo de Estado. Se sigue que la confianza legítima no puede entenderse como un título, herramienta o mecanismo para consolidar la propiedad de los locales en cabeza de los vendedores informales reubicados que actualmente ocupan dichos inmuebles.

Es menester establecer cuándo el Estado-legislador crea expectativas legítimas y estados de confianza —situaciones jurídicamente protegidas (dispositivo amplificador del espectro de la responsabilidad estatal)— y las defrauda —razones de imputación—, evento en el cual las víctimas pueden reclamar en reparación directa (Confianza legítima, 2015)

Finalmente, la aplicación del principio no anula la de la normatividad vigente, esto en el momento de la suscripción de las promesas y en la actualidad.

Conclusiones

Del análisis de la normatividad aplicable a la venta de bienes fiscales por parte de las entidades distritales se puede concluir que estas carecían y carecen de competencias para enajenar a título oneroso o gratuito, y bajo un régimen de derecho privado, los bienes de su patrimonio. En consecuencia, no existía norma que sustentara la elaboración y firma de las promesas de compraventa realizadas con los comerciantes

4 Acción que también se encuentra caducada.

que ingresaron a los distintos programas de reubicación mediante la suscripción de dichas promesas. Esto se encuentra en clara contravía del principio de legalidad que sujeta a la administración pública y del artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

La enajenación de bienes fiscales a título oneroso a particulares luego de la Ley 9 de 1989 obedece a una regulación estricta. Desde esa época tiene que hacerse por licitación pública o, en su defecto, de acuerdo con las exigencias del inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política y el Decreto 777 de 1992, mas no mediante una venta directa bajo un régimen privado de contratación celebrado con personas naturales (promesas de compraventa y escritura pública de venta).

No es posible predicar confianza legítima respecto de los comerciantes que actualmente ocupan los inmuebles de las distintas entidades distritales que hicieron parte de los programas de reubicación, así ellos hubiesen pagado la totalidad del precio acordado.

Finalmente, la indefinición de los derechos de propiedad en cabeza de dicha población genera un problema económico de asignación de derechos que va en contra de la eficiencia, ya que son bienes explotados de manera incorrecta dentro del Distrito. Esto demuestra cómo el mecanismo jurídico utilizado va en contravía de la generación de riqueza, la utilidad pública y los derechos tanto colectivos como individuales que se pretendían garantizar con la política implementada.

Referencias

Acuerdo 25 de 1972 [Concejo de Bogotá]. *Por el cual se crea el “Fondo de Ventas Populares” y se dictan medidas para su organización y funcionamiento*. Diciembre 9 de 1972.

Acuerdo 256 de 2006 [Concejo de Bogotá]. *Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones*. Noviembre de 2006.

Acuerdo 257 de 2006 [Concejo de Bogotá]. *Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones*. Noviembre 30 de 2006.

- Acuerdo 4 de 1975 [Concejo de Bogotá]. *Por el cual se modifica el artículo 2 del Acuerdo 25 de 1972 y se dictan otras disposiciones*. Mayo 6 de 1975.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2005). *Plan Maestro para el espacio público*. Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Arcos Palma, Ó. y Vernazza Páez, A. (2017). *Riqueza y vivienda: Desde la economía pública, social, financiera y de las organizaciones*. <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/126088>
- Benneti, L. (2011). La función social de los contratos en los sistemas económicos de mercado. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(1), 1-25. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0001.01>
- Consejo de Estado. (2015). *Nulidad absoluta en los contratos*. Radicado N.º 250002326000200300567-01. Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2015). *Nulidad del contrato de compraventa*. Radicado N.º 250002326000200300567-0. Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2015). *Nulidad por objeto ilícito*. Radicado N.º 250002326000200300567-01. Bogotá: Consejo de Estado.
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. Julio 7 de 1991 (Colombia). 2.^a ed. Editorial Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 11001-03-15-000-2016-02729-01 de 2016 (M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas: 14 de diciembre de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 25000-23-26-000-1999-00007-01 de 2015 (M. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero: 31 de agosto de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-530 de 1996. (M. P. Jorge Arango Mejía: 19 de marzo de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-597 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz: 21 de octubre de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-314 de 2012 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 30 de abril de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-772 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: 4 de septiembre de 2003).
- Decreto 1082 de 2015 [Departamento Nacional de Planeación]. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Mayo 26 de 2015.

- Decreto 222 de 1983 [Departamento Administrativo de la Presidencia de la República]. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. Febrero 2 de 1983.
- Decreto 92 de 2017 [Departamento Nacional de Planeación]. *Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*. Enero 23 de 2017.
- Decreto Nacional 1167 de 2016 [Presidencia de la República]. *Por el cual se modifican y se suprimen algunas disposiciones del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*. Julio de 2016.
- Derecho Adquirido. Prescripción. Derecho Civil. Sentencia 18 de 1989 [Corte Suprema de Justicia]. *A la luz de lo expuesto, no se ve cómo la prescripción pueda transgredir el derecho de propiedad, puesto que mal podría desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntario abandono del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda*. Mayo 4 de 1989.
- Echeverry, D. (2015). The role of property rights in commercial agreements. *IUSTA*, 43, Article 43. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.05>
- Enajenación de Bienes Fiscales, 11001-03-06-000-2009-00039-00 (Consejo de Estado, 3 de septiembre de 2009).
- Fernández, G. O. (1999). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Temis.
- Gomez, F. A. (2017). *Concepto Centro Comercial Caravana*. IPES.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia.
- La Junta Directiva del Fondo de Ventas Populares. (1977). *Por la cual se aprueban unos estatutos, En uso de sus atribuciones legales y en especial la que le confiere el Ordinal 2°. Del Artículo 3 del Acuerdo 25 de 1972, proferido por el Honorable Concejo de Bogotá, D. E.* La Junta Directiva del Fondo de Ventas Populares.
- Ley 84 de 1873. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Mayo 31 de 1873. DO: 2867
- Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones*

- generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Julio 16 de 2007. DO: 46 691
- Ley 1437 de 2001. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2001. DO: 47 956
- Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Agosto 28 de 1887. DO: 7151
- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO: 48 489
- Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16*. Diciembre 29 de 1998. DO: 43 464.
- Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal*. Julio 24 de 2000. DO: 44 097
- Ley 708 de 2001. Por la cual se establecen normas relacionadas con el Subsidio Familiar para Vivienda de Interés Social y se dictan otras disposiciones. Noviembre 29 de 2001. DO: 44 632
- Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Octubre 28 de 1993. DO: 41 094
- Ley 9 de 1989. *Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones*. Enero 11 de 1989. DO: 38 650
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2005). *Mecanismos de Recuperación del espacio público*. Nuevas ediciones Ltda.
- Oficina Jurídica Nacional. (2001). *Concepto n.º 10 Aplicación ley 708 de 2001*. Universidad Nacional de Colombia.
- Peña Peña, D. F. y Blanco Alvarado, C. (eds.). (2016). *Tendencias jurídicas del derecho público*. Grupo Editorial Ibáñez: Universidad Santo Tomás.
- Prescripción y Caducidad, 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566) [Consejo de Estado] Octubre 11 de 2006.
- Varon, L. (2019). Fundamento jurídico de la acción judicial de restitución y formalización de tierras y su carácter predominante como medida de reparación. *IUSTA*, 51, 91-114. <https://doi.org/10.15332/25005286.5037>
- Vinueza, L. G. (2016). *Régimen Jurídico de la contratación estatal*. Legis.

Nuevas tecnologías para la comercialización de la propiedad: *blockchain*, criptomonedas y *smart contracts*¹

JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA
MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ
JUAN CARLOS VILLALBA CUELLAR

Introducción

Desde los albores de la humanidad, los desarrollos tecnológicos han sido impulsados no solo por la necesidad de sobrevivir y garantizar la consolidación de nuestra especie en la Tierra, sino también con el fin de dejar una huella indeleble en el curso de la historia.

En este sentido, herramientas como el lenguaje (inicialmente) y la escritura (de manera posterior) le han permitido a la humanidad compartir y, sobre todo, consolidar su acontecer a lo largo del tiempo, lo que dio lugar a que los conocimientos, avances y aportes pudieran ser

1 El presente capítulo es producto de la investigación realizada dentro del grupo Derecho de los negocios y la responsabilidad de la Universidad Republicana, dentro del proyecto de investigación denominado *Nuevas tendencias de la responsabilidad civil*. En colaboración con el grupo de derecho privado de la Universidad Militar Nueva Granada en la línea de derecho económico y los negocios.

transmitidos y perfeccionados de generación en generación. Sin embargo, cada una de estas ha tenido que enfrentarse a una constante que nos afecta de manera específica a todas las cosas existentes en el universo, conocida como *variable del tiempo*. La transmisión de conocimientos y los constantes desarrollos tecnológicos de nuestros núcleos sociales no podrían ser analizados de manera correcta si no nos encontráramos con esta variable, la cual hace caer en cuenta de una circunstancia inexorable, que la muerte y el olvido son, cada cual, a su manera, inevitables.

El conocimiento transmitido a través del lenguaje y la escritura empezó a consolidarse en soportes cada vez más tecnificados; comenzando por el registro de las actividades cotidianas en tablillas de arcillas, como lo hacían los sumerios; pasando por el uso del papiro y del papel por parte de las culturas egipcia y china, respectivamente; la aparición de la imprenta moderna gracias a los aportes de Gutenberg; y llegando hasta el uso del lenguaje binario. Han sido precisamente estos avances los que han hecho posible que la información pueda ser transmitida cada vez de manera más eficiente y eficaz, haciendo que en la actualidad los procesos de comunicación solo tomen fracciones de segundo.

Nuevas tecnologías como la de cadena de bloques o *blockchain* (como es más habitualmente conocida) están redefiniendo la manera como los humanos nos comunicamos entre nosotros y con las máquinas. Precisamente se plantea como *hipótesis* el hecho de que en la actualidad muchos procesos se han venido realizando mediante el uso de registros físicos, centralizados y poco seguros; sin embargo, dicha situación está por cambiar gracias a la *blockchain*, que es fruto del crecimiento de la sociedad misma, y funcionará como un nuevo mecanismo por el cual —mediante la tecnología— se harán los nuevos intercambios de las relaciones sociales, entre ellas la compraventa para la adquisición de la propiedad de bienes y servicios. Esto dentro de parámetros más confidenciales, económicos y seguros.

Al ser estos cambios el propósito del presente escrito, se tienen como *objetivos*: 1) analizar el concepto y características de la *blockchain* en el marco de la necesidad de que se establezca un control para su anonimato mediante una buena gobernabilidad de la red; 2) explorar

los campos en los que esta tecnología se suele emplear en la actualidad, tanto para las operaciones gubernamentales como para las negociaciones derivadas del derecho de propiedad, incluso si esta es intelectual; 3) demostrar su uso, mediante monedas virtuales o criptomonedas, para la adquisición de bienes y servicios financieros, manteniendo tanto el anonimato de los usuarios como de las transacciones en el comercio internacional, y su posible protección mediante la propiedad intelectual; y, finalmente, 4) mostrar la importancia de la *blockchain* en el impulso de los *smart contracts* para el desarrollo del comercio, en especial para la adquisición de la propiedad, al reducir costos.

La *blockchain*, características, consenso e inquietudes

La *blockchain*, o cadena de bloques, es entendida como un tipo de base de datos descentralizada (De Filippi y Wright, 2018) agrupada dentro de las llamadas Tecnología de Contabilidad Distribuida o DLT (por sus siglas en inglés: *distributed ledger technology*) (BBVA, 2019; Clark, 2018), donde la *blockchain* es la especie y las DLT el género. Los datos se distribuyen en una serie de computadoras conocidas como *nodos*, a las que se delega la función de conformación, consolidación y verificación de la información.

La *blockchain* es una tecnología compleja que carece de una definición precisa; es como dicen algunos: se está en la nebulosa (Gautrais, 2019). “Es en todo caso un gran registro distribuido, descentralizado y encriptado que funciona en principio sin un órgano de control, de esta manera protege de las falsificaciones por su carácter distribuido” (G’Sell, 2019, p 376). Nace de la necesidad de crear un medio en el que se puedan almacenar e intercambiar datos de manera segura (Mekki, 2017). Sin embargo, se puede afirmar que, mediante algoritmos seguros, se emplea para registrar, almacenar, reorganizar y reagrupar la información que constantemente le es introducida; esto por medio de bloques ligados unos a otros de manera cronológica, para luego transmitirla por métodos criptográficos asimétricos que se caracterizan por ser seguros, inmodificables, infalsificables e inalterables, que se acompañan de una función de autenticación (Laurentet y Bonne,

2019; Caprioli, 2019). Se caracteriza, además, por utilizar y combinar varias tecnologías con el fin de almacenar y transmitir bloques de información de manera bastante segura, bajo la forma de algoritmos, sin intermediación y mediante criptografía (Mekki 2017).

La *blockchain*, por medio de su plataforma, se suele usar para transmitir moneda de manera virtual (bitcoin o ether) o activos en el mercado financiero, lo cual se suele hacer como una especie de fiducia virtual (Mekki, 2017). También se suelen utilizar como mecanismo de conservación segura de información y para darle una mayor trazabilidad a los bienes, como mercancías transportadas u obras de arte (Mekki, 2018).

Se trata de una tecnología de almacenamiento numérico descentralizado, seguro, rápido y con un costo mínimo. Funciona como una especie de gran libro contable de carácter público y compartido, que contiene el historial infalsificable e inviolable de las transacciones en tiempo real hechas por los usuarios, las cuales se verifican de manera coherente gracias a los registros de cada usuario (Bensoussan, 2019; Drillon, 2016; Cohen y Hadria, 2016). Cuando una persona usa la *blockchain* con una clave probada, emite una transacción, la cual es aceptada por otra con una clave pública; esto es analizado por los nodos. Cuando se da la transacción, se forma un bloque de esta; por ello funciona como un gran libro contable abierto al público, donde la sucesión de bloques forma la *blockchain* (Cohen y Hadria, 2016).

Sin embargo, la obsolescencia de ciertas herramientas criptográficas, como sucedió con el algoritmo SHA-1 de 160 bits, cuya seguridad fue quebrantada por los hacker, hizo que se prohibiera para el tema de la firma electrónica; esto puede hacer que la inviolabilidad desaparezca. De ahí que se pasara al SHA-2 de 256 bits para cumplir nuevamente esta función (Caprioli, 2019).

En la *blockchain*, más que una desintermediación, se está ante una reintermediación que, mediante los *smart contracts*, permitirá la expansión del mercado gracias a la conexión de los objetos. Sin embargo, surgen inquietudes sociales con respecto hasta dónde mantendrá una sociedad equitativa y justa. Por ello, es una actividad que debe ser vigilada mediante leyes de Estado, pues dejarla sin control también tiene sus riesgos; y, en efecto, los límites de orden público serían verificar la

buena fe, los contenidos variables que permitan su adaptación y las implicaciones económicas y a la propiedad de los datos (Mekki, 2019).

La técnica *blockchain* se origina del concepto primigenio propuesto por Haber y Stornetta sobre la fijación de tiempos en documentos digitales (Haber y Stornetta, 2019). Esto en la medida que son un medio para organizar de manera segura, transparente y flexible la información a través de cadenas de bloques, que almacenan los cambios de información². Es decir, certifican datos mediante cadenas de bloques que crean registros inmutables sobre la existencia, integridad y propiedad de documentos y archivos (Barroilhet y Najera, 2019). Estas bases de datos pueden ser de dos tipos: centralizadas y no centralizadas (o descentralizadas).

Las primeras o *centralizadas* se caracterizan por la intervención de dos o más sujetos, quienes —a efectos de llevar registros de una determinada actividad o transacción— establecen como obligación a cargo de uno de ellos o de un tercero, conocido como el *operador centralizado*, el deber de consolidar la trazabilidad de dicha actividad, para que de esta forma se gestionen las actividades realizadas. El ejemplo clásico de estas lo constituye el libro de contabilidad que suele ser llevado por las sociedades comerciales, en donde los asientos contables son realizados por aquellos órganos determinados por la persona jurídica, con el fin de garantizar a los socios la ejecución del objeto social.

Tal centralización tiene como particularidad que solo una persona está habilitada para realizar cambios dentro de la información, de manera que será sobre ella que recaen las responsabilidades y las funciones de creación, actualización, modificación y eliminación de dicha información.

Por otro lado, las bases de datos *descentralizadas* son casi que la esencia de la técnica *blockchain*. Se caracterizan por carecer de un único ente central, de manera que se basan en la distribución ordenada e igualitaria de toda la información, para que cada uno de los miembros de la cadena realicen verificaciones. La información es administrada

2 Confrontar (Criptotario, 2018).

de manera colectiva por el conjunto de miembros que integran el sistema (Laurentet y Bonne, 2019).

Las *blockchains* poseen, por demás, una serie de características que las individualizan y diferencian de las demás DLT. Esto sucede desde sus componentes esenciales, en la medida que se caracterizan por encontrarse montadas en sistemas de acceso público bajo el modelo de red; en estos, las computadoras hacen parte de la red en *blockchain* mediante los *nodos*. Además, permiten que cualquier activo, ya sea una criptomoneda o un *smart contract*, se transe dentro de la *blockchain*, que se encuentra en bloques atados por medio de un *hash* alfanumérico y una estampa de tiempo que lo identifica.

A partir del desarrollo criptográfico conocido como el *árbol de Merkle* se permite que cada transacción realizada en la *blockchain* (base de datos) mantenga, de manera general, una única firma. Esta es producto del ejercicio de una operación matemática conocida como *hash*, la cual, de forma inmediata, crea un código alfanumérico que identifica de manera única a esa actividad o transacción. Cualquier alteración subsecuente a la cadena de bloques producto de la creación de información por otro nodo tendrá un valor numérico que la conecte con la anterior sin ser igual o similar.

Estas características hacen que, por una parte, sea imposible que se produzca más de un bloque en un momento determinado de tiempo (información); y, por otra, permiten la determinación de la *blockchain* y la trazabilidad de las operaciones realizadas en ellas bajo la función *hash* y estampa de tiempo.

Esta particularidad es la que permite que, de una manera concatenada con otros registros, se genere la impenetrabilidad y la imposibilidad de falsificación de la *blockchain*. Para borrar o modificar alguno de sus registros se deberán cambiar, incluso, todos aquellos que estén relacionados con ella y que, conforme a como se acaba de explicar, corresponderán a todos los bloques de información; de esta manera, cualquier intento de cambio será detectado por todos los miembros de la red. Esto resalta su carácter de seguridad, que se acompaña del hecho de que para hacer una operación en ella, un miembro de la red debe incluir su firma y su clave personal, de manera que se asociará su información y no podrá rechazarla del almacenamiento (Laurentet y

Bonne, 2019). Sin embargo, es de aclarar que la imposibilidad de falsificación no verifica la veracidad de la información que reposa en esos documentos, sino que simplemente no ha sido alterada, pues incluso llega a utilizar hasta tres claves (Bensoussan, 2019).

Es de anotar que las *blockchain* suelen estar basadas en la arquitectura de redes *peer-to-peer* (P2P), esto es, sin intermediación (Biscontini, 2019; Caprioli, 2019). Las P2P son un tipo específico de redes descentralizadas de computadoras conectadas entre ellas, con acceso a un único nodo central, de donde se deriva toda la cadena de información, y a la cual responden de manera ordenada. La existencia del nodo central no implica que la red está consolidada en solo uno de ellos, ni que su desaparición suponga la terminación de la red; lo que implica es que la información contenida en dicho nodo central se replica a través de la red, de tal manera que sea accesible y verificable por todos los miembros de ella.

El típico ejemplo que permite entender el funcionamiento de las redes P2P está dentro de las aplicaciones primigenias para compartir música, tal y como en su momento lo fue Napster (Pelusi, 2019). Las redes P2P están basadas en sistemas de criptografía asimétrica (*public/private cryptography*), desarrollada de las ideas de Diffie, Hellman y Merkle³, en las cuales se asigna un patrón de decodificación de accesos dentro de una misma cadena de operadores, lo que facilita la verificación de información entre pares.

Es importante recordar que la información que se incluye dentro de la *blockchain*, como veremos más adelante, tiene tres características especiales (Ganne, 2018):

- *Administración y manejo*: se encuentra descentralizado, es decir, se concede a todos y cada uno de los nodos que hacen parte de la *blockchain*.
- *Participantes*: es una red abierta, a la cual pueden ingresar todas las personas públicas o jurídicas, y de manera pública o privada. Una vez ingresados como miembros, tienen la

3 Confrontar (Hellman *et al.*, 1980).

posibilidad de validar y aportar al consenso de las actividades realizadas en la red.

- *Validación y velocidad en la aplicación del protocolo:* generalmente se ha percibido que la valoración dentro de las *blockchain*, al estar distribuidas de unas pocas a millones de computadoras en el mundo, puede ser lenta.

Por otra parte, el origen de la *blockchain* obedece a las negociaciones bajo un principio de confianza (Gossa, 2018), pues ¿cómo hacer acercamientos contractuales sin confianza? Por ello, dentro de los sistemas de la tecnología *blockchain* y en especial cuando las bases de datos se estructuran de manera descentralizada con carencia de confianza, es necesario recurrir al mecanismo del consenso, donde la validación asegura la inalterabilidad de la *blockchain* (Gossa, 2018), como forma de llegar a acuerdos con independencia de si todos se tienen o no confianza. Esto se hace mediante algoritmos de consenso, que se caracterizan por su seguridad (Bensoussan, 2019), entre los cuales se pueden mencionar:

- *Prueba de trabajo (proof of work, POW).* Se define como el beneficio que se presta a aquellos nodos de la red que se encargan de verificar transacciones de manera general. En el caso del bitcóin, dicha actividad es conocida como *minería* y entrega un cierto porcentaje de la totalidad de la criptomoneda por actividad validada. En el entendido que la validación implica cálculos complejos y operaciones matemáticas relacionadas con la obtención de la función *hash* para cada nuevo bloque de información, es un proceso altamente costoso en países donde la energía eléctrica se cobra a altos precios (Aggarwal *et al.*, 2019). Opera bajo probabilidades, como quien tiene un boleto de lotería y otro diez; ello no implica que el que tiene uno está condenado a perder.
- *Prueba de participación o del nivel de acción en apuesta (proof of stake, POS).* En este caso no se valida la transacción que ingresa a la *blockchain*, sino que el dueño del nodo (y por ende

dueño de la información) pone como garantía su bloque sobre el resultado de una convalidación; si esta es aceptada en la red, se gana un monto producto de la apuesta. *A contrario sensu*, de no ser aceptada, dicho valor se descuenta de su propia información, sin requerir que se solucionen los problemas matemáticos. Esta actividad es propia de las cadenas de Ethereum (Aggarwal *et al.*, 2019). Funciona como la votación de una sociedad por acciones, en la medida de que quien tenga más acciones tiene mayor autoridad.

- *Delegación de la prueba del nivel de acción o prueba de participación delegada (delegated proof of stake, DPOS)*. En este caso, se determina un tiempo límite de acuerdo con las capacidades del nodo para resolver un determinado número de convalidaciones de información por parte de los demás nodos, los que, por medio de la vigilancia colaborativa, verificarán las labores realizadas por el nodo en espacios de tiempo muy reducidos (Aggarwal *et al.*, 2019).
- *Escalabilidad*. Es la capacidad del sistema de *blockchain* para resolver y realizar transacciones en un determinado periodo de tiempo; en palabras más simples, cuántas transacciones se pueden realizar por segundo en una *blockchain*. (Qin y Gervais, s. f.). Directamente relacionado con los métodos para crear consensos en la red, la escalabilidad establece de manera efectiva la competitividad de un determinado activo digital transado en la *blockchain*, ya que afecta su flujo y velocidad de trazabilidad⁴.

4 En todo caso, existen otros mecanismos de consenso que demuestran que con ellos se puede llegar a acuerdos entre grandes grupos de usuarios, como el acuerdo bizantino federado (FDA), o entre pequeños grupos conocidos, como serían los habitantes de un conjunto residencial de pocas docenas, mediante el acuerdo multifirma o de tolerancia a faltas bizantinas (BFT). Sin embargo, ninguno de los mecanismos es perfecto y se van actualizando e incluso se pueden combinar al punto de formar un híbrido. Confrontar (Criptotario, 2018).

Sin embargo, se podría identificar un aspecto no solo polémico, sino también preocupante, y es el relacionado con la tecnología *blockchain* y el anonimato que su uso brinda a sus participantes. Aquí surge la inquietud de que esta llegue a ser utilizada como un mecanismo para financiar redes criminales ante la falta de gobernabilidad de la red. El anonimato que el uso de la tecnología *blockchain* ofrece al usuario en la distribución de la información ha permitido que su plataforma sea utilizada como un medio de financiación y flujo de recursos ilícitos, producto del ejercicio de actividades delictivas.

Con el ingreso reciente de los sistemas relacionados con la *blockchain* en el mercado, no ha habido la oportunidad de que el legislador se acomode a marcos como los propuestos por las autoridades que manejan dichos asuntos, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (Gafi) (FATF, por sus siglas en inglés), con respecto a la prevención y combate de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Por esta razón, tan solo existen guías que pretenden combatir la posibilidad de que exista un flujo de activos por canales donde el anonimato protege a los sujetos activos de dichas conductas (Financial Action Task Force [FATF], 2014), de manera que terminen por financiar la formación de redes criminales.

Lo anterior, al parecer, se podría controlar en la medida en que la gobernabilidad de la *blockchain* pueda responder tanto ante una autoridad para determinar el *qué* y *cómo* de la red, como con la implementación de buenas prácticas en la red y el establecimiento de estrategias para lograr la inversión de diversos activos en esta tecnología (Zachariadis, Hileman y Scott, 2019).

Aplicación de la tecnología *blockchain* en la actividad gubernamental y en la adquisición de la propiedad

La aplicación de la tecnología *blockchain* está estrechamente ligada a las criptomonedas, como el bitcóin, creado en 2009, y que hoy es el más usado. La creación de estos criptoactivos ha generado una descentralización y desregularización de la economía, de manera que de alguna forma c  nica tienden a eliminar la moneda física del monopolio

estatal, y reemplazarla por una digital emitida y transferida por los privados, bajo las reglas de la competencia y alejada de las divisas estáticas, independiente de la banca central. De esta manera podría usarse para todo tipo de apuestas políticas, sociales y económicas (Laurentet y Bonne, 2019; Cohen y Hadria, 2016).

Como tecnología revolucionaria, apenas está siendo probada en diversos campos de la actividad humana, que van desde aquellas tareas cotidianas, hasta las más complejas, en la medida que puede llegar a tener fuertes repercusiones sociales. Es el caso de la actividad comercial o del derecho de propiedad frente a la conexión entre los productores, vendedores y consumidores finales de bienes y servicios dentro de la cadena de distribución, e incluso en temas de política y gobierno de los países.

Sin embargo, las aplicaciones más recientes de la tecnología *blockchain* reposan en la ejecución de *software* descentralizados llamados *smart contracts*. Estos son capaces de ejecutarse de manera automática y —al constatar ciertas condiciones— transferir valores sin intervención humana. Tal es el caso de los seguros de viaje, que transfieren indemnizaciones automáticas a los pasajeros de vuelos retrasados o en los juegos deportivos, apenas ellos terminan, las ganancias son también distribuidas. También suele utilizarse para negociar minibonos o títulos financieros, e incluso para procesos inmobiliarios, ya que serviría para acabar con el registro o matrícula inmobiliaria (Laurentet y Bonne, 2019; Mekki, 2017; Drillon, 2016).

Con respecto al uso de proyectos *blockchain* en temas de gobierno y políticas, la posibilidad de implementar iniciativas relacionadas con la disminución de tiempos y el acceso pleno a la ciudadanía, ha sido una idea masivamente aceptada tanto por legisladores como por entidades gubernamentales. Ejemplo de ello son los proyectos relacionados con el registro civil de los ciudadanos y el refuerzo de la seriedad de sus registros de tierras, tal y como ocurre en las repúblicas africanas de Ghana, Nigeria y Kenia; en el estado de Illinois en los Estados Unidos; y en Suecia y Estonia, en el caso europeo. Esto sin exceptuar la tendencia francesa de reconocer a los documentos que se expidan mediante esta tecnología el valor de un certificado electrónico auténtico, toda vez que tiene la función de un certificado criptográfico

infalsificable. Por su seguridad y autenticidad, dichos documentos podrían ser asimilados como un acto notarial, lo cual podría acabar con muchos de los trámites legales y reducir el costo de las autenticaciones y de las pruebas de la propiedad inmobiliaria. Sin embargo, esta certificación deberá recaer sobre un organismo estatal de control (Laurentet y Bonne, 2019; Mekki, 2017).

Por otra parte, también es atractivo el reconocimiento de la inmediatez de la tecnología *blockchain* al permitir consolidar la idea de un proyecto electoral con un ejercicio en línea y descentralizado del sufragio. Esto con la finalidad de consolidar de manera autónoma e independiente los organismos estatales en el escrutinio de los resultados de los procesos electorales democráticos y la escogencia de los representantes ante el Estado. Lo que, además de impregnar de agilidad al proceso electoral, le otorga una mayor seguridad y transparencia, ya que al descentralizar el proceso logra convertir a todos los miembros de la cadena de bloques en garantes de las elecciones mismas.

Con respecto a la gobernabilidad, en países como Estonia se han desarrollado tecnologías que permiten la interconexión de los ciudadanos, con miras a facilitar la interacción con las diversas autoridades estatales. Basta mencionar el desarrollo de figuras como la ciudadanía en línea y la posibilidad de establecer residencia o empresa por medio del uso de una tarjeta de identidad virtual. Estas ideas les han proporcionado a los países la posibilidad de digitalizar tales contenidos, al punto de emplearlos en el pago de impuestos, el acceso a registros públicos médicos o para que sus miembros apliquen a cargos públicos o, incluso, a solicitudes de arrendamiento.

Respecto al empleo de la *blockchain* en el derecho comercial y el acceso a la propiedad dentro de la cadena de distribución, se destaca que compañías especializadas tanto en la producción como en la compraventa de bienes y servicios han comenzado por aplicar esta tecnología como una forma de disminuir costos, tiempos y riesgos de producción relacionados con la pérdida de productos, la intervención de actores y de muchos documentos de intermediación que podrían ser falsificados o simplemente incompletos, que, en últimas, se traduce en mayores tiempos de reacción y hasta en errores (Mekki, 2018).

Con base en lo anterior, la *blockchain* le permite tanto a productores como a consumidores, no solo comprender y analizar una trazabilidad concreta de las actividades exitosas sobre el bien a aprovechar, sino que además dicha información consolida las bases de datos con información relevante y de fácil uso a futuro. Tal es el caso del uso, que en los Estados Unidos la reconocida cadena supermercados Walmart emplea la tecnología *blockchain* (Galvin, 2017) generándole, como necesidad, especificar las labores propias de cada eslabón de la cadena productiva, al punto de llegar a requerir el uso de mano de obra cualificada.

La *blockchain* incluso se utiliza para promover servicios de *streaming* sobre bienes y servicios intangibles. La implementación de sistemas de cadenas de bloques ha sido útil en el mercado, en especial para disminuir el número de intermediarios en la producción de bienes. Esto ha resultado aplicable a negocios sobre la producción audiovisual y musical, puesto que, al reducir el número de intermediarios entre el autor de la obra y su consumidor final, se reducen los costos de transacción y se evita que estos se externalicen sobre el producto, lo que de lo contrario incrementaría el costo que asumiría el consumidor final.

Un ejemplo del uso de la *blockchain* es la manera cómo un artista musical pondría sus obras a disposición de los usuarios finales, quienes podrían acceder, mediante un contrato directo entre las partes, a los bienes y servicios ofrecidos sin que se entre en contacto con los productores o quienes promocionan los servicios musicales. El caso de la *blockchain* creada por la artista Imogen Heap demostró que al reducir los múltiples intermediarios del mercado —como sociedades de gestión colectiva, productores y estudios de grabación— se logró distribuir de manera eficiente el dinero producto de una actividad de grabación y comercialización de bienes alternativos⁵.

Ahora, es claro que la técnica *blockchain* no solo se usa en la comercialización de servicios, sino también en la de bienes de valor artístico; por ejemplo, el pago y entrega de obras artísticas del pintor Andy Warhol por medio de la plataforma Maecenas (Elhanani, 2018).

5 Confrontar (Bitcoin Exchange Guide, 2018).

Para finalizar la referencia a las áreas de la actividad humana en las cuales la tecnología *blockchain* promete aportes significativos hacia una completa revolución y modernización, se encuentra la propiedad intelectual, como área que se encarga de salvaguardar los productos que son el resultado del intelecto humano.

Al encargarse de la clasificación y protección de los bienes inmateriales producto del intelecto, en la propiedad intelectual se identifican dos grandes categorías con las cuales es posible catalogar estos productos. La primera corresponde a los derechos de autor, que abarca, por un lado, las obras de carácter literario y artístico; y, por el otro, los derechos conexos. Estos últimos, al ser redactados en forma de texto, como códigos de programación, son incluidos dentro de los derechos de autor. De esta manera la *blockchain* serviría como un mecanismo de control frente al uso de música o fotos en la internet (Drillon, 2016).

La segunda categoría corresponde a la de propiedad industrial, la cual, a su vez, se subdivide en nuevas creaciones (patentes de invención y modelos de utilidad) y signos distintivos (marcas, nombre, lema y enseña comercial, y denominaciones de origen). Como su nombre lo indica, la propiedad industrial se encuentra enfocada en el desarrollo de actividades comerciales e industriales; con la técnica *blockchain*, los titulares de esos bienes intangibles pueden llevar a cabo sobre ellos todo tipo de negocios y transacciones de manera más fácil (Drillon, 2016).

Es importante señalar que, si bien lo que se busca preservar es el producto de la actividad humana, las formas de protección y registro varían de manera considerable entre las dos categorías principales que conforman la propiedad intelectual. En materia de derechos de autor, los derechos sobre una nueva obra surgen a partir del momento mismo de la creación de esta y no a partir de su registro; sin embargo, para efectos probatorios, es recomendable llevar a cabo dicho registro, el cual se adelanta ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

En contraste, en el ámbito de la propiedad industrial es necesario llevar a cabo el registro de las nuevas creaciones y de los signos distintivos, con el fin de obtener protección por parte del ordenamiento jurídico, ya que esta no se adquiere con la simple creación, tal como ocurre en la categoría de derechos de autor. En el caso de la propiedad industrial, el registro se adelanta ante la Superintendencia de Industria

y Comercio (SIC), la cual, además del registro, es la encargada de sancionar a quienes vulneren derechos de propiedad industrial.

Al existir un registro centralizado de la propiedad industrial, que es llevado por una entidad designada por los gobiernos (en el caso colombiano por la SIC), la tecnología *blockchain* se presenta como una alternativa, pues ofrece la posibilidad de llevar a cabo los registros de manera descentralizada. Aunado a lo anterior, la cadena de bloques permitiría incluso dar un paso más allá, en la medida que proporciona los elementos necesarios para la creación de una base de registro mundial de propiedad industrial, muy diferente a la actual realidad, en la que el registro se lleva por cada país de manera independiente.

En palabras de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

[...] el uso de la tecnología de la cadena de bloques para la gestión de los derechos de Propiedad Industrial ofrece grandes posibilidades, en efecto la inscripción de los derechos de Propiedad Intelectual en un registro distribuido y no en una simple base de datos tradicional podría transformarlos en derechos de Propiedad Intelectual inteligentes. (Clark 2018)

Las criptomonedas bajo la técnica *blockchain*, su influencia en la propiedad y el comercio

La teoría de la moneda es fundamental para el desarrollo económico y la comprensión de la política actual. Al respecto, basta recordar cómo en un inicio la moneda era producida por los particulares, actividad que luego, mediante su producción y acoplo, pasaría al monopolio del Estado central. En un principio, este le dio una cuádruple función: modo de intercambio de bienes, unidad común de valor, unidad común de deuda y medida de agrupación de valor (Milnes, 1919).

Sin embargo, en el 2009, bajo el seudónimo de *Satoshi Nakamoto*, se crearían, con el bitcóin, las monedas virtuales y con ellas un nuevo sistema de pago en P2P; es decir, sin intermediación de terceros de confianza, como Airbnb, Uber o BlaBlaCar (Mekki, 2018; Caprioli, 2019). De esta manera se cambi   el concepto de dinero, y la moderna atribución de su producción al Estado. Así, la actividad regulatoria del

Estado respecto del dinero pasó a encontrar un nuevo reto derivado del mercado en razón a la existencia de *criptomonedas*, al crearse el bitcóin con el objeto de hacer compras por internet.

La esencia completa del cambio generado por la creación del bitcóin se relaciona con la ruptura de la concepción del sistema clásico de bienes con atribuciones de valor. Esto con una única diferencia, el valor de estos activos está relacionado directamente con la confianza que tienen los inversionistas en estos.

Las criptomonedas o monedas virtuales, como tal, son activos digitales derivados de la libre transacción de bloques de información encriptados por medio de diversos nodos dentro del sistema de información que los contiene (una *blockchain*)⁶. Las criptomonedas surgen de una combinación de principios criptográficos con una moneda virtual por medio del uso de la red, lo cual se da en la década de los 80 (Capaccioli, 2015).

Al contrario de lo que se considera en el ideario popular, las criptomonedas no son dinero de conformidad a lo postulado en el sistema financiero, responden más a un mercado originario basado en el intercambio de bienes con una valuación libre en el mercado. Sin embargo, las criptomonedas, en términos técnicos, no son más que una serie de bits almacenados en la memoria de una o varias computadoras (De Filippi y Wright, 2018). Estos, sin embargo, al encontrarse asociados a sistemas *blockchain*, permiten mejorar la interconectividad y velocidad de pagos entre los miembros de la misma red, toda vez que permiten eliminar a los terceros intermediarios —quienes resultan tan necesarios en los demás tipos de transacciones económicas y, por lo general, se relacionan con el sistema financiero—. Esto es producto de la verificación de la información dentro de la misma red, como parte del desarrollo de confirmaciones criptográficas, las cuales otorgan seguridad en la entrega.

La primera criptomoneda, sin embargo, data del año 1989, cuando se desarrolló la DigiCash (Lunt, 1996) creada por el criptógrafo David Chaum. No obstante, esta tan solo tuvo una vida de 9 años, a causa

6 Confrontar (Merriam-Webster, s. f.).

de un error fundamental, el cual consistió en que se encontraba centralizada bajo una única plataforma o pasarela de pagos (Pitta, 1999). Este error condujo a que las transacciones que se realizaban con ella terminaran por someterse a la verificación de un único ente central, del cual dependían no solo las confirmaciones en la red, sino también el valor intrínseco que se daba a cada unidad, el cual se soportaba en los fondos de su *holding* principal.

Una vez fue detectada la amenaza que la DigiCash podía representar para el mercado financiero internacional, la base de datos de los usuarios de esta criptomoneda se inundó con información referente a su volatilidad y a la posibilidad de que con ella se generaran fraudes en las transacciones bancarias —desestabilizando el sistema financiero (Bedecarratz, 2018)—, al peligro de robo de información o la desprotección a los consumidores. Paradójicamente, uno de los mayores miedos de Chaum era el libre flujo de información que, eventualmente, sus creadores no podrían controlar. De esta manera, todo sumado condujo al retiro de su financiamiento e imposibilitó el sostenimiento del sistema. Esto llevó a una ausencia de su demanda ante la competencia de los grandes proveedores de servicios financieros, como MasterCard y Visa. Es de anotar que incluso su verificación en la red terminaba por volverse un problema, en el sentido de que la constatación misma de dicho activo digital permitía su falsificación, además de la proliferación del uso de una misma unidad, ya que se podían realizar varias transacciones con ella. Lo que hoy es reconocido como el *problema del doble gasto* (Hayes, 2019) fue lo que hizo necesaria la búsqueda de una solución.

Pero sería el protocolo bitcóin el primer tipo de criptomoneda en dar una solución al problema planteado⁷. A partir de la utilización de la red descentralizada para gestionar las transacciones que se realizaban

7 Sin embargo, aún existen riesgos como el desprestigio de la moneda por el uso que se le puede dar en actividades ilícitas, como el blanqueo de capitales, así como el hecho que aún puede haber transacciones fraudulentas. Además, cuando se genere intercambio de monedas virtuales con moneda de curso legal, puede impactar la estabilidad financiera por una volatilidad en los precios. Confrontar (Finanzas para todos, s. f.).

con los bloques de información, se logró atacar la posibilidad de copia al *atar* cada una de ellas a la red histórica. Esto significó que cada bitcói gastado, efectivamente, tendría atado a su propio código fuente una referencia a la transacción inmediatamente anterior, creando así una red que relacionaba finalmente a todos los bloques establecidos desde el principio, esto desde el año 2008.

En la actualidad, el mercado maneja varios *tipos de criptomonedas*, dentro de las cuales el bitcói es tan solo el primero y más conocido. Pero, sin pretender hacer un listado exhaustivo, cabe mencionar que existen otras criptomonedas también bastante comunes, como lo son: el ether, que bajo el sistema Ethereum se perfila como la principal alternativa de remplazo al bitcói, ya que permitió que se introdujeran los contratos inteligentes (*smart contracts*). También está el litecói, una moneda más sencilla y de menor valor que el bitcói. Por demás, Ripple, o moneda de los bancos, es usado especialmente por el sistema financiero con el fin de saltar no solo controles fronterizos, sino también los costos de las comisiones. Pero será el dogecói el más usado, sin embargo, no como mecanismo de compra y venta, sino como premio a los proveedores de contenidos en la red, por ello su bajo valor, además de que tiene riesgos inflacionarios. La dash o darkcoin, caracterizada por otorgar mayor seguridad gracias al elevado número de algoritmos que utiliza, permite mantener no solo el anonimato del usuario, como las demás monedas virtuales, sino también el del registro de las transacciones. Finalmente, está la Monero que, como la anterior, también se caracteriza por el buen anonimato de las transacciones⁸.

A continuación, se describen las funciones más comunes de las criptomonedas⁹:

- *Payment currencies*¹⁰. Cuando una criptomoneda es transada en la *blockchain*, se le reconoce la función de ser un medio liberatorio de pago, de manera similar a la moneda de un país

8 Confrontar (Caurin, 2017).

9 Confrontar (Exodus, s. f.).

10 Confrontar (Bitcoinist.com, 2016).

reconocido internacionalmente (por ejemplo, el dólar). Esta función es reconocida en el bitcóin, sin embargo, está prohibida en Colombia, de acuerdo con el concepto JD-S-CA-13581, del 21 de junio de 2019, del Banco de la República¹¹, en el cual se sigue la doctrina administrativa de la Superintendencia Financiera sobre los criptoactivos: no son moneda, en la medida que se considera que la única unidad monetaria y de cuenta que constituye medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado es el peso emitido por el BR (billetes y monedas); tampoco son dinero para efectos legales; como también carecen del carácter de divisa, pues no han sido reconocidas como moneda por ninguna autoridad monetaria internacional, ni se encuentran respaldadas por bancos centrales. Además, no son efectivo ni equivalente a este, ni existe obligación alguna para recibirlos como medio de pago. Tampoco son activos financieros ni propiedad de inversión en términos contables. Finalmente, no son un valor en los términos de la Ley 964 de 2005, por lo que se debe evitar su mención o asimilación. Sin embargo, pensamos que más que su prohibición, lo que se debe hacer es una reglamentación de prevención en aspectos que pongan un límite, al menos, para que se sometan a una legislación nacional cuando se emiten en un país, con aplicación de sus reglas fiscales. Su implementación mundial, como fenómeno transnacional y extraterritorial, parece inevitable (Bedecarratz, 2018). La Corte de Justicia Europea, en un caso del 22 de octubre de 2015, consideró que, aunque las criptomonedas no son divisas, sí pueden servir como medio de pago liberatorio entre operadores que así la aceptan (Laurentet y Bonne, 2019).

- *Blockchain economies*¹². Se trata de ecosistemas digitales en los que no solo se centraliza el intercambio de criptomonedas, sino que además funcionan como plataformas de intercambio de

11 Confrontar (Banco de la República, 2019).

12 Confrontar (WhatIs.com. s. f.).

bienes y servicios. En estos, tanto los nodos como las mismas máquinas crean e intercambian protocolos de información (tales como sistemas de inteligencia artificial o el internet de las cosas) (Lampropoulos, Siakas y Anastasiadis, 2019). Es de destacar que se caracterizan por implementar el uso de *smart contracts*. Su ejemplo más representativo es la Ethereum.

- *Privacy coins*. Otras criptomonedas tienen por función principal eliminar la trazabilidad de la información dejada en la *blockchain*, lo que las hace un mecanismo eficaz para proteger la privacidad del usuario. Esto favorece aquella intención de eliminar los rastros de la información utilizada, lo cual abre el espacio para su uso en el blanqueamiento de activos, la financiación del terrorismo y la evasión fiscal (mediante el uso de seudónimos que ocultan la identidad incluso de estafadores y traficantes de drogas) (Wahnon, 2018; García, 2017; O'Rourke, 2019). Su principal ejemplo es Zcash¹³, cuyo protocolo maneja dos llaves de criptografía (pública y privada), mediante las que, por una parte, se confirma la transacción; y, por otra, se permite a los nodos verificar la existencia de ella, más no el contenido ni la información financiera (como su monto).
- *Utility tokens* (De Filippi y Wright, 2018). Son criptomonedas que se producen en el marco de una oferta pública de criptoactivos (ICO, por sus siglas en inglés: *initial coin offer*), con la función de concederle a la persona que las adquiere un derecho particular sobre la forma en la cual se va a desarrollar un proyecto financiado. Son muy similares a la figura del *crowdfunding* y su principal exponente es Funfair¹⁴.
- *Stable coins*¹⁵. Son las llamadas *criptomonedas estables*, como la DAI o la truecoin. Se caracterizan porque tratan de evitar la

13 Confrontar (Zcash, s. f.).

14 Confrontar (FunFair, s. f.).

15 Confrontar (BBVA, 2019).

volatilidad de otras monedas virtuales, gracias a que tienen un soporte que puede estar representado por bienes (como el oro), por inmuebles, por otras monedas tipo *Fiat* (como el dólar o el euro) o, incluso, por otras criptomonedas. Su principal diferencia consiste en su libertad de fluctuación en el mercado, gracias al hecho de que mantiene un valor preestablecido basado en que se soportan en un valor real, a diferencia de las otras criptomonedas, cuyo soporte solo se basa en la confianza del mercado para establecer su valor fijo.

- El principal ejemplo de una criptomoneda con tal función y soporte es la recientemente publicitada Libra (Wagner, 2019), que será ofrecida al público por un conjunto de empresas lideradas por la compañía Facebook Ltd. El potencial de la Libra consiste en que, al estar respaldada por una de las compañías más poderosa del mundo en el uso de datos personales, junto al hecho de tener un poderoso respaldo financiero, podría llegar a competir directamente con medios de pago legalmente ya establecidos, como son las tarjetas de crédito.

Pero, ¿cómo se adquieren las criptomonedas? Por lo general, su uso se realiza dentro de su misma *blockchain* (Chu, 2018). Sin embargo, las necesidades del mercado llevan a que, por su alto valor, deban ser transadas como bienes o activos digitales de libre avalúo en el sector real.

Para cumplir con estas finalidades, se han desarrollado empresas que, por medio de la creación e implementación de protocolos de *software* que interactúan con las plataformas, permiten la gestión, desarrollo, salvaguardia y, eventual, transacción de las criptomonedas. Estos programas son conocidos como *wallets* y su finalidad última —de manera ajena a los postulados de desintermediación de las *blockchains*— es lograr solucionar el problema de la ausencia de interoperabilidad entre las plataformas de distintas criptomonedas y los mismos países, que han mantenido una posición similar a la de Colombia en relación con la restricción del uso de estos activos de manera libre en sus mercados internos.

Por otra parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC) reconoce el efecto potencial del uso de criptomonedas en el comercio internacional a gran escala. Al punto que, en el reporte mundial del

comercio del 2018, identificó la disrupción del mecanismo *blockchain* como un evento creciente en el mercado digitalizado de la prestación de servicios no solo de información, sino incluso de aquellos relacionados con la banca, de una manera más eficiente y amigable con los consumidores; además del hecho de constituir un estímulo para el desarrollo de políticas públicas y privadas para el sector financiero¹⁶.

Así, mientras se destaca la libre participación de la técnica *blockchain* en las criptomonedas, es evidente que el enfoque de la OMC no está relacionado con el intercambio de estos bienes o, incluso, considerarles como un medio de pago (Ganne, 2018). Desde un enfoque mucho más conservador, la OMC tan solo señala el impacto que las monedas virtuales puede tener en la prestación de los servicios financieros tradicionales y las fluctuaciones en el balance de *pagos*, al estar influenciados por los distintos tipos de criptomonedas, en relación con otros productos comercializados por las instituciones bancarias (Ganne, 2018).

La OMC indica que la falta de interoperabilidad entre las diferentes plataformas es considerada como un problema, ya que la estandarización es una necesidad del mercado e identifica, como causa de ello, la existencia de los distintos protocolos de información entre cada una de las criptomonedas (Ganne, 2018). Todo esto sin desconocer cómo es la tendencia de los analistas (Neil, 2018), que la *blockchain* es utilizada dentro del manejo del comercio internacional. Dicha técnica en particular es usada por la criptomoneda *Ripple* y su plataforma *xRapid*¹⁷. Esto se ha visto con buenos ojos en el entendido de que su planteamiento global es homogeneizar la comercialización de una multiplicidad de bienes con distintas soluciones de pago y una única criptomoneda.

La OMC también destaca la importancia de la tecnología en el desarrollo, como el mecanismo de interconexión del internet de las cosas (IdC), de manera que podrían facilitar el mercado de consumo mediante la automatización de fondos, de la mano con la inteligencia

16 Confrontar (World Trade Report 2018, 2018).

17 Confrontar (Ripple, s. f.).

artificial (IA). De esta manera se consideran a ambos avances como las principales circunstancias de impacto y cambio.

Se puede pensar que en el caso de una adquisición de un servicio o bien en el que interactúan, por una parte, una máquina que lo solicita y, por la otra, usted; en este escenario, la primera parece ser una persona natural frente a usted, mientras que usted no se percata o no conoce dicha situación. Sin embargo, esta forma de contratar genera, no pocas, polémicas desde el ámbito ético o moral, pues su uso puede resultar indignante y más en eventos en donde resulte ser un robot quien sirva los medicamentos o cambie el pañal en la cama a una persona y no su hijo. Tal y como lo plantean filósofos y físicos americanos, alemanes y suizos en documentales de acceso público en la web, emitidos por la DW sobre los beneficios y riesgos de la IA, es una inteligencia que aprende y siente de manera autónoma como lo hace un ser humano, pero que en sus respuestas a ciertas circunstancias puede reaccionar bajo los parámetros de eficiencia con comportamientos violentos o destructivos. En todo caso, esto sin pretender oponernos al desarrollo (Denizot, 2020).

Teniendo en cuenta los protocolos de manejo y la existencia de complejas redes de *software* que anteceden a las criptomonedas, es de considerar que ellas, en su esencia, parten de desarrollos del intelecto humano y, por lo tanto, son susceptibles de protección por medio del régimen de *propiedad intelectual* (Szilagyi, 2018). Así, los mercados serán más atractivos para los inversionistas, donde los derechos de autor y la protección a la propiedad industrial se garantizan mediante leyes con un fuerte contenido intervencionista. Esto debido a que los soportes tecnológicos en los cuales se basan los protocolos de creación y transferencia de las diversas criptomonedas se encuentran protegidos —antes que en *dinero* o *valores*— bajo el régimen de propiedad intelectual (Spearman, 2019).

En relación con el bitcóin y sus creadores, es de recordar que ellos se han apartado de que se les reconozca algún derecho moral sobre su creación (Loney, 2018a) mediante el uso de un seudónimo. Si bien el protocolo bitcóin, como desarrollo matemático mediante el cual se soluciona el problema bizantino de la teoría de juegos, pudo haber sido patentado para un uso exclusivo; sin embargo, esto

no se hizo. Lo que ha servido para que los entusiastas del mercado desarrollen nuevas criptomonedas, en búsqueda de la innovación y mejores resultados. Esto al generar una mayor confianza tanto del inversionista como del público (Loney, 2018b), de manera que dentro de un mercado liberalizado de criptomonedas se puedan obtener mejores rendimientos.

En cambio, personas como Vitalik Buterin, han desarrollado protocolos de aplicación relacionados con las *blockchain* y las criptomonedas que se mantienen en Ethereum, en búsqueda de la protección y no vulgarización de sus conocimientos (Vet, 2018). Algo similar ocurre con el llamado *solidity*, el cual no es más que un lenguaje de programación ideado en agosto de 2014 para escribir contratos, sobre el cual se reconocen derechos de autor al equipo de programadores representados por Gavin Wood, cofundador y exdirector de Ethereum.

La *blockchain* en el desarrollo de nuevos *smart contracts* como mecanismo para impulsar la adquisición de la propiedad

Los contratos son, precisamente, el mecanismo voluntario por el cual se adquieren obligaciones. De ahí que surja la inquietud sobre los contratos inteligentes o *smart contracts*, que no son más que un programa o protocolo informático de *software* que funciona mediante una *blockchain* —como una tecnología disruptiva que combina la seguridad criptográfica, el proceso P2P o sin intermediación, y el sistema *hashage* o de algoritmos—, con el objeto de transmitir y almacenar datos en la red, usando un sistema de control descentralizado y de confianza sin intermediación de terceros (Mekki, 2018). Los *smart contracts* permitirán, en términos numéricos, ejecutar, facilitar, verificar o hacer de manera automática una determinada prestación si una condición predefinida se realiza y es verificada por el programa, según los términos del contrato (Roda, 2018; Cattalano, 2019).

Así, la función de dicho programa (*smart contracts*) es formar, ejecutar o entablar de manera automatizada un contrato con unas obligaciones determinadas. Estas se derivan de un intercambio de información entre dos o más nodos de la *blockchain*, de manera que no

se puede confundir con el contrato mismo (Guerlin, 2017). En todo caso, es mucho más que una simple máquina de café que responde a la inserción del dinero, o un cajero automático que emite billetes por la inserción de unas claves y una tarjeta; va más allá, ya que pretende realizar más acciones (Roda, 2018): se está ante la contratación automatizada de la prestación más útil (Cattalano, 2019).

No obstante, los *smart contracts* y las *blockchain* son distantes gracias a la seguridad y confianza que esta última técnica ofrece, y en donde los primeros encuentran el terreno para desarrollarse. Constituyen simplemente la inclusión de cláusulas dentro de un modelo informático, que son insertadas en un registro lógico y con un mecanismo que, bajo ciertas condiciones matemáticas, produce un resultado lógico automatizado. Estos contratos se caracterizan porque se celebran independientemente del querer de las partes; es una nueva forma de consentimiento, pues si se verifican las circunstancias deducidas de estos, se dará una acción automática.

Sin embargo, no todas las cláusulas de un contrato pueden ser automatizadas. Seguramente las operacionales lo son, como las que luego de un corto tiempo o bajo ciertas condiciones producen una transferencia de fondos. Por otra parte, las no operacionales, como sería la cláusula de confidencialidad no son susceptibles de ser automatizadas. Lo mismo ocurre con aquellas cláusulas que requieren la intervención humana, como la buena fe o la determinación de una justa causa o motivo (Gillioz, 2019). Incluso, se aconseja que se redacten cláusulas de riesgo e imprevisión (Mekki, 2019).

El *smart contract* es un código o *software* autónomo que, programado, transfiere valores de manera automática y se basa en condiciones mutuamente convenidas (Gillioz, 2019). Más que de un contrato inteligente, se trata es de un protocolo informático o un programa que establece reglas de cálculo, el cual se apoya en una tecnología *blockchains*, que reposa sobre una lógica formal (Cohen y Hadria, 2016). En otras palabras, los *smart contracts* son simplemente programas informáticos que prevén la ejecución automática de ciertas operaciones cuando se reúnen ciertas condiciones (G'Sell, 2019). Por ejemplo, si un avión se retrasa, el *smart contract* paga de manera automática una indemnización a los usuarios, de esta manera se aplica a operaciones simples.

Otro caso en el que también se puede aplicar es frente al desarrollo de un proyecto inmobiliario; en este evento el programa envía determinada información o ciertos fondos de manera automática. Incluso, si no se da ninguna aclaración dentro de cierto tiempo, celebra el contrato, el cual pasaría de un automatismo a una manera de inteligencia artificial en la celebración de contratos (Mekki 2017 y (Guerlin 2017) .

El *smart contract* constituye un paso superior al contrato telemático, en el que el computador era el medio de telecomunicación para la transmisión de la propuesta del contrato y la recepción de su aceptación. En el contrato cibernético el contenido mismo se deja a determinación del computador, aunque bajo las instrucciones del *software* acordadas por las partes.

Por su parte, el *smart contract* es una evolución del contrato cibernético, pues este se ejecuta mediante la *blockchain*, sin la mediación humana, en la medida que será el computador, con el código y el algoritmo, el que formará e integrará el consentimiento de las partes en el contrato. Una vez lanzada la información por el Oracle (usuario), se celebra el contrato sin opción de modificarlo e, incluso, sin que haya opción de interpretarlo o incumplirlo. Gracias a los algoritmos y su ejecución, los contenidos se harán mediante inteligencia artificial, sin que medie la intervención humana; sin embargo, no todo está codificado, como la buena fe o la máxima diligencia (Giuliano, 2018).

Los *smart contracts* son, entonces, contratos a la luz del derecho, ya que implican un acuerdo de voluntades que se relacionan con obligaciones de dar, hacer o no hacer entre dos o más partes. Estos permiten el desarrollo del contrato principal, como la compraventa, mediante la transferencia de productos (sean estos bienes o servicios).

La diferencia que vuelve a los *smart contracts* sustancialmente distintos a las demás tipologías contractuales que encontramos en el mundo jurídico, es la automatización con la cual se ejecutan esas prestaciones. Estos se ejecutan y se cumplen por sí mismos de manera automática y autónoma, sin interpretaciones ni terceros mediadores, por estar redactados en una de las lenguas que no hablamos. Estos son *scripts* (códigos informáticos) escritos en lenguaje de programación; es decir, son códigos claros, descentralizados, inmutables y transparentes para todos, ya sean personas naturales o jurídicas, o máquinas.

Además, por su naturaleza, son válidos sin necesidad de autoridades y no admiten modificación al existir sobre una tecnología *blockchain*¹⁸.

Son producto del lenguaje condicional propio de los sistemas de programación, a los que podemos hacer una aproximación en sus contenidos más básicos. Lo cual supone el desarrollo de un escenario ideal, donde las prestaciones se ejecutan por fuera de la actividad de los contratantes; es decir, de una manera autónoma y consecuente con los planteamientos del código del cual subyace su operación.

La estructura de un *smart contract* está compuesta de tres elementos: un código informático o programa a distancia que se convierte en la expresión o el lenguaje de la lógica contractual; el mensaje enviado por el Oracle a la *blockchain*, con la función de registrar los eventos que activarán la consecuencia establecida, por ejemplo, un vuelo; y un mecanismo que prevé el cumplimiento automático, como el débito de una cuenta (Giuliano, 2018).

Su concepto nace de las ideas de Nick Szabo, jurista y criptógrafo informático de origen americano, quien en 1995 mencionó por primera vez el término *smart contracts*¹⁹ para hacer referencia a unos contratos celebrados mediante promesas en unos protocolos digitales (Raskin, 2017). Sin embargo, en 1997 lo explicaría mejor, al referirse a unos contratos que se celebraron con protocolos informáticos de interface entre usuarios. Estos se formalizaron con transacciones seguras, mediante redes informáticas y sin intermediarios, lo que permitió reducir costos mentales y económicos (Szabo, 1997; Roda, 2018; Rengifo, 2019).

Szabo planteó por primera vez la posibilidad de ejecutar, de manera autónoma, prestaciones sin la intermediación de los sujetos contratantes, como un método de ejecución efectiva de las actividades contractuales. Sin embargo, esto solo sería realizable mediante transacciones y dinero programables, y con un sistema financiero que lo reconociera. Esto se hizo posible hasta el 2009, con la aparición de las monedas virtuales y su tecnología de cadena de bloques²⁰.

18 Confrontar (Academy, 2016).

19 Confrontar (Szabo, 1995).

20 Confrontar (Academy, 2016).

Las formas ideales de los *contratos inteligentes* parten de la misma base que sus sistemas originadores; esto es, lograr disminuir o eliminar por completo al intermediario en la ejecución de un supuesto contractual, de manera que se reduzcan los costos para el consumidor.

Mediante la tecnología *blockchain* es posible celebrar contratos de distribución, financieros, y sobre la propiedad para la compra de automóviles, teléfonos, inmuebles o bienes en general, con reducción de intermediarios y, en consecuencia, honorarios; lo anterior con propiedades inteligentes y reducción del nivel de fraudes. Se trata, entonces, de contratos seguros e inmutables, a menos de que se programen mal. Esto generaría la pérdida de dinero, lo que ya ha sucedido varias veces.

Finalmente, es necesario hacer algunas precisiones sobre la esencia y las características de los *smart contracts*, pues en ellos los sujetos contratantes, como personas naturales o jurídicas, hacen parte de la *blockchain* mediante la cual desean contratar. Lo anterior, con el supuesto de transferencia o entrega de los elementos que se encuentran en la misma tecnología.

Estos contratos inteligentes se ejecutan bajo la tecnología *blockchain* (Rengifo, 2019), lo que permite su conocimiento a los demás nodos de la red, los cuales, por medio de las funciones de verificación, realizan la gestión de la información incluida, de acuerdo con los protocolos de reconocimiento establecidos.

Al usar un lenguaje de programación, se presentan restricciones que no permiten su ejecución en todas las plataformas; esto debido a la rigidez de acceso y a las modificaciones de la red. Los primeros usos efectivos de los *smart contracts* se deben a la plataforma Ethereum, mediante el lenguaje Solidity²¹. No obstante, es de aclarar que pueden existir varios *smart contracts*, entre los que se encuentra el DAO, usado por la plataforma *blockchain* Ethereum (Caprioli, 2019).

Al momento de ser desarrollada la plataforma Ethereum, se pensó en cada nodo, los que, consolidados en una misma red, podían adoptar con mayor facilidad la información incluida si esta respondía a patrones de *software* especificados. El desarrollo del lenguaje de programación

21 Confrontar (Solidity, Solidity 0.7.1 documentation, s. f.).

y su implementación intermodal es lo que la faculta para la ejecución del contrato inteligente; pues la inclusión en la red habilita al programa para realizar la lectura de los postulados contractuales de manera inequívoca²².

Las facilidades que brindan los *smart contracts* no solo permiten transacciones de compraventa, sino de distribución, en la medida que facilitan la implementación de contratos de tracto sucesivo. Sin embargo, surgen inquietudes jurídicas, sobre su nulidad, reconocimiento, competencia, ley aplicable o elementos de prueba: no obstante el principio de la inviolabilidad de la *blockchain*, por su veracidad y la responsabilidad en caso de que haya alguna falla en los algoritmos que se emiten de manera automática en las transacciones de miles de computadores, sin ser controlados por ningún Estado, genera incertidumbres (Mis, 2019; Gillioz, 2019).

Respecto a la propiedad intelectual (Zeilinger, 2018) en relación con las *blockchain*, se pueden establecer dominios temporales para los derechos del autor que tengan correspondencia con la ejecución de las obras musicales o audiovisuales de un artista. Esto disminuirá la intervención de terceros y los costos por la prestación de esos servicios o por la creación de sociedades de gestión colectiva. Estas últimas están ampliamente desacreditadas por los posibles abusos de su posición dominante, tal y como sucedió en Colombia con el caso de Sayco, que fue sancionada por la SIC (Resolución 76278, 2016).

Con la idea de proteger los derechos de autor, la implementación de cadenas de *smart contracts* le permitiría a las editoriales internacionales lograr la concesión de los derechos de producción de obras. Por ejemplo, para ilustrar la idea: cuando se inscribe en una *blockchain*, mediante una previa negociación y consignación de un activo específico, se concede el derecho de imprimir una cierta cantidad de volúmenes negociados con el autor a cambio de un número determinado de una criptomoneda. También dentro de la misma cadena, es posible programar las regalías a que tendrían derecho los autores,

22 Confrontar (Introduction to Smart Contracts, Solidity 0.7.1 documentation, s. f.).

los reproductores y los editores, quienes se desentenderían de las gestiones de cobro. Dicha gestión se ejecutaría por medio del lenguaje de programación preestablecido.

Conclusiones

El derecho moderno de la propiedad se revoluciona no solo con el empleo de un mecanismo contemporáneo en la contratación, como lo son los contratos inteligentes o *smart contracts*, sino mediante el uso de técnicas *blockchain* y las monedas virtuales o criptomonedas. Estas últimas, aunque nacieron de una manera poco confiable, van tomando mayor fuerza, no solo por su confidencialidad, sino por los mecanismos que se van ideando para favorecer la seguridad de sus transacciones.

Sin embargo, aún existe el temor de que ante el poco control estatal se terminen por convertir en medio fértil para la comisión de estafas (entre otros tantos delitos), así como para la desprotección de los consumidores o la desestabilización del sistema financiero. No obstante, la reducción de costos de estos servicios mediante la IA y su mayor accesibilidad, se puede traducir en eficiencia, pero que no deja de tener riesgos informáticos (Corredor y Díaz, 2018). Es esta la razón que nos lleva a concluir que, ante el desarrollo inminente de estas nuevas figuras, surge la inquietud entre prohibirlas o acoger el clamor de reglamentarlas, sin desconocer que no solo generan riesgos económicos, sino también ambientales, por su alta producción de CO₂.

Por ahora parece prudente observar su desarrollo, antes de elaborar una reglamentación (Barroilhet y Najera, 2019). Existen temas éticos que no se comparten del todo; por ejemplo, se considera que esta tecnología tiene como fundamento científico desarrollar un mundo sin leyes ni estados estáticos (Mekki, 2018). Por otra parte, la tendencia parece ser que estas monedas virtuales o criptomonedas podrían remplazar al dinero físico, como se ha mencionado incluso en documentales de la DW (que se pueden consultar en la web); sin embargo, es un hecho que su uso requiere un alto desarrollo industrial, que implica la creación de sofisticadas computadoras que evitarían el fraude. Pero, lo preocupante es el consumo de energía que genera altas temperaturas y en una excesiva huella de carbono (Barahona y Najera, 2018).

Ante la escasa bibliografía que existe sobre el tema en castellano, surge la importancia de entender tanto su modo de operar, como su naturaleza. El mundo globalizado enfrenta una nueva forma de contratar por medio de la internet, en donde su transnacionalidad carece de reglas territoriales en una economía virtual. Esto impone el reto de regular el ciberespacio por normas de un lex informático o criptográfico que, en todo caso, no podrán ser dictadas por un único Estado (Giuliano, 2018); y, además, pondrán al ser humano a convivir con los robots. De ahí la necesidad de su regulación (Bensoussan, 2019), todo dentro de un régimen jurídico para las *blockchains* que aún permanece beige (Gautrais, 2019), o mejor gris.

Referencias

- Academy, B. (20 de agosto de 2016). *Smart Contracts: ¿Qué son, cómo funcionan y qué aportan?* Bit2Me Academy. <https://academy.bit2me.com/que-son-los-smart-contracts/>
- Aggarwal, S. *et al.* (2019). Block chain for smart communities: Applications, challenges and opportunities. *Journal of Network and Computer Applications*, 144, 13-48. <https://doi.org/10.1016/j.jnca.2019.06.018>
- Banco de la República (Banco Central de Colombia). (15 de julio de 2019). *JDS-CA-13581*. <https://www.banrep.gov.co/es/jds-ca-13581>
- Baraona, E y Najera, C. (2018). El peso de Bitcoin. *arq (Santiago)*, 98, 32-43. <https://doi.org/10.4067/S0717-69962018000100032>
- Barroilhet, A. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(1), 29-67. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.51584>
- BBVA. (2019). *¿Cuál es la diferencia entre una DLT y ‘blockchain’?* BBVA noticias. <https://www.bbva.com/es/diferencia-dlt-blockchain/>
- BBVA. (28 de enero de 2019). *¿Qué son las ‘stablecoins’ y para qué sirven?* BBVA noticias. <https://www.bbva.com/es/que-son-las-stablecoins-y-para-que-sirven/>
- Bedecarratz, F. (2018). Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 7(1), 79-105. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48515>

- Bensoussan, A. (2019). Blockchain : de la technologie des algorithmes à la technique juridique. *Dalloz IP/IT*, (7-8). 420.
- Biscontini, T. (2019). *Peer-to-peer (P2P)*. *Salem Press Encyclopedia of Science*. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=87323153&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- Bitcoinist.com. (14 de octubre de 2016). *Understanding Privacy: How Anonymous Can Bitcoin Payments Be?* <https://bitcoinist.com/understanding-privacy-anonymous-bitcoin/>
- Capaccioli, S. (2015). *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*. Giuffrè Editore.
- Caprioli, E. (2019). Mythes et légendes de la blockchain face à la pratique. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 429.
- Cattalano, G. (2019). Smart contracts ET droit des contrats. *AJ Contrat*, (7), 321.
- Caurin, J. (7 de septiembre de 2017). Tipos de criptomonedas | Tipos de monedas virtuales | Criptomonedas. *Economía Simple*. <https://www.economiasimple.net/tipos-de-criptomonedas.html>
- Chu, D. (2018). Broker-Dealers for Virtual Currency: Regulating Cryptocurrency Wallets and Exchanges. *Columbia Law Review*, 118(8). <https://columbia lawreview.org/content/broker-dealers-for-virtual-currency-regulating-cryptocurrency-wallets-and-exchanges/>
- Clark, B. (2018). Block chain and IP Law: A Match Made in Crypto Heaven? *ompi Revista*, (1). https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0005.html
- Cohen-Hadria, Y. (2016). Block chain: révolution ou évolution? La pratique qui bouscule les habitudes et l'univers juridique. *Dalloz IP/IT*, (11), 537.
- Corredor, J. y Díaz, D. (2018). Blockchain y mercados financieros: aspectos generales del impacto regulatorio de la aplicación de la tecnología blockchain en los mercados de crédito de América Latina. *Derecho pucp*, 81, 405-439. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.013>
- Criptotario. (20 de julio de 2018). *¿Qué es un Algoritmo de Consenso en Blockchain?* <https://criptotario.com/que-es-un-algoritmo-de-consenso-en-blockchain>
- De Filippi, P. y Wright, A. (2018). *Block chain and the Law: The Rule of Code*. Harvard University Press.

- Drillon, S. (2016). La révolution Blockchain, La redéfinition des tiers de confiance. *RTDCom. Revue trimestreille de droit comercial et de droit économique*, 893-900.
- Elhanani, Z. (2018). *How Block chain Changed The Art World In 2018*. <https://www.forbes.com/sites/zoharelhanani/2018/12/17/how-blockchain-changed-the-art-world-in-2018/#567483a30740>
- Exodus. (s. f.). *What are the different types of cryptocurrency? – Exodus Support*. <https://support.exodus.io/article/1084-what-are-the-different-types-of-cryptocurrency>
- Fairfield, J. A. (2015). Bitproperty. *Southern California Law Review*, 88(4), 805-874.
- Financial Action Task Force (FATF) Report. (2014). *Virtual Currencies key definitions and potential aml/cft risks*. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>
- Finanzas para todos. (s. f.). *Bitcoin: Origen, funcionalidades y riesgos de la moneda virtual*. <https://www.finanzasparatodos.es/es/secciones/actualidad/bitcoin.html>
- FunFair. (s. f.). *How our platform works*. <https://funfair.io/our-solution/>
- G'Sell, F “*Intelligence Irtificielle et Blockchain*” capítulo 15, en *Doit de Iintelligence Artificielle*. Ed. LGDJ Paris, 2019 pags. 373-392 bajo la dirección de Loiseau G y Bensamoun, A.
- Galvin, D. (2017). IBM and Walmart Block chain for food safety. [https://www-01.ibm.com/events/wwc/grp/grp308.nsf/vLookupPDFs/6%20Using%20Blockchain%20for%20Food%20Safe%202/\\$file/6%20Using%20Blockchain%20for%20Food%20Safe%202.pdf](https://www-01.ibm.com/events/wwc/grp/grp308.nsf/vLookupPDFs/6%20Using%20Blockchain%20for%20Food%20Safe%202/$file/6%20Using%20Blockchain%20for%20Food%20Safe%202.pdf)
- Ganne, E. (2018). *Can blockchain revolutionize international trade?* World Trade Organization. https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/blockchainrev18_e.pdf,
- Garcia, L. (2017). Narcotráfico en la Darkweb: los criptomercados en URVIO. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (21), 191-206. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656597012>
- Gautrais, V. (2019). Les sept péchés de la blockchain: éloge du doute! , (7-8), 432-434.
- Gillioz, F. (2019) Du contrat intelligent au contrat juridique intelligent. *Dalloz IP/IT*, (3), 16.

- Giuliano, M. (2018). en Riv. Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II), fasc.6, 1 dic, p. 989 on line en https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=8014025&idUnitDoc=0&n-VigUnitDoc=1&docIdx=2&semantica=0&isPdf=false&isCorrelazioniSearch=false
- Gossa, J. (2018). Les blockchains et smart contracts pour les jurists. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 393.
- Guerlin, G. (2017). Considérations sur les smart contracts. *Dalloz IP/IT*, (10), 512.
- Haber, S. y Stornetta, W. (2019). How to time – stamp a digital document. *Journal of cryptology*, 3(2), 99-111. https://www.anf.es/pdf/Haber_Stornetta.pdf
- Hayes, A. (2019). The Socio-Technological Lives of Bitcoin. Theory. *Culture & Society*, 36(4), 49. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=136915789&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- Hellman, M. E., Diffie, B. W. y Merkle, R. C. (1980). *Cryptographic apparatus and method* (United States Patent n.º US4200770A). <https://patents.google.com/patent/US4200770/en>
- Lampropoulos, G., Siakas, K. y Anastasiadis, T. (2019). Internet of Things in the Context of Industry 4.0: An Overview. *International Journal of Entrepreneurial Knowledge*, 7(1), 4-19. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2327/10.2478/IJEK-2019-0001>
- Laurent-Bonne, N. (2019). La re-féodalisation du droit par la blockchain. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 416.
- Loney, M. (2018a). *How blockchain will change intellectual property – patents. Managing Intellectual Property*. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2048/login?url=https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2526/docview/2022912592?accountid=48014>
- Loney, M. (2018b). *Block chain and IP: asset and challenge. Managing Intellectual Property*. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=131689461&lang=es&site=eds-live&scope=site>
- Lunt, P. (1996). E-cash becomes reality, via Mark Twain and Digicash. *ABA Banking Journal*, 88, 62. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=9601312319&lang=es&site=eds-live&scope=site>

- Mekki, M. (2018). Le contrat, objet des smart contracts (Partie 1). *Dalloz IP/IT*, (7), 409.
- Mekki, M. (2019). Blockchains: entre mystères et fantasmes. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 415.
- Mekki, M. (2019). Le smart contract, objet du droit (Partie 2). *Dalloz IP/IT*, (1), 27.
- Merkle, R. C. (s. f.). Method of providing digital signatures (Patent n.º US4309569 (A)). https://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?FT=D&date=19820105&DB=&locale=en_EP&CC=US&N-R=4309569A&KC=A&ND=1
- Merriam-Webster. (s. f.). *Cryptocurrency | Definition of Cryptocurrency*. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cryptocurrency> <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cryptocurrency>
- Milnes, A. (1919). *The economic foundations of reconstruction*. Macdonald and Evans.
- Mis, J. M. (2019). Les technologies de rupture à l'aune du droit. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 425.
- Neil, M. (2018). *wto Is Pro-Crypto?* <https://medium.com/@neilmathew85/wto-is-pro-crypto-98a46481c8fc>
- O'Rourke, W. (2019). L'émergence d'un droit de la blockchain. *Dalloz IP/IT*, (7-8), 422.
- Pelusi, M. (2019). *Napster Is Released*. *Salem Press Encyclopedia*. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=89315521&lang=es&site=eds-live&scope=site>.
- Pitta, J. (1999). *Requiem for a Bright Idea*. <https://www.forbes.com/forbes/1999/1101/6411390a.html#2d334b715f69>
- Qin, K. y Gervais, A. (s. f.). *An overview of blockchain scalability, interoperability and sustainability*. https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/research-paper/an_overview_of_blockchain_scalability_interoperability_and_sustainability.pdf?width=1024&height=800&iframe=true.
- Raskin, M. (2017). The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Technology Review*, 305-340. <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2017/05/Raskin-1-GEO.-L.-TECH.-REV.-305-.pdf>
- Rengifo, E. (2019). *Blockchain y smartcontracts* [podcast]. <https://lavo-delderecho.com/index.php/actualidad-2/derechoromano/item/6526-podcast-dos-puntos-blockchain-y-smart-contracts>

Resolución 76278 de 2016 [Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. Noviembre 3 de 2016. http://normograma.info/sic/docs/pdf/r_siyc_76278_2016.pdf

Ripple. (s. f.). *On-Demand Liquidity | Instant Global Settlement*. https://www.ripple.com/es_419/rippletnet/source-liquidity/.

Roda, J. C. (2018). Smart contracts, dumb contracts? *Dalloz IP/IT*, (7), 397.

Solidity 0.7.1 documentation. (s. f.). *Introduction to Smart Contracts*. <https://solidity.readthedocs.io/en/latest/introduction-to-smart-contracts.html>

Solidity 0.7.1 documentation. (s. f.). *Solidity*. <https://solidity.readthedocs.io/en/latest/>

Spearman, K. (2019). Protecting Block chain Investments in a Patent Troll World. *Journal of Intellectual Property Law*, 26(1), 173-188. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=135221706&lang=es&site=ehost-live>

Szabo, N. (1997). Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday*. <https://doi.org/10.5210/fm.v2i9.548>

Szabo, N. (1995). *Smart Contracts Glossary*. http://web.archive.org/web/20160417212209/http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html

Szilagyi K. (2018). A Bundle of Blockchains? Digitally Disrupting Property Law. *Cumberland Law Review*, 48(1), 9-34. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true &db=asn&AN=131281762&lang=es&site=ehost-live>

Vet, A. (28 de junio de 2018). Vitalik Buterin opposed the patent of the nChain. *Coinatory*. <https://coinatory.com/2018/06/28/vitalik-buterin-opposed-the-patent-of-the-nchain>

Wagner, K. (2019). Can you trust a libra? *Bloomberg Businessweek*, (4619), 28-29. en <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2165/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=137087379&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Wahnon, E. (2018). *Anonymity v Bitcoin: A Delve into the World of Privacy Coins*. <http://www.mondaq.com/uk/x/681410/fin+tech/Anonymity+v+Bitcoin+A+Delve+Into+The+World+Of+Privacy+Coins>

WhatIs.com. (s. f.). *What is blockchain economy? - Definition from WhatIs.com*. <https://whatis.techtarget.com/definition/blockchain-economy>

World Trade Report 2018 (2018). The future of world trade: how digital technologies are transforming global commerce. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr18_2_e.pdf

Zachariadis, M., Hileman, G. y Scott, S. (2019). Governance and control in distributed ledgers: Understanding the challenges facing blockchain technology in financial services. *Information & Organization*, 29(2), 105-117. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2327/10.1016/j.infoandorg.2019.03.001>

Zcash. (s. f.). *How It Works*. <https://z.cash/technology/>

Zeilinger, M. (2018). Digital art as ‘Monetised graphics’: Enforcing intellectual property on the blockchain. *Philosophy & Technology*, 31(1), 15-41. <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2074/10.1007/s13347-016-0243-1>

Conclusiones generales

Como conclusión general en relación con el objetivo principal planteado se puede sostener que:

- Las situaciones cotidianas claman reglamentación desde el derecho, poniendo de manifiesto —como lo hacen los diferentes temas planteados en esta publicación— que existe una serie de vacíos normativos y jurisprudenciales en casos puntuales, que afectan a los particulares y que, en principio, enfrentan el interés general con el particular, con un efecto plenamente económico para los dos. Le corresponde al legislador y a los jueces competentes entrar a dilucidar la manera en que interactúan los derechos fundamentales y económicos, tanto individuales como colectivos, sin perder de vista los efectos que dichas decisiones producen en la sociedad colombiana.
- Existe una relación ineludible entre la economía, el contenido del derecho a la propiedad y la legislación implantada por el derecho aplicable a los sistemas de sostenibilidad ambiental y funcionalidad social.
- Hoy en día la economía se sirve de estructuras sociales y gremiales que ayudan a su autoconservación y guardan equilibrio

entre esta y lo social, sin perjuicio de su propia dinámica. De igual modo, la intervención estatal es necesaria para que exista equidad, más en escenarios en los que predominan la iniciativa y las libertades privadas tendientes a satisfacer necesidades.

En cuanto a las conclusiones relacionadas con los objetivos específicos planteados, se puede sostener que:

- La función social y el interés general, en relación con la propiedad, fueron fusionados en la Constitución de 1886. Sin embargo, es necesario impulsar el desarrollo productivo de dicha propiedad en cabeza de sus propietarios, siempre en pos del interés general. De ahí que en Colombia la distribución de la propiedad, especialmente de tierras, no esté equilibrada, lo que genera desigualdad social. La generación de riqueza por sí misma no responde a la necesidad real de un país.
- A esta problemática se suma hoy en día el factor ambiental —como impacto en la economía, que cada día es más palpable— y sus consecuencias en el derecho comercial. En este ámbito se replica nuevamente la realidad de la satisfacción del interés particular tanto de personas como de Estados, frente al interés común y, aún, global. A su vez, la regulación de la problemática no resulta suficiente ni actualizada frente a esta realidad. Tal vez, los casos más representativos son los reflejados en la explotación de recursos naturales, con un evidente impacto ambiental, por ser algunos no renovables y por la falta de sostenibilidad de los renovables frente a los beneficios económicos que representa dicha explotación; a esto se suma la discusión sobre la destinación de las ganancias generadas. Además, se pone en la balanza la ganancia frente al costo ambiental.
- Continuando con estas realidades, se confronta hoy en día el derecho ambiental y el derecho comercial, enmarcados por los intereses que cada uno de ellos contienen. A dicha contraposición se añade la discusión sobre los derechos fundamentales y

económicos que regula la Constitución de 1991. Esta situación ha llevado al desarrollo de la jurisprudencia, en la que la Corte Constitucional ha analizado las dos normativas y su relación con los derechos fundamentales. En estas prevalece el interés general, especialmente en la faceta cultural, ambiental y social, aunque reconociendo la libertad económica como derecho no absoluto. Para tratar de armonizar los diferentes aspectos, se ha acudido a términos como *desarrollo sostenible*, atribuyendo, en todo caso, al Estado el control de la explotación y conservación de los recursos naturales.

- Siguiendo con la problemática que contrasta la realidad económica y la reglamentación ineficiente para la asignación de derechos de propiedad, en Colombia es ampliamente conocida la desigualdad en la distribución de la tierra, lo que ha generado conflictos internos mantenidos a través de los años. Para tal efecto, se requiere la instauración en la estructura funcional de la Rama Judicial de jueces especializados en tierras, que cuenten con conocimientos en los asuntos relacionados con el derecho a la tierra. Después de efectuar un recuento histórico sobre la distribución de la tierra en Colombia, se infiere el fracaso de la jurisdicción agraria, analizado el derecho a la tierra a pesar de estar consagrado en el artículo 58 de la Carta Política. De esto se infieren los elementos del derecho a la propiedad rural: que la distribución de tierras es inequitativa, que su distribución no ha obedecido históricamente a criterios sociales, económicos y ambientales plenamente establecidos, y menos su explotación. Las situaciones fácticas han dado lugar a la reglamentación de instituciones, como la prescripción adquisitiva, pero sin cambios significativos a nivel general.
- Una vez analizados los elementos antedichos, se infiere la necesidad de adoptar un mecanismo que permita el acceso a la justicia desde el punto de vista agrario, dadas las necesidades que surgen cotidianamente en este ámbito, pese a las providencias expedidas por la Corte Constitucional.

- Otro punto que refleja la problemática entre lo social y el derecho es la adquisición de bienes baldíos por particulares a través de la prescripción adquisitiva. Esta situación resulta paradójica de acuerdo con la regulación de la normatividad colombiana, lo cual encuentra explicación en errores de procedimiento a la hora de dirimir conflictos planteados ante la jurisdicción. Esto demuestra las falencias de las instituciones jurídicas para la correcta asignación de dicho medio de producción.
- Frente a la adquisición de bienes fiscales por personas naturales, la normatividad colombiana es muy estricta, partiendo de la Carta Política, pasando por la legislación contractual, hasta la de bienes de la naturaleza ya señalada, la cual es protectora de dichos bienes e, incluso, es restrictiva en la aplicación de principios como la confianza legítima. En todo caso, esta situación genera efectos en la población que el Estado debe atender, como son los vendedores informales. Surge, entonces, una utilización indebida de los mecanismos legales para la asignación de los derechos de propiedad, lo cual afecta igualmente los bienes fiscales sujetos a la utilidad pública y al interés general.
- En cuanto a la adopción de la tecnología en los procesos económico-jurídicos, como lo son las criptomonedas y otro tipo de figuras que van siendo creadas con el paso del tiempo, asociadas a la nueva forma de comercialización y de percepción de las relaciones socioeconómicas, nos encontramos un campo que cuenta con un gran nivel de incertidumbre, tanto en su regulación como en la seguridad y efectividad a la hora de aplicarla.

Sobre los autores

Diego Fernando Rengifo Lozano

Magíster en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor investigador de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: diegorengifo@usantotomas.edu.co

María Elena Grueso Rodríguez

Docente investigadora de la Corporación Universitaria Republicana y miembro del grupo de investigación Derecho Económico y Estado. Abogada por la Universidad Sergio Arboleda, especialista en Derecho Comercial y Derecho Financiero por la Universidad del Rosario y magíster en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: megrueso@hotmail.com.co

Fernando Motta Cárdenas

Doctorando en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social, y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Comercial por esta misma institución. Docente

investigador de la Corporación Universitaria Republicana; investigador integrante del grupo Derecho Económico y Estado. Correo electrónico: fmcdocente@hotmail.com

Mauricio Antonio Torres Guarnizo

Administrador de Empresas por la Universidad Militar Nueva Granada, abogado por la Universidad Santo Tomás, *Legum Magister* por la Universidad de Konstanz, Alemania, y doctorando en Derecho por la Universidad de Göttingen, Alemania. Investigador del grupo Francisco de Vittoria de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: mauriciotorres@usantotomas.edu.co

Paula Comellas Angulo

Doctora en Derecho del Comercio Transnacional, magíster en Investigación en Ciencias Jurídicas, especialista en Currículo y Pedagogía por la Universidad de los Andes, licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto de Bilbao, España. Directora de proyectos de investigación en la maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: paulacomellas@hotmail.com

Ricardo Durán Vinazco

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: ricardoduran@usantotomas.edu.co

Martha Cecilia Cañón Solano

Abogada por la Universidad del Rosario, especialista y magíster en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario. Cuenta con más de 20 años de experiencia en el sector público, adelantando la

defensa judicial de varias entidades estatales en las siguientes materias: de lo contencioso administrativo, contratación administrativa, responsabilidad estatal, laboral contenciosa, defensa judicial y extra-judicial, y la justicia en el derecho administrativo. También cuenta con varias publicaciones en las que se destacan la realizada con el Doctor Juan Manuel Charry (Ediciones Banco de la República), en calidad de investigador auxiliar; y su libro *Acción de Repetición* (que se encuentra en proceso de actualización), publicación realizada por intermedio de la Universidad de Medellín en el 2008. Correo electrónico: ormccanons7@yahoo.es

David Augusto Echeverry Botero

Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho Económico por esta misma universidad y magíster en Commercial Law (LLM) por la Universidad de Melbourne. Docente de la maestría en Derecho Económico de la Universidad Javeriana en las asignaturas Investigación científica y Seminario de investigación. Director de proyectos de investigación en la maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Se desempeña igualmente como docente de las asignaturas Derecho comercial general, Sujetos de derecho privado y Economía Política en la Facultad de Derecho de esta universidad. Correo electrónico: davidecheverry@usantotomas.edu.co

Ruth Carolina Blanco Alvarado

Abogada por la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España, especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España, especialista en Derecho Administrativo por la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia; doctora en derecho por la Universidad Santo Tomás, Sede Bogotá. Docente investigadora de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: carolinablancoalvarado@hotmail.com

José Manuel Gual Acosta

Doctor en Derecho civil por la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa, Italia, y especialista en derecho de los negocios. Arbitro de la CCB, docente universitario e investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: josegual2@gmail.com

Mónica Lucía Fernández Muñoz

Doctora en Persona y Tutelas Jurídicas por la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa, Italia; especialista en Responsabilidad Civil y del Estado y especialista en Docencia Universitaria. Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, docente universitaria e investigadora de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: monicaluciafer@yahoo.es

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster LLM en Derecho Francés, Europeo e Internacional de Negocios por la Universidad Panthéon-Assas Paris II y el Instituto de Derecho Comparado de Paris, Francia; y especialista en Docencia universitaria. Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: juan.villalba@unimilitar.edu.co

Índice temático

A

Acuerdo General sobre Aranceles
Aduaneros y Comercio 41.
Agencia Nacional de Tierras 99, 104,
108.
agrorromanticismo 101.
algoritmo 137, 138, 142, 152, 158, 160.
amortización 19.
Análisis Económico del Derecho 15,
20, 85.
antropocéntrico 48.

B

baldío 77, 95, 96, 97, 98, 102, 104, 105,
108.
bienes 18, 19, 26, 84, 95.
de uso público 97, 102.
enajenación de 118, 123, 125, 130.
fiscales 97, 102, 110, 115, 117, 118,
125.
biocéntrico 48, 57.
bitcóin 138, 142, 144, 149, 150, 152.
blockchain 135, 136, 137, 138, 140, 142,
144, 147, 154, 158.
buena fe 44, 77, 79, 129, 139, 159, 160.

C

confianza legítima 44, 45, 126, 127,
129.
Constitución viviente 50.

criptomonedas 135, 137, 144, 149, 150,
153, 154.

D

derecho ambiental 39, 40, 41, 43, 44,
47, 49.
derecho comercial 39, 40, 43, 47, 49.
contemporáneo 39.
derechos de autor 148, 157, 158, 163.
desarrollo social 22.
desarrollo sostenible 48, 50, 53, 175.
descentralización 25, 144.
dimensión agraria 18.

E

ecoc  tricas 48.
economía social de mercado 51, 55.
eficiencia 63, 125, 130, 157, 164.

F

función social 17, 18, 25, 28.
de la propiedad 29.

H

hash 140, 142.

I

inteligencia artificial 154, 160.
internet de las cosas 154, 156.

J

jueces especializados 62, 66, 88.
 jurídica 21.
 figuras 35.
 protección 39.
 seguridad 17, 69.
 situación 44, 117, 127.
 justicia agraria 81, 82, 85.

L

Ley de tierras 65, 78.
 leyes antimonopolio 20, 28, 30.
 libertad de empresa 40, 42, 49, 51.
 licitación pública 121, 122, 130.
 modelo 25, 31, 39, 48.
 económico 30, 35, 54, 71, 74.
 democráticos 41.

N

nodo 137, 138, 140, 141, 143, 154.
 nuevas tecnologías 135, 136.

O

Observatorio de Conflictos Ambientales 43.
 Organización Mundial del Comercio 41, 155.

P

políticas públicas 46, 56, 156.
 posesión económica agraria 77.
 prescripción 35, 73, 77, 95, 96.
 adquisitiva agraria 65, 71, 76, 77, 79.
 progresividad 72, 73.

promesas de compraventa 115, 116, 118, 126.
 propiedad 17, 18, 20.
 como derecho 18, 19.
 eclesiástica 19.
 derecho de 21, 30, 31, 62, 63, 64, 70, 75.
 Intelectual 137, 148, 149, 157, 163.

R

redes *peer-to-peer* 141.
 reforma agraria 76, 88, 99, 100, 101.
 registro centralizado 149.
rent seeking 30.
 reubicación 115, 116, 125.

S

sistema jurídico 22, 52, 61, 62, 64, 85.
 romano 82.
smart contracts 135, 137, 145, 152, 154, 158, 160, 162.
 sostenibilidad 26.
 Superintendencia de Industria y Comercio 148.

T

tierra 18, 19, 22, 29, 34, 62, 64, 65, 67, 68, 69.
 parcela de 67.
 acceso a la 65, 68, 70.

V

vendedores informales 115, 116, 117, 122, 125.
 venta directa 115, 116, 117, 118, 122, 125.



Esta obra se editó en Ediciones USTA.
Se usó papel propalcote de 300 gramos para la carátula
y papel bond *beige* de 75 gramos para páginas internas.
Tipografía de la familia Sabon.
2020

JUSTICIA Y EFICIENCIA

En este libro se analizan los enfrentamientos que pueden surgir entre la justicia y la eficiencia en relación con la asignación de recursos y su impacto en el medio ambiente, debido a la deficiente asignación de derechos de propiedad. También se busca revisar nuevas modalidades de transacción con origen en adelantos tecnológicos que, por su novedad, puedan generar incertidumbre en los procesos y, con ello, la indebida correlación de dichos derechos.

Así mismo, se plantea que la indefinición e incertidumbre en la asignación de derechos de propiedad y su impacto ambiental no ha sido solucionada en la actualidad, y si bien existen avances normativos y jurisprudenciales con miras a solucionar el problema económico, la realidad económica y social en Colombia dista mucho de haber logrado una generación sostenible de riqueza o un contexto de intercambio favorable.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

