

SCIENTIA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

Scientia

ISSN: 0258-9702

viceipup@ancon.up.ac.pa

Universidad de Panamá

Panamá

Clavijo Prada, Silvia

Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho

Scientia, núm. 159, enero-junio, 2015, pp. 41-59

Universidad de Panamá

Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769459003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: Ciudades sagradas N° 1
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m
Año: 1992

Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho*

* Artículo de investigación resultado del proyecto *Protección Legal de los Ecosistemas Estratégicos*, terminado en junio de 2013. Grupo de investigación *Familia, Género y Conflicto*, línea Bioética y Derecho de las nuevas tecnologías del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB–. Investigadora principal: Silvia Clavijo. E-mail: silviaclavijo123@gmail.com.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a03

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 6 de mayo de 2015

Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho

Silvia Clavijo Prada¹

Resumen

Las normas sobre protección de ecosistemas estratégicos que fueron identificadas y analizadas en el proyecto de investigación se encuentran en diversas reglamentaciones en materia ambiental. En el análisis de esta legislación se encuentra que los ecosistemas estratégicos en Colombia, no son *per se* bienes de uso público, ni constituyen una categoría de área protegida, y a pesar de que pueden ser protegidos por medio de la declaración de una de ellas, su protección se concibió por medio de otros instrumentos de ordenamiento ambiental del territorio.

El marco jurídico sobre protección de páramos y humedales, evidencia que el derecho ambiental colombiano tiene un enfoque tradicional que debe complementarse por normas que tengan el enfoque de instrumentos económicos. Es un reto para el derecho que implica tener en cuenta consideraciones sobre derechos adquiridos, limitaciones del derecho a la propiedad, áreas protegidas, tradiciones de comunidades indígenas y campesinas y mecanismos de desarrollo con el fin de que se logre el desarrollo sostenible.

Palabras clave: derecho ambiental, biodiversidad, servicios ambientales, áreas protegidas, pago por servicios ambientales.

Development and strategic ecosystems conservation: a law challenge

Abstract

The rules concerning the protection of strategic ecosystems identified and analyzed in this research project can be found in various environmental regulations. The analysis of existing legislation about strategic ecosystems in Colombia concludes that they are not *per se* public good, and they do not constitute a protected category in law. Even though they can be protected through some declaratives stated by law, its protection is attained by means of other instruments of environmental regulations on the territories.

The legal framework about wetland and moors shows that the environmental legal system in Colombia has a traditional approach that should be complemented by norms with an economic or market-based instruments approach. It is a challenge to Law that implies a series of considerations about property rights, protected areas, traditions of peasants and indigenous communities, and the development mechanisms in order to achieve a sustainable development.

Keywords: environmental law, biodiversity, environmental services, payment for ecosystem services

1 Profesora de Derecho Ambiental de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB– 2008 – 2013; Abogada de la UNAB y especialista en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia 2008; pertenece al grupo de investigación *Familia, Género y Conflicto*, línea Bioética y Derecho de las nuevas tecnologías del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. <http://www.unab.edu.co/portal/page/portal/UNAB/investigacion/investigacion-en-sentido-estricto/inicio?idcentro=5>

Citación de este artículo con el sistema APA: Clavijo Prada, S. (2015). Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 41-59. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a03

Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho

Introducción

A pesar del fortalecimiento del derecho ambiental colombiano, con un sistema nacional ambiental definido por la Ley 99 (22 de diciembre 1993) de la República de Colombia, con un sistema de áreas protegidas (Decreto 2372, 01 de julio de 2010, Ministerio del Medio Ambiente), con leyes y reglamentos que regulan la protección de los recursos naturales renovables, con una Constitución Política (1991) que ha sido caracterizada por su fuerte componente *ecológico*, e incluso con pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el desarrollo sostenible y el derecho a gozar de un ambiente sano, aún se encuentran barreras para la consecución de un desarrollo basado en el uso sostenible de los recursos naturales renovables, particularmente en los páramos y humedales en Colombia.

El propósito de los instrumentos de política de derecho ambiental se ha concentrado mayormente en la restricción de uso del suelo en determinadas áreas donde se concentran la mayor biodiversidad, dejando de lado los factores económicos que inciden en que la *protección y conservación* se conviertan en elementos generadores de desarrollo para el país. Se considera que el desarrollo sostenible en las zonas donde se encuentran los páramos y humedales del país, constituye un reto para el derecho. Los instrumentos de política relevantes a la conservación de la biodiversidad en páramos y humedales no promueven el desarrollo sostenible de manera eficaz, su enfoque de comando-control requiere ser complementado con el de instrumentos económicos que posibilite la generación de alternativas justas y sostenibles para aquellos que viven en las áreas estratégicas del recurso hídrico. Sumado a lo anterior, el componente social también desempeña un papel relevante, dado que los elementos del desarrollo sostenible deben abarcarse en conjunto, por lo que se considera que la participación de la sociedad o población afectada, es indispensable para que estos instrumentos de política sean efectivos.

Siguiendo esta línea, en la primera parte de este artículo se presenta un análisis sobre la naturaleza jurídica de los recursos de la biodiversidad de los páramos y humedales desde el punto de vista del dominio, el cual se presenta desde dos opciones: una, los páramos y humedales desde la perspectiva de las áreas protegidas,

y dos, desde la perspectiva de ecosistemas estratégicos que no se encierran en un área protegida y la influencia del desarrollo sostenible en las medidas de protección y conservación. En esta parte también se presentan consideraciones sobre la minería en ecosistemas de páramos y humedales con el enfoque de los derechos adquiridos y el desarrollo sostenible de las poblaciones que habitan las zonas donde estos ecosistemas se encuentran. Finalmente, se presenta una reflexión sobre incentivos para la conservación de páramos y humedales.

Se utiliza un método descriptivo de las normas que componen el marco jurídico y se emplea un método analítico-propositivo, expuesto por medio de posturas y planteamientos personales, desde un punto de vista jurídico argumentativo.

A partir del análisis se concluye como resultado de la investigación que los ecosistemas de páramos y humedales no son una categoría de área protegida, no son bienes de dominio público y su protección está ligada a su identificación, delimitación, caracterización y formal declaración de un Plan de Manejo Ambiental que defina los usos del suelo adecuados. Los instrumentos de política para la protección y conservación de los páramos y humedales como ecosistemas estratégicos, no promueven el desarrollo de la región a partir del uso sostenible de la biodiversidad por medio de actividades alternativas². En ese sentido se considera que el Estado debe obtener y difundir conocimiento pleno del territorio; los diferentes sectores deben intercambiar información sobre el territorio que sirva como base para la toma de decisiones; la participación de la población en la toma de decisiones que la afecten, es necesaria para que los instrumentos sean eficaces; un enfoque de instrumentos económicos debe ser incorporado a los instrumentos de política sobre conservación y protección de páramos, para que las poblaciones que habitan estas zonas tengan opciones de desarrollo sostenible.

1. Los ecosistemas de páramo y humedales y el derecho a la propiedad privada y a la libertad económica

La finalidad del derecho antes del surgimiento del derecho ambiental solía ser regular las relaciones sociales. Posteriormente se extiende para regular las relaciones de la sociedad con la naturaleza, pues las actividades del hombre impactan los ecosistemas y este genera a su vez un impacto en la vida social. Esta nueva función del derecho a partir del surgimiento de los derechos colectivos, no pretende atribuirle al medio ambiente un carácter netamente conservacionista, la finalidad de

2 Educación ambiental, investigación, implementación de ciencia y tecnología, ecoturismo, negocios verdes, entre otros.

las regulaciones sobre el medio ambiente es equilibrar el desarrollo económico, en el que se mantenga la posibilidad de satisfacer las necesidades de las personas y, al mismo tiempo, asegurar la existencia de los recursos naturales renovables para que no se afecten ni presentes ni futuras generaciones en razón a su agotamiento.

La Constitución Política de 1991, en virtud de esa necesidad del Estado de regular las relaciones del hombre con la naturaleza, dispuso en el artículo 58 que el derecho a la propiedad privada está limitado como consecuencia de su función social y ecológica. Así mismo, en el artículo 334 establece que la libertad económica e iniciativa privada, pueden estar limitadas cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. La función ecológica de la propiedad tiene fundamento en el carácter limitado del derecho de propiedad dado por los derechos colectivos, como el de gozar de un ambiente sano, y los derechos de las futuras generaciones. El Estado está facultado para limitar esos derechos debido a que la preservación del ambiente sano, es uno de los tres fines de intervención del Estado junto con la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo.

El Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974, fue expedido con el objetivo de: 1) lograr la preservación, restauración, conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y 2) regular la conducta humana, individual colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos. Por medio de esta norma, el Estado colombiano pretendió regular esa relación entre el hombre y la naturaleza.

En el artículo 4° de la norma en mención, se establece que aunque los recursos naturales renovables son de dominio público, sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables *se reconocen los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley*. En el mismo sentido, los artículos 42 y 43 determinan la viabilidad de la propiedad privada sobre recursos naturales renovables, sujeta a las limitaciones y restricciones derivadas de la función ecológica de la misma. El artículo 43 del código determina que *el derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social*.

Teniendo en cuenta los artículos 50, 51 y 52 del código, el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables de dominio público requiere permiso del Estado. La obtención de los permisos para el uso y/o aprovechamiento de recursos naturales renovables, no transfieren el dominio del recurso al concesionario, no privatizan el recurso, por el contrario el Estado sigue siendo el titular y no se desprende de ésta a pesar de la concesión, como por ejemplo, la concesión de aguas de dominio público.

Lo que también implica que el Estado siga siendo el responsable de su preservación, responsabilidad que cumple por medio de la asignación de deberes a los beneficiarios de las concesiones. Esto se da en razón a que hay determinados recursos naturales que son vitales y, por tanto, su apropiación puede llegar a ser inconstitucional.

En ese sentido, las áreas donde se encuentran los ecosistemas de páramo y humedales pueden ser objeto de propiedad privada a pesar de que para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en particular, se requiera permiso.

1.1 Ecosistemas de páramo y humedales en áreas naturales protegidas

Ahora bien, en el artículo 63 de la Constitución Política de 1991, se establece que *los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*. De manera que si dentro del área de un parque natural o de una tierra comunal se encuentra un ecosistema de páramo o humedal, ya no podrá ser este objeto de propiedad privada, y la protección y conservación del mismo, se someterá a las reglas que rigen el área protegida. Entonces las áreas de ecosistemas de páramos y humedales, pueden ser también de dominio público o colectivo.

Los páramos y humedales no constituyen una categoría de área protegida. Las áreas protegidas en Colombia se regularon en el título II de la parte VI del Código Decreto Ley 2811 de 1974, en el que se dispuso que son áreas de manejo especial, aquellas que se delimitan para administración, manejo y protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y, reitera que la declaración de estas áreas, deberá fundarse en estudios ecológicos, económicos y sociales, además de tener unos objetivos determinados.

La clasificación de áreas de manejo especial del código es la siguiente: Distritos de Manejo Integrado – DMI-, Cuencas Hidrográficas, Distritos de Conservación de Suelos, y Sistema de Parques Nacionales (Los parques Nacionales Naturales son bienes de uso público según el art. 63 de la Constitución Política del 1991).

En la Carta de 1991, tampoco se encuentra referencia a los páramos y humedales como áreas de especial importancia ecológica o áreas protegidas. La Ley 99 de 1993 por su parte, definió las competencias de las autoridades ambientales en cuanto a la administración de las áreas protegidas, estableciendo en el artículo 5° la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales CAR de *reservar, alinderar y administrar, en los términos y condiciones que fijen la ley y los reglamentos, los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, y reglamentar*

su uso y funcionamiento y Administrar las Reservas Forestales Nacionales en el área de su jurisdicción. Con lo anterior, adhiere las reservas forestales y parques naturales de carácter regional como categorías de área protegida.

Por su parte, el Decreto 3272 de 2010 del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, estableció en el artículo 10 que las categorías de áreas protegidas son: Áreas protegidas públicas, Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Las Reservas Forestales Protectoras, Los Parques Nacionales Regionales, Los Distritos de Manejo Integrado, Los Distritos de Conservación de Suelos y Las Áreas de Recreación; las Áreas Protegidas Privadas, son las Reservas Naturales de la Sociedad Civil.

Esta vez en los artículos 28 y 29 se hace mención a los ecosistemas estratégicos. Primero, en el artículo 28 se establece que los sitios Ramsar, a pesar de que no son categorías de áreas de manejo especial, son “complementarias para la conservación de la diversidad biológica”. Y en el artículo 29 se establece que los ecosistemas estratégicos gozan de especial protección y en ese sentido deben “adelantarse acciones tendientes a su conservación y manejo, las que podrán incluir su designación como áreas protegidas bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el presente decreto”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cuando los ecosistemas de páramo y/o humedales se encierran en un área natural protegida, las condiciones para el desarrollo sostenible dependen de las condiciones establecidas en el plan de manejo del área. A pesar de lo importante que resulta la protección de estos ecosistemas, la mayoría de los habitantes de estas áreas, ya sean campesinos, colonos, afrodescendientes o indígenas, viven en condiciones de pobreza. Alrededor de 93 mil personas que habitan los parques naturales viven en condiciones de pobreza (Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica ANDES 2013).

Aún las estrategias de las autoridades que tienen a cargo la administración de estas áreas no llegan a impactar de manera positiva esta situación. A las personas que habitan las áreas protegidas se les imponen obligaciones para conservar los recursos naturales que proveen servicios ambientales para una gran parte de la población del país, sin embargo, no reciben nada a cambio.

1.2 Ecosistemas de páramo y humedales que no conforman áreas protegidas

1.2.1 Humedales.

El artículo 2° de la Resolución 157 de 2004 del hoy Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible declara que los humedales son bienes de uso público.

La naturaleza jurídica que esta norma le da a los humedales parece convertirlos en bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables; sin embargo, al no tratarse de una Ley de la República en la que se haga tal pronunciamiento, los efectos de esa declaración son limitados. Por la normativa subsiguiente a la Resolución 157, se puede concluir que en Colombia los humedales no tienen *per se* la categoría de bienes de uso público. Por ejemplo, la Ley 1450 de 2011 determina que en estos ecosistemas puede desarrollarse actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales.

A pesar de que pueda considerarse que no tienen naturaleza de bien público, sí gozan de especial protección, incluso aquellos denominados *humedales al interior de Colombia* que son los que no hacen parte de la lista de humedales Ramsar.

El artículo 5° de la Ley 99 de 1993, le asigna al Ministerio del Medio Ambiente la responsabilidad en relación con los humedales, estableciendo que: “le corresponde regular las condiciones de conservación y manejo de ciénagas, pantanos, lagos, lagunas y demás ecosistemas hídricos continentales”. Sin embargo, solo hasta 1997 con la ley que ratifica el convenio Ramsar, se reglamenta la protección de estos ecosistemas en Colombia. La Ley 357 de 1997 incorporó el concepto de *humedal* y, además, se asumió la tarea de planificar el manejo tanto para los humedales declarados sitios de importancia internacional, como para aquellos que no lo son.

Gracias al enfoque eco-sistémico establecido por el Convenio de biodiversidad, se promueve el manejo de los recursos naturales a través de “la integración de los factores ecológicos, económicos y sociales dentro de un marco geográfico definido principalmente por límites ecológicos”. Como resultado, el Ministerio del Medio Ambiente estableció la Política Nacional para Humedales Interiores de Colombia (2002), por medio de la cual se establecen los lineamientos del enfoque eco-sistémico adaptado a humedales, planteando entonces que para alcanzar los objetivos de manejo, se deben tener en cuenta las condiciones ambientales que limitan la productividad y, de acuerdo con los servicios ambientales que prestan, debe promoverse su uso sostenible.

Ahora bien, la Ley 388 de 1997 establece que los municipios y distritos en virtud de las funciones constitucionales de ordenamiento del territorio deberán, al momento de hacer los planes o esquemas de ordenamiento territorial, localizar las áreas que deban ser conservadas y recuperadas e identificar los ecosistemas de especial importancia. También les corresponde clasificar los suelos en urbanos, rurales o de expansión y dentro de cualquiera de estas tres clases, puede existir lo que se define como suelo de protección.

Sumado a lo anterior, la Resolución 157 de 2004 del Ministerio del Medio Ambiente establece que la Unidad Administrativa del Sistema Nacional de Parques Naturales, las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y las Autoridades Ambientales Distritales, debieron en el término de 24 meses contados a partir de la expedición de la guía técnica, elaborar y ejecutar los planes de manejo ambiental para los humedales de su jurisdicción, una vez los mismos hayan sido delimitados, caracterizados y zonificados. Esa guía técnica fue expedida el 01 de febrero de 2006, por tanto, los humedales de Colombia, debieron quedar no solo identificados, sino también delimitados, caracterizados, zonificados y con un plan de manejo ambiental establecido al 31 de enero de 2007.

Adicionalmente, el artículo 9° de la Resolución 157 de 2004, determinó el régimen de usos de los humedales. Al analizar esta norma y lo establecido en la Ley 388 de 1997 sobre las determinantes ambientales, puede concluirse que ese régimen de usos que se establezca en virtud de la identificación, delimitación, caracterización, zonificación y posterior Plan de Manejo, debe tener efectos al público y para que eso ocurra, el Plan de Manejo Ambiental –PMA- no solo debe ser aprobado por medio de un acto administrativo, como lo establece el artículo 12 de la Resolución 157 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Resolución 1128 de 2006, sino que además, debe ser incorporado al Plan de Ordenamiento Territorial –POT- del municipio, de manera que los actuales propietarios de los predios en donde los humedales se encuentran localizados, conozcan de las limitaciones al uso del suelo.

En Santander, los humedales del Magdalena medio fueron identificados, delimitados y caracterizados por la Corporación Autónoma Regional de Santander –CAS–; sin embargo, tal trabajo no tiene efectos frente a terceros debido a que no se formalizó por medio de un acto administrativo, ni fue incorporado a los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios con jurisdicción en la zona donde se ubican estos humedales.

El incumplimiento de lo ordenado en la Resolución 157 de 2004, da lugar a que el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, ordene a las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los establecimientos públicos ambientales, zonificar, ordenar y determinar el régimen de usos de esos ecosistemas.

Durante este período, mientras se zonifican, ordenan y determinan los regímenes de uso de los humedales, los proyectos agropecuarios, y la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, serán legítimos y queda a consideración de las autoridades ambientales, para el caso de la minería, otorgar los permisos de ley, lo cual en virtud del principio de precaución puede evitarse.

1.2.2 Páramos.

No existe un tratado de derecho internacional que haya liderado la promulgación de una ley de la República para la protección de los páramos, de manera que la protección legal de estos ecosistemas, específicamente tiene lugar a partir de la Resolución 769 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente. La norma en mención se expidió con fundamento en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993 por medio del cual se determinó que los páramos son zonas de protección especial, y en la Ley 373 de 1997 por medio de la cual se precisa que las zonas de páramo deben ser adquiridas y estudiadas en su capacidad de oferta de servicios y bienes ambientales.

Los páramos representan un ecosistema de singular riqueza y que es indispensable para el equilibrio eco sistémico, por lo que la Resolución 769 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente, ordenó a las Corporaciones Autónomas Regionales y Grandes Centros Urbanos, realizar un estudio del estado de los páramos en su jurisdicción, estudio que consistía en: ubicación, determinación de su extensión, caracterización social, económica y ecológica. Como resultado del estudio se ordenó la declaración de áreas protegidas (Resolución 769, 2002) o la elaboración de un Plan de Manejo Ambiental, según el artículo 4°, los cuales deberán determinar la zonificación y ordenación ambiental del territorio y por lo tanto el régimen de usos del suelo.

El plazo que esta norma otorgó a las autoridades ambientales para concluir el estudio del estado actual de los páramos de su jurisdicción, fue de un año a partir de la expedición de los términos de referencia emitidos por el Ministerio; y a partir de la culminación del estudio, dos años para la formulación de los Planes de Manejo Ambiental. Los términos de referencia fueron expedidos el 01 de agosto de 2003 mediante la Resolución No. 0839 y según el artículo 10 de esta norma, al culminarse tanto el estudio como el PMA, debía remitirse al Ministerio del Medio Ambiente para su revisión y aprobación para que, posteriormente, fuera adoptado por la autoridad ambiental regional para su implementación; sin embargo, el Ministerio mediante Resolución 1128 de 2006 modifica el artículo 10° de la Resolución 0839 y establece que el PMA será aprobado por el Consejo o Junta Directiva de la respectiva autoridad ambiental competente.

A pesar de lo anterior, algunos páramos aún hoy se encuentran desprotegidos porque no se estableció sobre ellos ningún PMA. Esta omisión resultó siendo significativamente costosa debido a que las políticas de desarrollo y las condiciones de seguridad en el país han cambiado, generando más opciones para el desarrollo de actividades extractivas y a más alto nivel. Las omisiones de las autoridades

ambientales se hicieron más evidentes cuando se profirió la ley que modificaba el código de minas, Ley 1382 del 18 de diciembre de 2010, pues al excluirse los páramos de la actividad minera había que saber primero dónde se ubican esos ecosistemas, su zonificación y delimitación.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 de 2011 por su parte, reiteró que los páramos están excluidos de la minería, y estableció que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible será el encargado de su delimitación y, las Corporaciones Autónomas Regionales y Grandes Centros Urbanos, se encargan del proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos con base en la delimitación. Para este fin otorga tres años a las Corporaciones, a partir de la delimitación que el ministerio proporcione. Situación que lleva a concluir que mientras transcurre el tiempo otorgado por la ley a las autoridades ambientales, se podrán seguir celebrando contratos de concesión minera y actividades agropecuarias en ecosistemas estratégicos.

Paralelo a la preocupación que para una parte de la población genera la posibilidad de explotación de estos ecosistemas, la población que vive en las áreas que componen estos ecosistemas, asumen la norma como una condena a la pobreza, sobre ellas recae el peso de la conservación por la que no reciben nada a cambio.

Según el artículo 45 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables –CNRNR–, la declaración de reservas se hace con base en razones de necesidad para adelantar programas de restauración, conservación o preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente. El establecimiento de reservas de recursos debe estar acorde con las necesidades del país, además se deberá valorar el costo-beneficio ecológico, ambiental y social de las actividades que puedan ocasionar el deterioro de los recursos naturales o la alteración de un ecosistema; también se deberán establecer planes y programas de protección y manejo de recursos naturales renovables; zonificar el país, estableciendo las áreas delimitadas para manejo especial y aquellas con graves problemas ambientales y de manejo³; velar por la explotación eficiente, compatible con su conservación y acorde con los intereses colectivos, de los recursos naturales renovables; y se deberá planear la compatibilidad entre el desarrollo económico del país y la protección del medio ambiente.

El Estado al momento de limitar el derecho a la propiedad privada proveniente de la declaración de un área protegida y en virtud de los principios de prevención y precaución del derecho ambiental, debe tener en cuenta que el derecho a la li-

3 En concordancia con lo establecido en el artículo 30, que estableció que para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales, el Gobierno Nacional debía establecer las políticas y normas sobre zonificación.

bertad de la actividad económica (artículo 333 C.P.), se garantiza por medio de la constitución de unas reglas claras de juego, del acceso oportuno a la información y sobre todo de la expedición de leyes conocidas como de intervención económica, en virtud del principio del Desarrollo Sostenible.

2. La minería en ecosistemas de páramo y humedales

El derecho a explotar los recursos naturales no renovables se adquiere, según el artículo 14 del código de minas (Ley 685 de 2001), mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Como se había ya mencionado, el contrato de concesión no transfiere al beneficiario un “derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”.

En el artículo 48 *ibídem*, se dispuso que el concesionario de minas no requiera licencias, permisos o autorizaciones que no estén relacionadas en el código de minas, excepto, las de competencia de la autoridad ambiental. En concordancia con esto, el Decreto 2820 de 2010 establece que la obtención de la licencia ambiental es un prerequisite, es una condición previa para ejercer los derechos provenientes de licencias expedidas por otras autoridades. Los permisos para el uso, aprovechamiento y/o explotación de los recursos naturales renovables deben haber sido conseguidos antes de que se inicien las labores. Es decir, los derechos a explotar los recursos naturales no renovables se adquieren cuando se obtuvo la concesión minera y la licencia ambiental.

La Contraloría General de la República en el oficio 80110 del 23 de agosto de 2012, advirtió al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre los riesgos de daño ambiental de esos ecosistemas por el desarrollo de proyectos, obras y actividades que se han permitido en ellos como consecuencia de *“la demora en la adopción de los planes de Manejo Ambiental, ordenación, declaración y delimitación de los ecosistemas de páramo del país, en las escalas adecuadas y la información de referencia suficiente y necesaria sobre su valor ecológico, según sus atributos y funciones eco-sistémicas”*.

Ya antes la Contraloría había advertido a la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB-, en oficio 4120-E1-21391 del 23 de febrero de 2012, sobre el riesgo ambiental dado por la superposición de

títulos mineros con el área del páramo de Santurbán, títulos otorgados en 1994 bajo la vigencia del Decreto 2655 de 1988 que han sido adquiridos por empresas multinacionales, y se encuentra que no solo cambiaron de modalidad de licencia minera a contrato de concesión (Ley 685 de 2001), sino que además fueron inscritos en el Registro Minero, y que a pesar de estar superpuestos con áreas de páramo y de que el hoy Ministerio del Medio Ambiente y de Desarrollo Sostenible hubiera adoptado la Cartografía elaborada y proporcionada por el Instituto Alexander Von Humboldt (Resolución 937, 2011), el hecho de que las corporaciones como la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB–, no hubieran desarrollado los estudios técnicos para la delimitación del ecosistema aún, da lugar a que la actividad minera en esas áreas sea legal, y cualquier decisión contraria pueda tenerse como una violación al principio de la confianza legítima en el Estado, al principio de legalidad y una violación a la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Social de Derecho.

Es así, entonces, como las concesiones mineras para la explotación de áreas de páramo o humedal que no han sido delimitadas, están generando una expectativa y puede generar la responsabilidad del Estado debido a que se sientan sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, agudizando la problemática de protección de los ecosistemas estratégicos por un lado, y debilitando la economía del país por otro. La decisión sobre si otorgar la licencia ambiental a estos proyectos, enfrenta la aplicación de principios base del Estado Social de Derecho, como el principio de legalidad y el interés general prima sobre el particular, y principios del derecho ambiental, como el de precaución.

En cuanto al principio de precaución vale la pena mencionar lo que la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-293 de 2002 respecto al mismo: *“Cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de todas posibilidad de arbitrariedad o capricho”*. Recalca que para la aplicación del principio deben cumplirse los siguientes supuestos: 1. Que exista peligro de la ocurrencia de un daño; 2. Que el daño sea irreversible; 3. Que exista un principio de certeza aunque no sea absoluto; 4. Que la decisión de la autoridad esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y 5. Acto motivado y excepcional.

El debate en torno a la actividad minera en zonas sobre las que se otorgaron derechos, en las que se están adelantando los estudios para delimitación de páramos o humedales, se ha quedado en determinar si efectivamente, genera daños irreversibles al medio ambiente, situación que tiene que probar la autoridad ambiental competente

sin tener las suficientes herramientas y capacidades para hacerlo, poniendo en desventaja al Estado y en mayor situación de inseguridad a los habitantes de la zona, a quienes no se les ofrecen opciones de desarrollo alternativas que sean costo-eficientes.

3. Incentivos para la conservación de páramos y humedales

La ley ambiental en Colombia ha sido expedida desde el enfoque tradicional, es decir, se han establecido unas normas y controles de manera que su incumplimiento tenga como consecuencia una sanción. Con este enfoque del derecho ambiental se logra que, cuando la norma es clara y brinda seguridad jurídica, los particulares se obliguen a cumplir tales determinaciones, de lo contrario estarán sujetos a las sanciones que la ley ambiental ha establecido.

El enfoque de pago por servicios ambientales tiene base en la internalización de las externalidades ambientales por medio del establecimiento de precios apropiados y de crear incentivos financieros. El esquema de pagos por servicios ambientales se trata de que los propietarios de los predios ubicados en las áreas donde las aguas nacen (los páramos), deben aceptar las limitaciones o diversificación de las actividades que desarrollan, a cambio de un beneficio económico. De esta manera se construye un puente entre los propietarios o poseedores de los predios ubicados en las zonas de alta montaña y aquellos ubicados aguas abajo y beneficiarios de las mismas (vendedores y compradores), y así todos ganan y ayudan en la protección de esos ecosistemas (Greiber, 2009).

El enfoque del derecho con base en instrumentos económicos, ha sido posible gracias a los principios y algunas normas del Estado Social de Derecho establecido en la Constitución de 1991. Por ejemplo, la limitación a la propiedad privada por su función social y ecológica, los bienes de uso público y el ordenamiento del territorio, constituyen derroteros que posibilitan desarrollar nuevas normas encaminadas a establecer mecanismos alternativos de desarrollo a partir de la conservación. Particularmente nótese que la Ley 99 de 1993 en el artículo 111, luego modificado por el 210 de la Ley 1450 de 2011, establece que las áreas de importancia estratégica para conservación del recurso hídrico son de interés público y, por tanto, los departamentos y municipios deben destinar el 1% de sus ingresos corrientes para adquirir las o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales.

Con el reciente Decreto 953 de 2013 se reglamentó el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, específicamente, sobre los esquemas de pagos por servicios ambientales, definidos como el incentivo en dinero o especie, que por medio de contratos las entidades territoriales reconocen transitoriamente a los propietarios y/o poseedores

de predios ubicados en las áreas de importancia estratégica, a cambio de un uso para la conservación o recuperación de ecosistemas naturales. Es conveniente señalar que los predios deben pertenecer al área identificada y delimitada como área de importancia estratégica por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 4), y las entidades territoriales deberán seleccionar los predios a adquirir, mantener o a favorecer con el pago por servicios ambientales (artículo 5). Además el incentivo será transitorio y durará mientras la entidad territorial adquiere los predios (artículo 8). Las Autoridades Ambientales, según el parágrafo 4 del artículo 9, podrán en el marco de sus competencias, “efectuar aportes técnicos, financieros y operativos requeridos para la consolidación del instrumento de pagos por servicios ambientales”.

Las autoridades ambientales enfrentan problemas para entender el alcance de estos mecanismos de desarrollo, lo cual se evidencia en la falta de comprensión de sus competencias para estos fines. Un ejemplo es el reciente esquema de pago por servicio ambiental establecido por la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga mediante la Resolución No. 892 del 18 de Julio de 2013. Esta norma ofrece un pago de veintiocho mil pesos m.l. (\$28.000) colombianos por hectárea, a cambio del desarrollo de actividades de protección. Pese a las buenas intenciones que pueda haber detrás de esta norma, existen varias inconsistencias jurídicas de fondo que no permiten la efectividad de este instrumento económico. La primera es el hecho de que las Corporaciones Autónomas Regionales no son entidades territoriales y en tal sentido, según el Decreto 953 de 2013 no son competentes para establecer Esquemas de pagos por servicios ambientales –PSA-, sino como lo estableció el artículo 4 y el parágrafo 4 del artículo 9 del decreto en mención, son competentes para identificar y delimitar las áreas de importancia estratégica y para hacer aportes técnicos, financieros y operativos para la consolidación de tales instrumentos. La segunda se da en razón a la desproporción en el beneficio económico.

La aproximación al enfoque de instrumentos económicos que hace la legislación ambiental colombiana inoficiosa, por el contrario sienta bases del futuro del derecho ambiental. Sin embargo, sigue siendo un reto llegar, por ejemplo, a establecer un mercado de servicios ambientales por medio de créditos o bonos (precio) dados por el desarrollo de labores de conservación que un individuo haga, los cuales pueden venderse a quien tenga la obligación de compensar un daño al medio ambiente. En este último caso, la ley tiene el reto de definir cuáles son esas actividades que aportan en realidad a la conservación de los ecosistemas, así como las actividades que producen un impacto negativo al medio ambiente y requieren compensación por parte de quien las desarrolló. Para el caso colombiano, podría empezarse con

aquellos que son sancionados, en virtud del régimen sancionatorio ambiental, a compensar un daño ocasionado a un recurso natural renovable. Para lograr este fin, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza –IUCN- por sus siglas en inglés, ha señalado la necesidad de un marco jurídico que establezca la apertura, administración y cierre de bancos de mitigación que aseguren el comercio justo, y que garantice a su vez, el cumplimiento de su finalidad. Al mismo tiempo debe contemplar un sistema de seguros y responsabilidades que garantice el éxito de la administración (Greiber, 2009).

Adicional al comercio de bonos y/o créditos, la ley puede establecer “fondos verdes”, incentivos tributarios que se materializan por medio de la exención del pago de determinados impuestos o la deducción de otros. Sobre esta materia Colombia ha incentivado proyectos de hidroeléctricas y de irrigación por medio de los beneficios económicos.

Conclusiones

Los ecosistemas de páramo y humedales pueden ser bienes de dominio público cuando conformen un parque natural y está protegido cuando contiene alguna de las categorías de área protegida.

Los páramos y humedales no son categorías de áreas protegidas, su protección puede derivar de la declaración de una de estas; sin embargo, al ser ecosistemas estratégicos, el Estado les ha asignado una condición especial que para que genere efectos hacia terceros, debe estar debidamente identificado, delimitado y declarado formalmente su Plan de Manejo Ambiental.

Teniendo en cuenta que la zonificación y el régimen de usos del suelo se establecerán solo hasta el 2016 o 2017, no es claro en qué condiciones se tramitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos mineros en zonas de ecosistemas estratégicos.

La decisión de negar una licencia ambiental, puede fundarse en la aplicación del principio de precaución dado por el desconocimiento de que la zona donde se pretende el proyecto, sea parte de un ecosistema de páramo, o en lugar de negarse, si la autoridad ambiental lo considera viable, pueden establecerse condicionamientos de explotación y/o forma de ejecutar el proyecto, siempre y cuando se cuente con un equipo técnico idóneo que pueda determinar tales condiciones.

Planificación y ordenamiento del territorio. Se considera relevante que los municipios cuenten con personal calificado para establecer las estrategias de desarrollo

que tengan en cuenta la gestión de la biodiversidad como componente que impulse la economía de la región. Desarrollo a través del conocimiento pleno del territorio que se da a partir de su ordenación y zonificación, con lo que se permite conocer las aptitudes del mismo y, por consiguiente, las actividades viables.

El Desarrollo Sostenible implica la ejecución de actividades de educación ambiental, investigación, implementación de ciencia y tecnología, ecoturismo, negocios verdes, entre otros. Además es importante tener en cuenta que la planificación del desarrollo, debe hacerse de manera armónica entre las instituciones del Estado a todos los niveles y contando con la participación de las comunidades de los ciudadanos. Adicionalmente el ordenamiento ambiental debe también estar estructurado de conformidad con el ordenamiento minero y agroforestal que se haga en el territorio.

El enfoque actual del derecho ambiental en Colombia, es el tradicional de comando-control, el cual requiere ser complementado con aquel de instrumentos económicos que posibiliten la generación de alternativas justas y sostenibles para aquellos que viven en las áreas estratégicas del recurso hídrico, al menos mientras esas áreas pasan a manos del Estado. Para la conservación y protección de la biodiversidad, el componente social desempeña un papel relevante dado que los elementos del desarrollo sostenible deben abarcarse en conjunto. Olvidarse del elemento social y pretender la conservación de un área natural, no permitirá nunca alcanzar el desarrollo sostenible.

Es un reto para el derecho en Colombia establecer competencias para la creación de los esquemas de PSA, de tal forma que cada autoridad ambiental que compone el Sistema Nacional Ambiental conozca cuál es su función respecto de esos fines. Además, constituye también un reto que la ley plasme con claridad, metodologías justas para la asignación de los precios o costos de esos instrumentos de manera que sean efectivos. Por ejemplo, se pueden establecer fondos para financiar los PSA y la ley será la encargada de regular quien los administra y la gestión del Estado para tales fines; otra posible opción es el mercado de bonos provenientes de proyectos verdes en las áreas estratégicas para el recurso hídrico, dirigidos a pagar las sanciones pecuniarias y obligaciones de hacer por las infracciones a la ley ambiental.

Referencias

Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica ANDES (2013). Campesinos viven en condiciones de pobreza dentro de parques naturales de Colombia. Recuperado de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/campesinos-viven-condiciones-pobreza-dentro-parques-naturales-colombia.html>

- Colombia. Congreso de la República. Ley 99. (22 de diciembre 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41146.
- Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. Decreto 2372. (01 de Julio 2010). Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto 216 de 2003, en relación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N°. 47757.
- Colombia. Constitución Política de 1991. Bogotá: Recuperado de http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm
- Colombia. Congreso de la República. Decreto Ley 2811. (18 de diciembre 1974). Por el cual se expide el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente. Diario Oficial No.34243.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (16 de junio 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo. Diario Oficial. No.0122-2112.
- Colombia. Ministerio de Medio Ambiente. Consejo Nacional Ambiental. *Política Nacional para Humedales interiores de Colombia. Estrategias para su conservación y uso sostenible*. (2002). Recuperado de https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Políticas/polit_nal_humedales_int_colombia.pdf
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 157 (12 de Febrero 2004). Por la cual se reglamenta el uso sostenible, conservación y manejo de los humedales y se desarrollan aspectos referidos a los mismos en aplicación de la convención Ramsar. Diario Oficial N°. 45.471.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 769 (05 agosto de 2002) por la cual se dictan disposiciones para contribuir a la protección, conservación y sostenibilidad de los páramos. Diario Oficial No. 44916. Bogotá D.C., 2002. Parágrafo 2º del artículo 3º.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1382. (18 de diciembre 2010). Por el cual se modifica el Código de Minas. Diario Oficial. No. 47.618.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 937 (25 de mayo de 2011). Por la cual se adopta la cartografía elaborada a escala 1:250.000, proporcionada por el Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt para la identificación y delimitación de los Ecosistemas de Páramo y se adoptan otras determinaciones. Diario Oficial No. 48.082.

- Greiber, T. (2009). Payments for Ecosystem Services. *Legal and Institutional Frameworks*. Gland, Switzerland. International Union for Nature Conservation IUCN: XVI + 296 pp.
- Guruswamy, D. & Zebrowski, M. (2011). International environmental law in a nutshell. Ciudad: St. Paul, Minnesota. Editorial West Publishing CO.
- Mesa, G. (2012). *Elementos para una Teoría de la Justicia Ambiental y el Estado Ambiental de Derecho*. Grupo de investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDCA. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sands, P. & Peel, J. (2012). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: New York Cambridge University Press.
- WCS Colombia, fundación Ecoandina y WWF Colombia. *Regiones Biodiversas. Herramientas para la planificación de sistemas regionales de áreas protegidas, 2008*. Recuperado de <http://eidenar.univalle.edu.co/autoevaluacion/regiones%20biodiversas.pdf>
- Wood, S. (2004). *The Role of the International Organization for Standardization (ISO) in Governing Environmental Conflict and Corporate Social Responsibility in Developing Countries: Questions for research*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.

