

**APLICACIÓN DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN EL PARQUE
NATURAL SERRANIA DE LOS YARIGUIES QUE CONSTITUYEN
ABUSO DEL DERECHO**

MARIA FERNANDA NIETO CARDENAS

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA**

2010

**APLICACIÓN DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN EL PARQUE
NATURAL SERRANIA DE LOS YARIGUIES QUE CONSTITUYEN
ABUSO DEL DERECHO**

MARIA FERNANDA NIETO CARDENAS

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de
Abogada**

Director

**JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO
Abogado-MsC**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA**

2010

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, que con su apoyo y constancia hicieron este logro posible, a cada alma que con su sonrisa acompañó este proceso, ellas saben quiénes son, y por supuesto al Autor y Consumador de todas las cosas...

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. GENERALIDADES ACERCA DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO	16
1.1. DESARROLLO HISTORICO DEL ABUSO DEL DERECHO	16
1.2. CONCEPTO	19
1.3. CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO	23
1.3.1. Criterio intencional	23
1.3.2. Criterio económico	24
1.3.3. Criterio del balance de intereses	24
1.3.4. Criterio social o funcional	24
1.3.5. Criterio Técnico	25
1.4. ELEMENTOS DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO	25

1.5.	DERECHO COMPARADO	26
1.6.	EL ABUSO DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO	28
1.6.1.	El abuso del derecho en la Constitución Política	28
1.6.2.	El abuso del derecho en la legislación	29
1.6.3.	El abuso del derecho en el Código Civil	30
1.6.4.	El abuso del derecho en el Código de Comercio	30
1.7.	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA DEL ABUSO DEL DERECHO	30
1.7.1.	El Abuso del Derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	31
1.7.2.	El Abuso del Derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	38
1.8.	DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ABUSO DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	40
2.	EL SISTEMA NACIONAL DE AREAS PROTEGIDAS (SINAP): MARCO LEGAL	44
2.1.	POLÍTICAS GENERALES	46
2.2.	LEGISLACIÓN	48

2.3.	LA INSTITUCIONALIDAD	54
2.3.1.	Del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial	54
2.3.2	Parques Nacionales Naturales en relación con los Sistemas de Áreas Protegidas	56
2.3.3.	De las Corporaciones Autónomas Regionales	57
2.3.4.	De los Municipios	58
2.3.5.	Del Instituto Alexander Von Humboldt	59
3.	ABUSO DEL DERECHO Y PARQUE NATURAL SERRANIA DE LOS YARIGUIES	61
3.1	APLICACIÓN DEL TEST A LA SITUACIÓN DEL PARQUE NATURAL SERRANÍA DE LOS YARIGUÍES	62
3.1.1.	Existe una regla regulativa que permite a “S” realizar“ A” en las circunstancias “X”	63
3.1.2.	Como consecuencia de” A”, otro u otros sujetos sufren un daño, “D”, y no existe una regla regulativa que prohíba causar “D”	64
3.1.3.	D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias	66
3.1.4	El carácter injustificado del daño determina que la acción “A” quede fuera del alcance de los principios que justifica la regla permisiva a que se alude en 3.1.3.1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias x’ (x más alguna circunstancia que suponga la forma de realización 3.1.3.2) la acción “A” está prohibida	79

CONCLUSIONES	84
PROPUESTA	86
BIBLIOGRAFIA	88
ANEXO	91

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1: SINAP	46
Figura 2: Estructura Legislación	48

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO 1: MODELO ACCION DE TUTELA	91

RESUMEN

TITULO: APLICACIÓN DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN EL PARQUE NATURAL SERRANIA DE LOS YARIGUIES QUE CONSTITUYEN ABUSO DEL DERECHO*

AUTOR: MARIA FERNANDA NIETO CARDENAS**

PALABRAS CLAVE: Parque Natural, conservación, normas, campesinos, vulneración derechos fundamentales.

DESCRIPCION

El estado colombiano ha tratado de establecer el propósito de la protección a la biodiversidad en su sistema jurídico. Dentro de este marco ha de considerarse las diferentes disposiciones normativas que envuelven un conjunto de restricciones, prohibiciones, sanciones y concesiones encaminadas a conseguir el fin único de conservación. Sin embargo estas normas en el momento de su aplicación chocan con la realidad de las comunidades que habitan en estos lugares, generándose una colisión entre la aplicación de la norma de conservación y los derechos de los pobladores del área protegida del Parque Natural Serranía de los Yariguíes.

Es así como se comienza a discutir el sentido de la norma de protección, ya que la perspectiva segmentada utilizada en normativa ambiental colombiana, no incluye al factor antrópico como un elemento fundamental en materia de preservación.

Se justifica entonces el discurso de apropiación de los más fuertes, resultado de una exegética y en ocasiones obsoleta aplicación de la ley, que en estos casos es bien distante del ideal de justicia del Estado social de derecho, rompiendo el equilibrio de las cargas entre el estado y los particulares, ya que en últimas la responsabilidad de las políticas de conservación se les arroja a los pobladores a través de las sanciones, prohibiciones y sanciones que promulga el estado como método eficaz de conservación.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política .Director: Javier Alejandro Acevedo

SUMMARY

TITLE: IMPLEMENTATION OF POLICY PROVISIONS IN THE NATURAL PARK SERRANIA OF THE YARIGUIES THAT CONSTITUTE ABUSE OF LAW*

AUTHOR: MARIA FERNANDA NIETO CARDENAS**

KEY WORDS: Natural Park, conservation, rules, peasants, violation of fundamental rights.

DESCRIPTION

The Colombian state has sought to establish the purpose of biodiversity protection in its legal system. Within this framework has considered the various regulatory provisions involve a set of restrictions, prohibitions, penalties and concessions designed to secure the sole purpose of conservation. However these standards at the time of its application collide with the reality of communities living in these palaces, generating a collision between the application of the rule of conservation and the rights of the inhabitants of the protected area by the natural Park Sierra of the Yariguíes.

It thus begins to discuss the meaning of the rule of protection, because the segmented approach used in Colombian environmental legislation, does not include the anthropic factor as a key element in the preservation.

Ultimately justifying discourse of appropriation of the strongest, exegetical result of an outdated and sometimes law enforcement in these cases is quite distant from the ideal of justice of the rule of law breaking the balance of costs between the state and individuals, since in last the responsibility of conservation policies were thrown to the people through sanctions, prohibitions and penalties that enacts the state as an effective method of effective conservation.

* Work Degree

** Faculty of Human Sciences, School of Right. Director: Javier Alejandro Acevedo

INTRODUCCION

La apertura del discurso de conservación ha planteado numerosas estrategias para alcanzar tal fin. Colombia cuenta con buen reconocimiento en América Latina por pretender establecer directrices que le permitan cumplir el objetivo de la protección a la biodiversidad, contando con una vasta legislación en materia ambiental que en ocasiones resulta contradictoria, ya que la rotación del poder permite que se hagan ajustes conforme a los intereses del gobierno de turno al cuerpo normativo que persigue un “desarrollo sostenible y un medioambiente sano”.

El estado Colombiano ha introducido la figura de Parques Naturales como herramienta en el manejo y defensa de la flora y fauna del país, figura que ha permitido declarar extensas áreas de tierra como lugares con restricciones para la explotación y el manejo de la misma. Si bien es cierto, el fin de la conservación es legítimo, pretender que éste sea dado desde un imaginario edénico resulta contradictorio con la realidad socioeconómica del país. Consecuencia de esto, grupos históricamente vulnerables han tenido que asumir la carga de la conservación de una manera que rompe cualquier equilibrio, ya que esta carga ha sido resultado el arbitrio normativo que en sus criterios maneja resultados técnicos haciendo invisibles a estos individuos.

Esto nos lleva a examinar, hasta qué punto la legalidad vulnera derechos reconocidos constitucionalmente y como el estado ha sido poco consistente en la búsqueda de soluciones al conflicto generado por la tensión de la conservación y

los derechos de las comunidades asentadas en cada área protegida. Por esta razón con este trabajo persigo esbozar la realidad vivida en el Parque Natural Serranía de los Yariguíes, por la implementación técnica de las medidas de conservación en la zona.

Describiendo el cuerpo del trabajo en el primer capítulo se esquematiza la figura del abuso del derecho, con la finalidad de que el lector se ubique en las generalidades de esta teoría.

En el segundo capítulo, se describe el marco legal de las políticas utilizadas por las autoridades ambientales para alcanzar el fin de la conservación.

Con el tercer capítulo, se busca cuestionar las consecuencias de las aplicaciones normativas, en ocasiones obsoletas y contradictorias, en el Parque Natural Serranía de los Yariguíes, a través del estudio normativo de las áreas protegidas, y de las experiencias recogidas en trabajo de campo realizado en la jurisdicción del municipio de San Vicente de Chucurí.

1. GENERALIDADES ACERCA DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

En este capítulo se hará una precisión histórica sobre la institución del abuso del derecho, un acercamiento a los criterios de calificación que determinan el ejercicio abusivo de cierta prerrogativa legal, también se abordará un análisis de derecho comparado y por supuesto la posición de esta figura en el sistema jurídico colombiano. Por último se aterrizará la teoría a las tesis derivadas del nuevo constitucionalismo, por lo tanto se asumirá el criterio del Profesor Manuel Atienza referente a la teoría y en el último capítulo se desarrollará su tesis. El análisis de la teoría es acompañado por jurisprudencia.

1.1. DESARROLLO HISTORICO DEL ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho, tiene su origen, para algunos en el derecho romano, no obstante la postura que sostiene que tal principio no se desarrolló en la legislación romana. El tratadista Louis Josserand sostiene que la práctica jurídica romana es fuente generadora de la teoría de la relatividad de los derechos subjetivos, razón que sustenta en la máxima romana *summum ius, summa injuria* (sumo derecho, suma injusticia) y en los desarrollos jurídicos de GAYO, ya que, Josserand, en su libro “El espíritu de los derechos y su relatividad”¹, dice que el jurisconsulto GAYO había formulado ya una teoría general del abuso de los derechos cuando, “para justificar la interdicción de los pródigos, y la prohibición a los amos de maltratar a sus esclavos, proclamó que no debemos excedernos en

¹ Cfr. Enciclopedia GER edición digital en http://www.canalsocial.net/Ger/ficha_GER.asp?id=4699&cat=derecho, consultada el 20 de mayo de 2001

nuestros derechos: male enim nostro iure uti non debemus”. Esta postura también se remonta a los siguientes adagios romanos

-male enim nostro iure uti non debemos, no debemos usar mal de nuestro derecho (GAYO).

-non omne quod licet honestum est, no todo lo que es lícito es honesto. (PAULO)

-summum ius, summa injuria, el estricto derecho es la suprema injusticia. (CICERON).

-malitiis non est indulgendum, no hay indulgencia con la maldad.

Pese a estos numerosos adagios, creo que la actitud asumida por los magistrados romanos en el momento de dar solución a las situaciones concretas descritas en las anteriores máximas, iba más encaminada a la aplicación de valores en determinada circunstancia, y no a dar un tratamiento genérico y sistemático al ejercicio de los derechos.

Sin embargo, la postura prevalente, la que se opone al uso del principio del abuso del derecho en la legislación romana, tiene su arraigo en el aforismo qui suo iure utitur neminem laedit (**quien** ejerce su propio derecho no daña a nadie), además sostienen los partidarios de esta posición que la teoría jurídica romana no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, asimismo dice L.A. Warat² que “el termino abusus en el Derecho romano tiene una significación muy distinta de la actual: no quiere decir “uso malo” o “uso condenable”, sino uso intenso”; igualmente, en el Digesto³, obra de importancia en la práctica jurídica en Roma, se plantea lo siguiente: “1.1.10: “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar

² MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO (2000), Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, ed. Trotta. Pág. 33

³ GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. (traductor). Cuerpo del Derecho civil Romano. Jaime Molinas, Editor; Barcelona, 1892.

a cada uno su derecho” (iustitia estconstans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi). Y en el Digesto 1.1.10.1 se dice que “los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo” (iuris paecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere). De estos dos textos del jurista ULPIANO, quien vivió en el siglo III d. C., se deduce que el concepto de derecho para el mundo romano difiere de manera radical del concepto moderno, entendido éste como facultad, potestad, posición de ventaja otorgada por el ordenamiento al individuo, para sostener esta tesis , también se citan máximas usadas por los romanos como Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur: (se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa.); Nemo damnum facit, nisi qui tibi facit quo facere ius non habet (ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer); y Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur (quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa) (ULPIANO)⁴.

Autores como Gerardo Monroy Cabra y el profesor Ezequiel Rojas, coinciden en afirmar que el abuso del derecho tuvo su difusión en el Medioevo, razón fundada en la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal de Aix, el 1º de noviembre de 1577, en un asunto curioso: se sancionó a un cardador de lana que cantaba todo el día con el único objeto de mortificar a su vecino, que era abogado, éste fallo resulta importante porque contraría el absolutismo de los derechos, se ataca el exagerado individualismo reforzado por la Declaración de los Derechos del Hombre. En el año 1652, se sentaron los principios de la teoría del abuso del derecho, en la legislación española, los casos más frecuentes eran por usufructo y aprovechamiento de aguas que se presentaban por los molineros.⁵

⁴ DE MARTINO, Francesco. Individualismo y derecho romano privado, citado por RENGIFO, Ernesto (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P. 42

⁵ Rojas Piñeres, Ezequiel Fernando,(1977), Introducción al derecho. Bogotá:ed. Leyer, pág.195

Se ha dicho que la figura del abuso del derecho tuvo impulso en el desarrollo jurisprudencial francés de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, exactamente tras la aparición del código de Napoleón, ya que se buscaba contrarrestar los principios individualistas que influenciaban dicha legislación francesa, ya que causaban deficiencia en la solución de los conflictos, como la menciona Atienza y Ruiz Manero⁶ “la figura del abuso del derecho está llamada a corregir el llamado formalismo legal: concepción según la cual la ley (el Código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles (que se den en el ámbito de las relaciones privadas) sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez...el segundo rasgo a corregir es el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad”. De ahí que durante el proceso de discusión sobre el papel del Derecho subjetivo como categoría primordial del ordenamiento jurídico, se planteará además la existencia adicional de un ejercicio regular de los mismos acorde con la moral colectiva y con la armonía de la vida social⁷.

1.2. CONCEPTO

Si se toma como punto de partida que el Derecho no es un fin en sí mismo sino una ciencia al servicio de la comunidad, de esto se diría, que el ingrediente esencial del abuso del derecho es el cumplimiento de un fin social, de ahí se tiene que tal teoría supone el ejercicio de un derecho por la persona facultada para ello sin exceder los límites fijados por la buena fe o por el fin que le dio su reconocimiento; por consiguiente el abuso se configura si el titular de un derecho

⁶ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2000), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, ed. Trotta.

⁷ “Nuestro relativo desconocimiento de los hechos futuros hace que no podamos anticipar, caracterizándolas descriptivamente, todas aquellas circunstancias en las que las reglas, a la luz de los principios relevantes deben ser excepcionadas. La figura del abuso del derecho viene a ser, así, una suerte de mecanismo de salvaguardia – para casos, que presenten propiedades que no se ha logrado anticipar- de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas”. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Op. cit. Pág. 61.

con su intención, por el objeto o por las circunstancias en el ejercicio de este sobrepasa manifiestamente el campo de acción del derecho desplegado, reduciéndose todo a la relatividad de los derechos y a la obligación de resarcir los perjuicios causados por el ejercicio abusivo o contrario al fin social de una prerrogativa. Cabe señalar al respecto el concepto del tratadista Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil T. I, frente al abuso del derecho, cuando dice "los derechos, a más de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben, pues, ejercerse de acuerdo con los fines para que hayan sido otorgados. Quien prescinde de estos fines y los utiliza en otros diversos de aquellos que legitimaron su existencia, quien los desvía de la misión social a la que están destinados, abusa de ellos, y si causa un daño, debe indemnizarlos...".

En efecto varios tratadistas, al analizar el tema del abuso del derecho, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por el mismo, y la mayoría de ellos concuerda en decir que es la obligación que tiene el titular de un derecho de no excederse en el ejercicio del mismo, desviándose del fin por el cual fue reconocido.

Así para **GEORGE RIPERT**⁸, en el texto existe abuso del derecho cuando la intención dañosa de perjudicar se traduce en la inutilidad del acto realizado o por la falta de interés serio y legítimo en su ejercicio por parte del titular de tal o cual derecho.

Para **JOSSERAND**⁹: "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad"

⁸ GEORGE RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 3^oed.núms 90 y ss. Citado Marco pág. 460

⁹ JOSSERAND Louis,(1999). Del abuso del derecho y otros ensayos, Bogotá ed. Temis pág. 5

Según los hermanos **MAZEUD Y ANDRE TUNC**¹⁰ “el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. También puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasi delictual. La necesidad de aplicarle al abuso del derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que su ejercicio de la libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y de una libertad”.

Para **MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO**¹¹ lo característico de la teoría es que existe una norma que regula la acción de un derecho por parte de su titular en determinadas circunstancias, pero como consecuencia del ejercicio de la regulada prerrogativa otro o varios sujetos sufren daño injustificado; afirman los autores que para que ese daño sea catalogado como injustificado, se requiere que el titular del derecho ejecute la acción con la finalidad de causar daño, que la acción se realice sin ningún fin serio y legítimo evidente, o que el daño sea excesivo o anormal. El carácter injustificado hace que el derecho quede por fuera del alcance de los principios de la norma que legitima su ejercicio.

Dentro de los tratadistas colombianos, podemos citar al profesor **ARTURO VALENCIA ZEA**¹² quien asegura que el ejercicio de los derechos en cualquiera de sus formas debe tratar de satisfacer intereses racionales por esto debe realizarse de una manera seria y legítima, esta definición prohíbe ejercer los derechos en sentido contrario a su normal contenido quien viola esta regla abusa

¹⁰ Henri y León Mazeaud, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictuosa y contractual

¹¹ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan (2000), Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, ed. Trotta.

¹² VALENCIA ZEA Arturo (1998), Derecho civil de las obligaciones, Tomo III, Bogotá, ed. Temis, pág. 304.

de ellos y como consecuencia de esto debe reponer el perjuicio causado con su acto.

Por último el tratadista marco **GERARDO MONROY CABRA**¹³ expone que el abuso del derecho esta intrínsecamente relacionado con el ejercicio de los derechos y este a su vez no es otra cosa que la actuación practica del contenido de ellos, consecuente con esto expone las principales normas en las cuales se concreta el ejercicio de los derechos, a saber las siguientes:

- a) Disfrute de hecho de su contenido: v. gr., propietario que arrienda su casa;
- b) Facultad de disposición o trasmisión de los bienes a las demás personas;
- c) Realización efectiva mediante el derecho de acción

Concluye el autor, que siendo el derecho una creación con criterios de utilidad social, cada derecho reconocido tiene su razón de ser y su finalidad socioeconómica, en virtud de la cual no puede ser absoluto sino relativo.

Se podría concluir que es marcada la concepción funcional del abuso del derecho, expuesta por el tratadista francés Louis Josserand, ya que es notable la coincidencia de los diferentes tratadistas en justificar dicha teoría en que el ejercicio de los derechos obedece a una orientación determinada del contenido y finalidad del mismo con una utilidad social, se persigue la aplicación de la teoría del abuso del derecho como una forma de control de los derechos.

¹³ MONROY CABRA Gerardo,(2006), Introducción al derecho, Bogotá, ed. Temis , pág. 456

1.3. CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO¹⁴

Al ser el abuso del derecho una teoría que tiene sus fundamentos en la aplicación de principios entendidos como los valores que permiten la fijación de metas a raíz del componente axiológico que les acompaña y no simplemente de normas positivas¹⁵, los estudiosos del tema se han ocupado de sistematizar su aplicación en un criterio único, no obstante, sigue siendo amplia la clasificación del ejercicio abusivo del derecho, ya que el juez debe hacer un estudio desde varias perspectivas para determinar la configuración del mismo, puesto que el uso de una prerrogativa legal toca todas las esferas del individuo. Es así como siguen teniendo vigencia en la doctrina y jurisprudencia los siguientes criterios:

1.3.1. Criterio intencional: Este criterio al ser subjetivo hace posible la valoración ética de la actividad del agente, examinando que el ejercicio de un derecho tenga la intención de dañar y por ende tal derecho no merece protección y el perjuicio debe ser reparado. Aunque existen situaciones en que el ejercicio de la prerrogativa legal es amparado por un poder señalado por la ley y sin la intención nociva, no obstante, si se causó alguna lesión, el titular debe indemnizar en virtud de la importancia que tienen los intereses generales en la conciencia colectiva. La jurisprudencia francesa y belga ha aplicado considerablemente este criterio.

¹⁴ MONROY CABRA, Gerardo, OP. cit.pag 459; TAFUR MORALES, Francisco. (1939) La nueva jurisprudencia de la Corte. Bogotá: Editorial óptima, segunda edición .P. 143-145

¹⁵ VALENCIA RESTREPO, Hernán (1993).Nomoárquica, principialística Jurídica o los principios Generales del Derecho. Bogotá: Temis. Pág. 222

1.3.2. Criterio económico: Según este criterio, se conceden los derechos a los individuos persiguiendo ciertos fines económicos, ya que su ejecución se traduce en la posibilidad de obtener un provecho pecuniario; en efecto, habría lugar a la figura del abuso del derecho cuando los actos que configuran el ejercicio de la prerrogativa legal carecen de un interés serio y legítimo por parte de su titular, es decir son contrarios a la finalidad económica perseguida, en este caso es necesaria la reparación, ya que se supone un perjuicio a un tercero por el uso irresponsable del derecho ejercido sin utilidad alguna. Sin embargo, el inconveniente que presenta este criterio tiene su asidero en que muchos derechos no persiguen un interés pecuniario, más bien tienen una finalidad eminentemente social.

1.3.3. Criterio del balance de intereses: El fundamento de este criterio nace de la necesidad de mantener el equilibrio de los intereses en conflicto. Teniendo en cuenta los intereses individuales y los intereses de la colectividad, se configura abuso del derecho si al ponderar un perjuicio social con el ejercicio de una facultad legal, se advierte que el daño ocasionado a la sociedad fue producto del uso lesivo del derecho reconocido por la ley.

1.3.4. Criterio social o funcional: sostiene este criterio que cada derecho es concedido al individuo para que con su ejercicio cumpla el fin económico o social de la facultad jurídica entregada. Si en el uso de la prerrogativa por parte de su titular, se desvía de la pretendida finalidad con la que fue concebida, es menester de los jueces examinar la ilegitimidad de los motivos que alteraron la correspondiente función del derecho, para determinar si el ejercicio fue o no abusivo.

1.3.5. Criterio técnico: Este criterio expuesto por los hermanos Mazeaud, dice que era posible enmarcar la teoría del abuso del derecho dentro de la normativa, puesto que el ejercicio abusivo de un derecho es un aspecto de la teoría de la culpa en la modalidad delictual y cuasi-delictual; delictual cuando el ejercicio de la facultad legal tiene la intención de causar daño a otro, y se incurre en culpa cuasi-delictual cuando el daño es producto de la imprudencia, es decir se impone reparación cuando media culpa en el ejercicio del derecho.

1.4. ELEMENTOS DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO

1.4.1. Uso de un derecho objetiva y externamente legal: tiene razón de ser en el ejercicio inadecuado de un derecho actualmente reconocido por la ley

1.4.2. Daño a un interés no protegido por una prerrogativa jurídica específica: de lo contrario existiría un conflicto de intereses

1.4.3. Existencia de un daño inmoral o antisocial, este daño se manifiesta de forma objetivo o subjetiva, tiene sustento en el artículo 95 de la constitución política que establece que “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta institución implica responsabilidades” “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

En Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de septiembre de 1935¹⁶ se establece que “el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque -como dicen los tratadistas de de esta teoría- no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exigen que las mismas

¹⁶ Gaceta Judicial, t. LXII, pág. 601, citada por Monroy Cabra pág. 462.

sean ejercidas no solo en perjuicio de los demás, del todo social , sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.

1.5. DERECHO COMPARADO

Se puede decir que los sistemas jurídicos de corte continental, por regla general poseen códigos inspirados en el Código Francés, por ello, han procurado desarrollar la figura del abuso del derecho en sus legislaciones para contrarrestar la fuerte injerencia de los principios napoleónicos; se ha tratado de buscar un reparo a la fuerte tendencia del absolutismo de los derechos subjetivos. Con el reconocimiento de la relatividad de las prerrogativas jurídicas concedidas a los individuos, la acogida del abuso del derecho ha cobrado importancia en los sistemas jurídicos en el momento de impartir justicia, no obstante en dichas legislaciones no se presentan consagraciones legislativas expresas de la teoría del abuso de los derechos, ya que su construcción ha sido obra de la jurisprudencia y la doctrina. Por otra parte encontramos sistemas jurídicos en que el legislador ha procurado reglamentar los principios de esta institución como el caso de Alemania, Suiza, Rusia, Polonia, China entre otros.

Es así como en el código Alemán se encuentran dos preceptos fundamentales al respecto:

“Artículo 226.- el ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene más finalidad que causar daño a otro”, es clara la acogida del criterio intencional por esta legislación puesto que se señala como juicio para definir el abuso la intención de causar daño al prójimo.

“Artículo 826.- quien intencionalmente causa un daño a otro en forma que atente contra las buenas costumbres, será obligado a repararle el daño causado”. En este artículo se tiene en cuenta la finalidad social establecida para los derechos subjetivos, ya que es marcada la idea de las buenas costumbres.

Se concluye entonces que el derecho alemán asume un criterio finalista pero a su vez limitado por la concepción intencional en la calificación del abuso.

Por otra parte el Código civil suizo consagra como principio general la relatividad de los derechos a saber:

“Artículo 2.- Cada cual está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones de acuerdo con las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”; se vislumbra claramente la búsqueda de la legislación suiza de desvelar los excesos y mantener las finalidades lícitas para las que fueron concebidos los derechos en cuestión.

La legislación rusa, al igual que la suiza, adopta de una manera más marcada el criterio funcionalista para determinar el abuso:

“Artículo 1.- Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que sean ejercidos en sentido contrario a su finalidad económica y social”.

“Artículo 30.- Es nulo el acto jurídico celebrado con un fin contrario a la ley o tendiente a burlarla. Asimismo es nulo el acto jurídico encaminado manifiestamente a perjudicar el Estado”.

El código chino se ajusta al criterio intencional:

“El ejercicio de un derecho no puede tener por finalidad principal causar un daño a otro”.

La legislación de Polonia adopta un criterio mixto: por un lado impone reparación frente al ejercicio del derecho cuando se causa daño y por otro sujeta el proceder a la idea de las buenas costumbres y la finalidad del derecho:

“Artículo 135.- Quien en el ejercicio de un derecho cause daño a otro intencionalmente o por negligencia, está obligado a repararlo si sobrepasa los límites fijados o por el fin para el cual ha sido conferido ese derecho”.

El código italiano se ajusta al criterio finalista:

“**Artículo 7.-** es prohibido ejercitar el propio derecho de manera contraria al fin por el cual ese derecho es reconocido”.

Finalmente el código civil mexicano adopta una posición económica- social para determinar el abuso:

“**Artículo 840.** -No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”.

1.6. EL ABUSO DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO

Es importante precisar que la institución del abuso el derecho, en la aplicación judicial moderna, es una acción directa con carácter autónomo e independiente, de imperiosa aplicación para dar solución al extremo formalismo y estricta sincronía que debe existir entre el derecho y el hecho con la finalidad de disminuir las inequidades producidas por la aplicación exegética de la norma.

1.6.1. El abuso del derecho en la Constitución Política

Artículo 95: “... Son deberes de la persona y del ciudadano: I Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...”

Artículo 230: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

1.6.2 El abuso del derecho en la legislación

Artículo 8 Ley 153 de 1887: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

Es importante esta precisión hecha en la legislación Colombiana ya que hace talanquera la excesiva rigidez de los derechos subjetivos.

Artículo 21 ley 200 de 1936: “los jueces de tierras fallaran sobre lo que resulte de la inspección ocular y demás elementos de convicción producidos por las partes o allegados de oficio al informativo, y según la persuasión racional. Aplicarán el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción es para que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley.

1.6.3 El abuso del derecho en el Código Civil

Artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil en sentencia del 5 de agosto de 1937, precisa que “La noción de culpa, por lo tanto no es el elemento diferenciador entre los actos ilegales o abusivos. En estos existe igualmente una culpa específica, sui generis, distinta de la de aquellos y que consiste a la desviación dada a un derecho cuando se le utiliza en contradicción con su espíritu. La culpa en el abuso del derecho no admite la división en los tres grados clásicos de la otra: grave, leve y levísima.”

Artículo 2343: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”.

Artículo 2356: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia y negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Artículo 1002: “Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar”.

Artículo 669: “El dominio (que se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

1.6.4 El abuso del derecho en el Código de Comercio

Artículo 830: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”

Artículo 1280: “En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedara obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause”

1.7. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Encontramos como regla general que en los países inspirados en los códigos Napoleónicos como Francia, España e Hispanoamérica la construcción de la teoría del abuso del derecho es obra de la jurisprudencia y la doctrina y por tanto no presentan consagraciones legislativas expresas de la teoría del abuso del

derecho. La legislación colombiana no formula expresamente las reglas que le dan fisionomía específica a la teoría del abuso.¹⁷

1.7.1. El Abuso del Derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

A pesar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no desarrolla la materia de derechos fundamentales, si es una fuente importante que nutre el campo positivo de la teoría del abuso del derecho; a continuación se hará referencia a fallos relevantes que amplían los principios generales del derecho en una actitud no formalista ,emitidos por dicho cuerpo colegiado, que de una u otra manera rompen con el absolutismo jurídico del Siglo XIX, que sacrificaba el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida que resulta hoy en día jurídicamente inaceptable.

1.7.1.1. Sentencia del 27 de octubre de 1914 de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.¹⁸

Se ventila una controversia respecto al tema de relaciones de vecindad. El actor demandó la suspensión del movimiento de las maquinas hasta que se hicieran las obras indispensables para que no sufriera daño su casa a consecuencia de la trepidación que a su finca le comunicaba el funcionamiento del molino y la indemnización de los perjuicios sufridos por dicha causa. La Corte encontró el fundamento en el artículo 669 del Código Civil, porque según la definición que de dominio trae tal norma, las facultades inherentes al dominio, pueden ser limitadas no solamente por la ley, sino también por el derecho ajeno y nadie podría poner en

¹⁷ TAFUR MORALES, Francisco. (1939) La nueva jurisprudencia de la Corte. Bogotá: Editorial óptima, segunda edición .P. 149-150

¹⁸EL ABUSO DEL DERECHO Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA. Consultado e 1 de noviembre de 2009.En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets,

duda el derecho que la demandante tiene a que no se le derribe su casa, o se haga ésta inhabitable, a causa de la instalación de máquinas en edificio próximo.

1.7.1.2 Sentencia n° 1901-1902 del 6 de septiembre del año de 1935 sala de Negocios Generales XIII¹⁹

La sociedad electro-enterprise demanda a la nación para el pago de perjuicios al no perfeccionarse un contrato sobre la construcción de una red telefónica. La Corte Suprema de Justicia considera que no existió abuso del derecho por parte de la Nación. Para la Corte la teoría del abuso del derecho “tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, sin traspasar los límites de la moral, porque- como dicen los tratadistas de esta teoría-no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar , con un fin lícito, justo y moral simultáneamente. Entonces, ¿el uso de un derecho dentro de su normalidad objetiva con fin malicioso deberá ser protegido por el derecho objetivo?, la doctrina anteriormente mencionada trata de resolver este interrogante, basándose en una sola teoría: consideran que para que exista abuso del derecho es preciso la presencia de la intención de daño y la falta de un fin útil, esta teoría recoge dos criterios:

1. basa la causa determinante sobre la intención de perjudicar al ejercerse el derecho, de lo cual es un plano subjetivo.

¹⁹ M.P. Eleuterio Serna. Esta sentencia se repite el 22 de junio de 1943 y el 12 de febrero de 1959. Para la Corte es necesario que para que exista el abuso del derecho se presente la intención de dañar y la falta de un fin útil. En Celis Serrano Luz M. (2007). El abuso del derecho por parte de las corporaciones de Ahorro y vivienda y los bancos comerciales frente a los usuarios de los sistemas de financiación de vivienda a largo plazo mediante los créditos en UPAC y UVR: análisis socio-jurídico desde la perspectiva de los ilícitos atípicos. Tesis para optar por el título de Abogada. Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga.

2. se funda en la falta de interés serio y legítimo, es apartarse del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho. Se considera ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto solo puede ser el perjudicar a otro.

3. Las dos anteriores se reúnen en una sola teoría: la intención de dañar y la falta de un fin útil.

Y como el caso trata de que se causara perjuicios, se debe tener en cuenta el artículo 2341 del C.C. (responsabilidad extracontractual) que supone dos condiciones:

- a) Acción u omisión (delictuosa o culpable)
- b) Daño a otro.

1.7.1.3. Sentencia del año 1937, Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil.²⁰

Con ponencia de Arturo Tapias Pillioneta, la Corte insistió en las obligaciones de vecindad con ocasión de agrietamientos producidos en pared divisoria de una propiedad. Para la Corte aquel que cause a sus vecinos un perjuicio que exceda de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, comete una falta que le hace responsable y debe ser condenado a pagar daños y perjuicios. Hay derecho a indemnización contra el industrial que se instala en un barrio tranquilo donde su fábrica viene a suscitar incomodidades graves a sus vecinos por el hollín, el humo, el ruido o los olores.

²⁰EL ABUSO DEL DERECHO Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA. Consultado el 1 de noviembre de 2009. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets.

1.7.1.4. Sentencia del 30 de abril de 1976, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.²¹

Con Ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén, se establece responsabilidad aquiliana, característica del abuso del derecho, por contaminación al medio ambiente. Los hechos materia del litigio tienen que ver con que la Sociedad Hilanderías Medellín S.A. demandó a dos compañías, porque en el proceso de producción de azufre, liberaban por las chimeneas gases sulfurosos, que habían causado cuantiosos daños materiales en sus instalaciones. Las demandadas fueron condenadas en ambas instancias a pagar solidariamente una cuantiosa indemnización y para la Corte, la teoría del Abuso del Derecho encuentra su aplicación en actividades que son tanto útiles socialmente (producción industrial) como peligrosas (contaminación ambiental) y los derechos subjetivos pueden ejercerse sin causar daño a los demás. En fin, ante un daño colectivo producto de una actividad útil y necesaria para el desarrollo del país, si alguien lo prueba haber padecido y señala el agente causante de aquél, tiene derecho a ser indemnizado del perjuicio sufrido, salvo prueba de fuerza mayor, o caso fortuito o de la culpa exclusiva de la víctima.

1.7.1.5. Sentencia del 21 de noviembre de 1969, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.²²

Un distribuidor de cervezas decidió demandar civilmente a Bavaria S.A., porque consideró que el contrato firmado con el consorcio era de compraventa de mercancías y no de agencia comercial y porque el contrato había sido incumplido por la sociedad mencionada. Simultáneamente, el consorcio presentó denuncia penal contra el distribuidor por los delitos de abuso de confianza y otras

²¹ PRECIADO AGUDELO Darío (1997). Indemnización de perjuicios Responsabilidad Civil contractual, extracontractual y delictual, Tomo I. segunda edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

²² EL ABUSO DEL DERECHO Y SU DESARROLLO EN COLOMBIA. Consultado e 1 de noviembre de 2009. En http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets.

defraudaciones. El asunto civil fue fallado a favor del consorcio y el asunto penal a favor del distribuidor. La Corte concluyó su análisis precisando que la apreciación de las circunstancias que muestran como anormal el ejercicio del deber ciudadano de denunciar delitos, la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen a la denuncia, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el Abuso del Derecho, es cuestión de hecho que corresponde al juez en cada caso deducir de elementos objetivos demostrados en el proceso por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los objetivos que asistieron al denunciante, teniendo en cuenta que la ley requiere del concurso de los particulares, cuya iniciativa no debe restringirse, pero tampoco usarse para fines que satisfagan intereses o pasiones personales.

1.7.1.6. Sentencia del 24 de mayo de 1980, Corte Suprema de Justicia.

La Corte diferencio entre el Abuso del Derecho por el ejercicio de un derecho subjetivo y el Abuso del Derecho en el escogimiento de las vías de derecho. La situación fáctica fue la siguiente: dentro de un proceso ejecutivo el ejecutante embargó y secuestró un automóvil del que no era propietario el ejecutado, sino de un tercero. En el incidente de desembargo el juzgado ordenó devolverle el bien mueble al tercero, mas no condenó al ejecutante por los perjuicios ocasionados a aquél, consistentes en el deterioro del vehículo y en lucro cesante por la no explotación comercial del vehículo durante los veinticinco meses en que quedó en poder del secuestro. El tercero demandó al ejecutante en juicio ordinario por el pago de perjuicios ocasionados con el secuestro del automotor. Para la Corte, quien cometa abuso en la elección de las vías de derecho, esto es, en las actuaciones procesales, también debe indemnizar el daño que cause, más sólo cuando su proceder haya sido temerario o malicioso. Y en cambio, quien es reo del mismo abuso, pero no ya por elección de vías de derecho, es responsable, en principio, siempre que en su actuar haya obrado culposamente, a pesar de que su

proceder no pueda calificarse como temerario o malintencionado. Importante distinción la que se extrae de este precedente judicial.

1.7.1.7. Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Corte Suprema de Justicia.

El embargo de bienes del deudor no puede ir más allá de lo que razonable y objetivamente resulte necesario. Sobre este supuesto dijo la Corte: “El derecho que reconoce el artículo 2488, en su condición de subjetivo, es esencialmente relativo, o sea que la persecución no puede ir más allá de lo que razonable y objetivamente resulte necesario, conforme a medida de razonabilidad que la propia ley se encarga de determinar, so pena de incurrirse en abuso del derecho y dar pábulo a un factor de responsabilidad. Cuando el actor, pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida incurre en un abuso del derecho, generador de una responsabilidad civil, y por consiguiente, en tal caso, habrá de indemnizar al deudor así perjudicado.”. Obsérvese, pues, que en esta particular aplicación del Abuso del Derecho, se requiere para entrar en el campo de la responsabilidad, además del perjuicio que se hubiese ocasionado con el embargo desmedido, que el ejecutante haya obrado con temeridad o mala fe y no basta el mero perjuicio o una mera culpa.

1.7.1.8. Sentencia del 27 de marzo de 1998, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil.

La Corte estudia el caso de un usuario del sistema financiero que decide instaurar un proceso de responsabilidad civil contra el actual Banco Agrario, en razón a que éste no efectuó el desembolso de un crédito. Con el préstamo, el usuario iba a cancelar la compra de una embarcación. Para efectos de la concesión del crédito, la entidad bancaria hubo de exigir la constitución de garantías reales sobre inmueble del deudor, así como sobre la motonave, todo lo cual se verificó. Los

bienes gravados con las garantías se avaluaron comercialmente en un valor que superó casi cuatro veces al monto del crédito. El banco no efectuó el desembolso del dinero a favor del vendedor, incumpliendo el compromiso adquirido. El vendedor, aduciendo el incumplimiento en el pago del precio de la compraventa y con el uso de la fuerza, retiró la nave del muelle e inició un proceso ejecutivo contra el comprador en razón de dos títulos valores que amparaban la totalidad del precio, y un proceso ordinario contra el comprador y la entidad bancaria, solicitando la resolución del contrato de compraventa. El Tribunal, en segunda instancia acepto el contenido de la cláusula contractual según la cual el Banco de manera totalmente discrecional podía abstenerse de hacer el desembolso del dinero; por su parte la Corte resalto la notoria inequidad de tal interpretación, pues con fundamento en esta, se deja al usuario del servicio de crédito en manos de la entidad financiera, que de por sí en una economía de mercado tiene una posición dominante, más cuando se trata del incumplimiento de cláusulas fundamentales del contrato. En síntesis, para la Corte es cláusula abusiva aquella que deja a entera discreción de la entidad bancaria el desembolso del dinero aunque el solicitante haya cumplido exigencias previas y haya constituido garantías a favor de aquélla.

1.7.1.9. Sentencia del 6 de febrero de 1998, Corte Suprema de Justicia Sala de casación civil.

La Corte se pronuncio frente al caso de la Constructora Arinco contra Corpavi, por Abuso del Derecho en las prácticas bancarias en razón de la posición dominante que las entidades de crédito ejercen frente a los usuarios de sus servicios financieros y por la exigencia de prestaciones complementarias a los mismos. En otros términos, en este punto puede existir Abuso del Derecho objetivamente, esto es, sin tomarse en consideración elemento subjetivo, en el caso de que exijan prestaciones complementarias a los usuarios del servicio de crédito y que por razones prácticas no cuentan con otra alternativa que aceptarlas, o, como diría el

magistrado que redactó ese fallo, porque existe una “explotación abusiva de esa posición de privilegio” o porque “las prerrogativas envuelven una visible desviación de la función de marcado interés social que les es inmanente en su esencia.” En el presente caso, la prestación complementaria exigida al usuario del servicio de un crédito fue la constitución de un depósito colateral mediante el abono forzoso del producto del préstamo, de baja remuneración y con disponibilidad restringida para el mutuario y depositante a la vez.

1.7.2 El Abuso del Derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La constitución de 1991 dentro de su amplia gama de derechos reconocidos, producto de reivindicaciones sociales, políticas y culturales, otorga la posibilidad de hacerlos exigibles dentro de un marco de igualdad y progresividad, pero a su vez establece mecanismos que equilibren el uso de los mismos. Es, por ello, que la teoría del abuso del derecho comienza a posicionarse en campos diferentes al civil y comercial, ya que esta es una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho y su función en la sociedad actual. A continuación se hará una breve reseña de fallos relevantes en la Corte Constitucional frente al tema, haciendo énfasis que aún falta mucho por desarrollar en torno a la teoría del abuso del derecho y el desarrollo de la Carta Política.

1.7.2.1 SENTENCIA T-379 DEL 28 DE AGOSTO 1995.²³

Un particular obtuvo la concesión para la explotación de aguas derivadas del río Toribío de parte de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, más conocida con la sigla CORPAMAG, pero del uso abusivo de la concesión resultaron afectados otros particulares que vieron cómo por las construcciones realizadas por el concesionario se les impedía disfrutar del precioso líquido. El

²³ V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional (2009).[CD-ROOM].Barrancabermeja, Santander: Corte Constitucional.

caso es una tutela contra particulares con cuya conducta se afectaba un interés colectivo y al mismo tiempo los derechos fundamentales de personas determinadas. Prima facie el instrumento de protección hubiera sido una acción de grupo. Pero al resultar afectado con esa vulneración un interés colectivo de personas determinadas la Corte aceptó la procedibilidad de la tutela.

Para proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, el destaponamiento total del canal con el fin de poder usar el líquido. El exceso en la concesión para su administración y explotación puede implicar un abuso del derecho: "El manejo del agua tiene, connotación ética, pues él se trata del aprovechamiento para diversos fines útiles que refleja la conducta que asume el hombre. El despilfarro del agua desconoce el valor social del recurso y de hecho constituye la negación de los fines superiores que mueven al Estado cuando otorga una concesión.

1.7.2.2. SENTENCIA C-045, 8 DE FEBRERO 1996.²⁴

Se presenta un conflicto entre el derecho fundamental de la libre expresión y el derecho a la información con el orden público que es un derecho colectivo y de prevalencia. Considera la Corte que todo derecho incluso los fundamentales tiene límites y en su ejercicio no se puede abusar de ellos porque no son absolutos e ilimitados.

1.7.2.3. SENTENCIA T-172, 17 DE MAYO 1999.²⁵

La coalición de derechos fundamentales como la libertad de cultos y el derecho a la intimidad se soluciona teniendo en cuenta el aspecto de la dignidad humana. La Corte considera que el derecho a la intimidad por ser el derecho más próximo a la dignidad de la persona debe prevalecer sobre el derecho a la libertad de cultos.

²⁴ Ibídem

²⁵ Ibídem

1.7.2.4. SENTENCIA C-416, 22 SEPTIEMBRE 1994.²⁶

Se demandaron algunas normas del código contenciosos administrativo y del código de procedimiento civil que establecen términos para las actuaciones. Considero que eran demasiados cortos violentando el ejercicio al derecho de la defensa el debido proceso y la adecuada administración de justicia. La Corte considero desestimadas estos planteamientos porque las partes abusarían de sus derechos si la actuación del proceso se le dejara a su arbitrio. Los términos procesales garantizan la seguridad jurídica y les sirve a estos postulados y son de competencia del legislador ordinario.

1.8. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ABUSO DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Si se toma como referencia el imperativo del artículo 95 de la Constitución Política, donde se establece como deber el respeto de los derechos ajenos y la limitación de abusar de los propios, es clara la búsqueda de un equilibrio en la ponderación de los derechos y contrarrestar el efecto de los derechos cuando se piensan como prerrogativas dotadas de una tendencia absolutista.

Teniendo en cuenta que el abuso del derecho en la legislación colombiana asume un criterio finalista para la calificación del mismo, se extiende el espectro de control ejercido por la teoría del abuso a los derechos fundamentales, ya que el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente también tiene su límite en el reconocimiento de los valores, fines o bienes que ellos mismos aspiran proteger. Así las cosas tenemos la ponderación de derechos de rango constitucional, ponderación de derechos de ventaja reconocidos en leyes, códigos etc. con principios constitucionales, persiguiendo un límite a las diferentes modalidades en el ejercicio concreto de un derecho o el abuso de un poder

²⁶ *Ibídem*

causando perjuicios a terceros, específicamente en espacios lícitos no limitados por otras reglas.

A pesar que el desarrollo de la teoría del abuso del derecho ha sido en el campo civil comercial y administrativo principalmente, es importante citar lo expuesto por los autores ATIENZA y RUIZ²⁷ cuando mencionan que LUIGI FERRAJOLI identifica que una diferencia importante entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales radica en que los derechos fundamentales son universales (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los derechos patrimoniales son singulares (*singuli*) en el sentido lógico de que para cada uno de ellos existen un titular determinado con exclusión de todos los demás. A lo cual ATIENZA y RUIZ responden que aunque es cierto, no afecta en absoluto a la posibilidad de que una acción permitida de acuerdo con una regla que sea manifestación de un derecho universal vaya más allá del alcance justificado de este, aun sin lesionar algún otro derecho establecida en reglas: de que la acción por consiguiente sea abusiva.

El profesor RENGIFO GARCÍA considera el abuso del derecho como “un principio constitucional abstracto” aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo y considera que “puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta.” Además en la sentencia T-375/97 C.C., también se hace alusión a la importancia de los principios: hoy los principios y la constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Continúa afirmando:

“en el artículo 95 de la CP subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales. Es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta constitución e implica responsabilidades. Esta posibilidad se

²⁷ Atienza y Ruiz Manero Op. Cit. pág. 65

*extendió al ejercicio de derechos fundamentales , es decir habría dos niveles de abuso del derecho: a) un nivel contenido en una norma constitucional referida al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional y b) el tradicional que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado en la medida que el abuso del derecho es un principio del ordenamiento”.*²⁸

Para el autor no hay discusión en el sentido de que la función específica de un derecho se deduce del texto constitucional ora de la doctrina constitucional, ora de los valores y principios axiológicos de la Constitución. En este orden de ideas se puede afirmar que el acto será normal o abusivo, en cuanto se encuentren en consonancia con los principios y valores axiológicos extraídos del texto constitucional o de la interpretación dada por la Corte Constitucional. Los principios y valores constitucionales informan e impregnan todo el ordenamiento jurídico (efectos de irradiación del texto constitucional). Los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales. La Constitución no es un ordenamiento axiológicamente neutral. Contiene un sistema de valores que debe valer como decisión constitucional fundamental en todos los sectores del derecho, el derecho privado no puede estar en contradicción con ese sistema constitucional de valores y sus normas deben ser interpretadas en el espíritu de ese sistema axiológico.²⁹

Ahora bien, teniendo en cuenta que para que se estructure abuso del derecho es necesario el reconocimiento de disposiciones normativas aplicadas a un caso en concreto; resulta importante establecer el régimen legal utilizado en materia de preservación de la flora y fauna, ya que la aplicación de estas normas para

²⁸ V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional (2009). [CD-ROOM].Barrancabermeja, Santander: Corte Constitucional.

²⁹ Rengifo Op.cit. pág. 75

regular en este caso la conservación de zonas de alto interés ambiental, viola derechos constitucionalmente reconocidos. Frente a este punto la legislación que reconoce el derecho del estado para preservar no se ajusta a aspectos aceptables y adecuados, puesto que la perspectiva utilizada para crear los medios que alcancen tal fin no es integradora sino mas bien segmentada, puesto que excluye los factores antrópicos de la misma reduciéndose únicamente a lo biótico y abiótico.

Otro aspecto importante en la teoría del abuso del derecho es la legitimación para ejercer la prerrogativa legal concedida, por esto, se describirá la institucionalidad que envuelve el Sistema nacional de Áreas Protegidas.

2. EL SISTEMA NACIONAL DE AREAS PROTEGIDAS (SINAP): MARCO LEGAL

A continuación se harán unas precisiones de orden general a cerca de la estructura del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, ya que este gestiona los procesos de interacción de los diferentes actores que intervienen en el desarrollo de las políticas de conservación. Se hace hincapié en esto puesto que el Sistema de Parques Nacionales Naturales no es una entidad aislada, sino que es un organismo fundamental para alcanzar los objetivos trazados por el SINAP. Frente a esto se puede decir que el siguiente análisis normativo e institucional, permite acercarnos al manejo de las sanciones restricciones y prohibiciones que se describen en el capítulo siguiente y que en cierta medida son el vehículo para la vulneración de derecho y causar daños en la comunidad asentada en el área protegida del parque natural serranía de los Yariguíes

Con la creación de la reserva de la Macarena en 1948, marcó el inicio formal del trabajo de preservación de la flora y fauna que ha venido adelantando el estado colombiano en el territorio nacional. Colombia ha venido desarrollando métodos de conservación in situ de la biodiversidad a través de la delimitación de áreas protegidas, consolidados en la actualidad con la creación de un Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN), sistema que ha tenido fuerza en el cumplimiento de compromisos adquiridos internacionalmente a través del convenio de Diversidad Biológica ratificado por el Congreso a través de la Ley 165 de noviembre 9 de 1994.

En 1997, el Gobierno Colombiano adoptó la política para la creación y consolidación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas organismo dependiente de la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, y con el

decreto 216 del 2003, se reestructura el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, definiendo como funciones principales de Parques Nacionales Naturales³⁰: i) proponer e implementar políticas, planes, programas, proyectos y normas que contribuyan a la estructuración y consolidación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y; ii) coordinar con otras autoridades ambientales, étnicas, territoriales y organizaciones comunitarias, las estrategias para la creación y consolidación del Sistema.

Empero, a pesar que Colombia es un país con un número considerable de áreas protegidas (55 en la actualidad), el sistema de protección de biodiversidad ha resultado inadecuado ya que, según la secretaria del convenio de Diversidad Biológica, muchas de las áreas protegidas ya establecidas no cumplen con los objetivos de conservación para los que fueron creadas; el sistema actual es incompleto, y es insuficiente la participación de las poblaciones indígenas y comunidades locales en la creación y administración de estas áreas.

³⁰En <http://www.rlc.fao.org/redes/parques/>, recuperado el 29 de octubre de 2009.

SINAP Y ACTORES QUE LO INTEGRAN

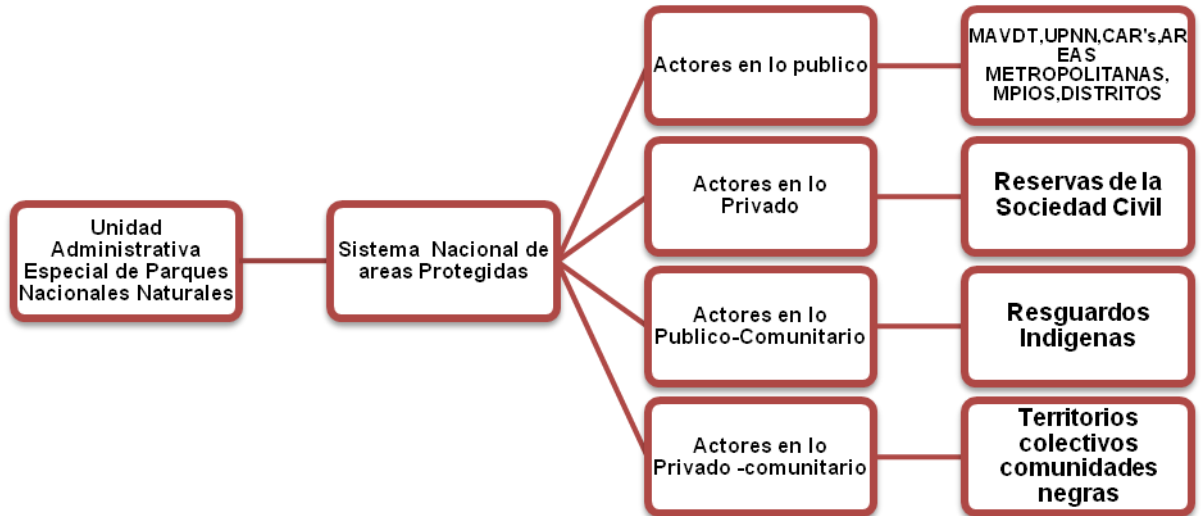


Figura 1: Actores SINAP

-MAVDT: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo, Territorial.
 -UPNN: Unidad de Parques Nacionales Naturales
 CAR: Corporación Autónoma Regional

2.1. Políticas Generales.

Según el artículo 2 de la Ley 165 de 1994- Convenio de Diversidad Biológica, las áreas protegidas son “*áreas definidas geográficamente que hayan sido designadas o reguladas y administradas a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación*”. Se ha expresado que no solo con la declaratoria de áreas protegidas se asegura los objetivos de conservación, por ello el Sistema Nacional de Áreas Protegidas – SINAP, busca el cumplimiento de unos objetivos que permitan integrar a la conservación de la biodiversidad el análisis de las diferentes dimensiones del territorio (social, económica, espacial, cultural y biofísica), ya que el SINAP también incluye a los “actores sociales y estrategias e instrumentos de

gestión que las articulan, para contribuir como un todo al cumplimiento de los objetivos de conservación del país. Incluye todas las áreas protegidas de gobernanza pública, privada o comunitaria, y del ámbito de gestión nacional, regional o local”.³¹

Atendiendo a los objetivos trazados por el Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia, se tiene que están expresados por un lado como directrices para la protección de la biodiversidad desde el estudio de la relación sociedad-entorno y por otro lado los objetivos de gestión, tendientes a integrar las distintas dimensiones del territorio (social, política, económica) desde la relación de las Áreas Protegidas, iniciativas de conservación, estrategias complementarias; y actores. Se podría anotar que los principales objetivos de conservación del SINAP a nivel nacional son:

- Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos naturales para mantener la diversidad biológica.
- Garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano.
- Garantizar la permanencia del medio natural, o de alguno de sus componentes, como fundamento para el mantenimiento de la diversidad cultural del país y de la valoración social de la naturaleza.³²

Dentro del marco de la gestión descentralizada política, administrativa y fiscal de la Nación, se tiene que la labor de las Áreas Naturales Protegidas, no es ajena a los principios de descentralización de la administración pública, ya que, regionalmente se definen directrices de acuerdo con la planificación ambiental y socioeconómica de cada territorio, dando como resultado políticas integrales del manejo del espacio de acuerdo al objetivo nacional del Desarrollo Humano

³¹En <http://www.rlc.fao.org/redes/parques/>, recuperado el 29 de octubre de 2009.

³² Ibid

Sostenible. De acuerdo a lo anterior, el Sistema Nacional de Áreas Protegidas como sistema se compone desde la perspectiva geográfica por subsistemas regionales (SIRAP) y estos a su vez se componen por subsistemas locales (SILAP), que determinan su accionar por diferentes tipos de jurisdicciones, ya sean estas municipales, provinciales, departamentales o de las respectivas autoridades ambientales regionales o la unión de ellas.

2.2. Legislación

A continuación se presenta un esquema de las normas que hacen parte del SINAP:

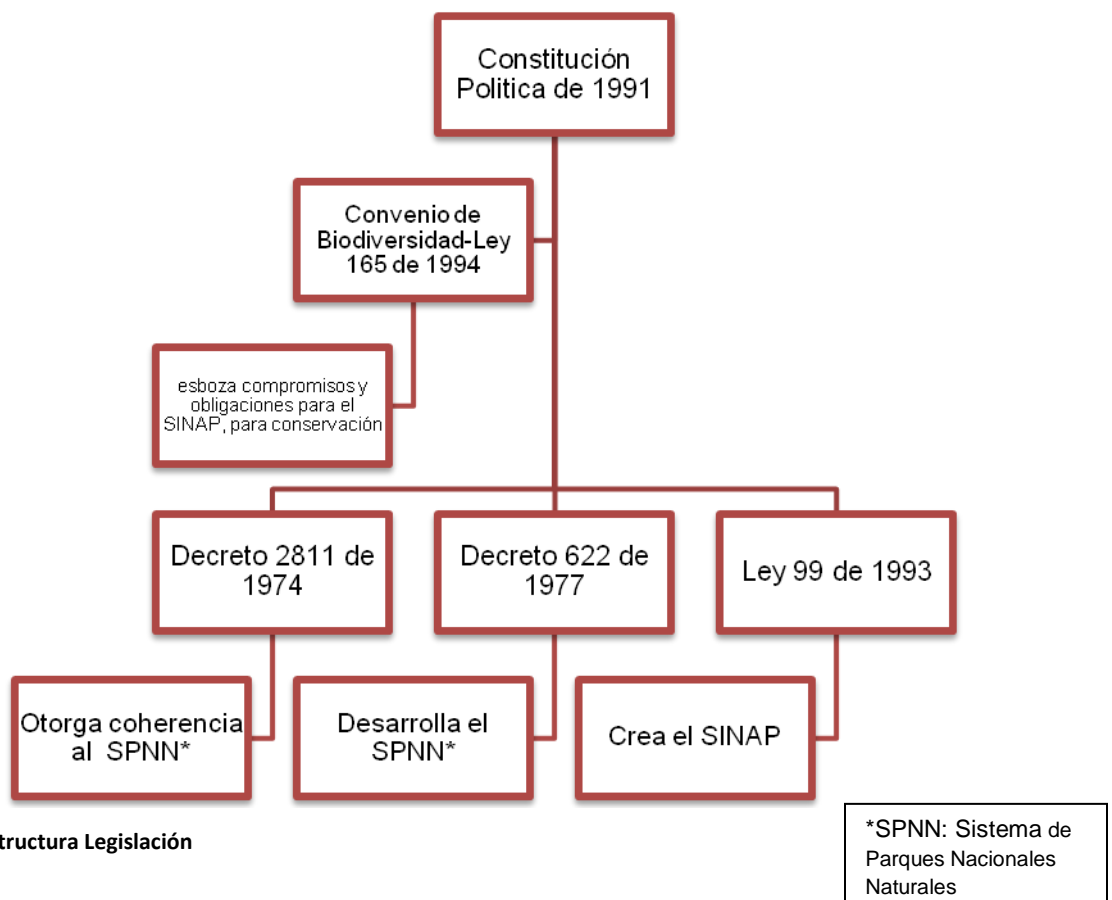


Figura 2: Estructura Legislación

Observando el principio de legalidad, el Estado Colombiano incluye en su sistema jurídico el ejercicio de la conservación de la biodiversidad, ya que tal propósito ya no es visto únicamente como un compromiso sino como un deber. La Constitución Política de Colombia, recoge de manera estructural, esta finalidad asumida en el sector público en todos sus niveles de gestión y de la sociedad en general en varias normas a saber:

- ARTICULO 2: Es un fin esencial del Estado “facilitar la participación de todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”
- ARTICULO 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana
- ARTICULO 8: Es obligación del Estado y de las personas a proteger las riquezas culturales y naturales de la nación
- ARTICULO 56: Se garantiza la propiedad privada...”cuando por motivo de utilidad pública o interés social resultan en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ello reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica. Por motivos de utilidad pública ... podrá haber expropiación”
- ARTICULO 63: Los bienes de uso público, los Parques Naturales, las tierras comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables
- ARTICULO 70: La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad
- ARTICULO 72: El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles
- ARTICULO 79: 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 tales fines

- ARTICULO 80: El Estado planifica el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración, sustitución
- ARTICULO 82: El Estado debe velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular
- ARTICULO 95: Son deberes de la persona y del ciudadano: Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano
- ARTICULO 330 PARAGRAFO: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de (ellas) en las decisiones que se adopten...”
- ARTICULO 334: La dirección general de la economía está a cargo del Estado ...”intervendrá en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo ... para mejorar la calidad de vida de los habitantes ... y la preservación de un ambiente sano
- ARTICULO 336: El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado...”será objetivo fundamental la solución de las necesidades insatisfechas.... saneamiento ambiental y agua potable”

También se tiene que varias leyes nacionales y convenios internacionales delimitan de una u otra manera el alcance de las diversas políticas de conservación de la biodiversidad:

-El Convenio de Biodiversidad - Ley 165 de 1994: La conformación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en el marco del Convenio- Ley de Diversidad Biológica, establece como objetivo: *“la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos...”*. Este objetivo hace explícito tanto el valor intrínseco de la biodiversidad, como su papel fundamental para la evolución y el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, por lo cual se afirma que su conservación “es de interés común de toda la humanidad”, demandando unos compromisos y obligaciones para las partes, que a su vez determinan el diseño mismo de la ruta de trabajo para la construcción del Sistema; a saber:

- Establecer un Sistema de Áreas Protegidas para conservar la diversidad biológica.
- Elaborar directrices de selección, establecimiento y ordenación de áreas protegidas.
- Proteger ecosistemas, hábitats naturales y poblaciones viables de especies.
- Promover un desarrollo ambiental adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar su protección.
- Rehabilitar y restaurar ecosistemas degradados y promover la recuperación de especies amenazadas, mediante la elaboración y aplicación de planes y estrategias de ordenación;
- Procurar armonizar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes;
- Cooperar en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación in situ a que se refieren los apartados anteriores.

-Código de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente -Decreto 2811 de 1974: Establece la figura de áreas de manejo especial, y las define como aquellas delimitadas para la administración, manejo y

protección del ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, dejando que sus objetivos sean determinados cuando se establezca un área de esta naturaleza, fundamentada en estudios previos. Define en su artículo 42 que *“Pertenece a la nación los Recursos Naturales Renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código, que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos”*. Adicionalmente en su artículo 47, expresa que *“podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de Recursos Naturales Renovables de una región o zona cuando sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de estos recursos y del ambiente...”*. Finalmente en su artículo 48, literal e, establece la necesidad *“de zonificar el país y delimitar Áreas de Manejo Especial que aseguren el desarrollo de la política ambiental y de recursos naturales”*. Es preciso anotar que las Áreas de Manejo Especial, no son una categoría de área protegida, sino una figura de ordenamiento del territorio, al interior de la cual se pueden declarar diferentes categorías de manejo de áreas de protección y otro tipo de directriz sobre la utilización ambiental y sostenible del suelo.

-Decreto 622 de 1977: reglamenta el sistema de Parques Nacionales .determina su finalidad, la zonificación de manejo, competencias institucionales para su declaración y alinderación, administración, prohibiciones, sanciones.

-La Ley 99 de 1993: Tomando como base la Constitución establece unos principios generales ambientales para Colombia, donde plantea:

- Artículo 1 numeral 2: *“la biodiversidad del país por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible”*.

- Artículo 1 numeral 6: *“las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución”*.
- Artículo 1 numeral 10: *“La acción para la protección y recuperación ambiental del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad y las organizaciones no gubernamentales y el sector privado”*.
- Artículo 63: *“A fin de asegurar el interés colectivo de un medio ambiente sano y adecuadamente protegido, y de garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, se sujetará a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario definidos en el presente artículo”*.

Adicionalmente crea el Sistema Nacional Ambiental y establece funciones para el Ministerio de Ambiente, Institutos de investigación, Corporaciones Autónomas Regionales y entidades territoriales, dentro de las cuales se incluye el tema de la conservación. El Decreto 1124 de 1994 que reglamenta esta Ley, entre otros, asigna a Parques Nacionales Naturales, funciones directamente relacionadas con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. (Subraya fuera de texto)

-Decreto 48 de 2001. Este decreto del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, señala que la planificación ambiental regional es una tarea conjunta, participativa y coordinada entre los diferentes componentes del Estado; siendo estos el sector público en sus distintos niveles territoriales; la comunidad, las organizaciones no gubernamentales, el sector privado, la academia e institutos de investigación. Establece por tanto que el proceso de planificación ambiental regional procurará garantizar un manejo articulado y coherente entre las diferentes Autoridades Ambientales Regionales con los Parques Nacionales Naturales, armonizando criterios para la administración y aprovechamiento racional de los Recursos Naturales Renovables que hacen parte del patrimonio natural de la Nación. Para el efecto se deberán por tanto considerar las interrelaciones e

interacciones urbano- regionales, así como la existencia de los Parques Nacionales Naturales, reservas forestales, demás Áreas de Manejo Especial, las zonas de páramos, sub-páramos, nacimientos de agua y zonas de recarga de acuíferos y de territorios colectivos de comunidades negras y resguardos indígenas. (Subrayado fuera de texto)

Finalmente el citado Decreto, establece que el proceso de planificación ambiental trasciende los límites de la jurisdicción de las Autoridades Ambientales Regionales. Con ello se busca garantizar la coherencia y articulación entre los procesos de ordenamiento, de planificación y gestión ambiental, además de armonizar criterios para el manejo y administración de sus recursos naturales, identificando y priorizando áreas de carácter sub-regional y local que se denominarán eco-regiones.

2.3 La Institucionalidad

De la normatividad revisada, derivan gran parte de las funciones, roles y competencias legales asignadas a los actores públicos responsables ante el Estado, por la conservación de la biodiversidad en Colombia, en los niveles nacional, regional y local, a continuación se describen las competencias al respecto³³:

2.3.1. Del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

De acuerdo con la Ley 99 de 1993 le corresponde al Ministerio en materia de áreas protegidas, realizar las siguientes actividades:

³³ Ponce de León Chau, Eugenia. Estudio jurídico sobre categorías regionales de áreas protegidas. Presentado a Instituto Alexander Von Humboldt. Bogotá, Octubre de 2003.

- Reservar, alinderar y administrar las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales. No puede sustraer, porque la sentencia C-649 de 1997 de la Corte Constitucional, declaró inconstitucional la sustracción de estas áreas. Art. 5 numerales 18 y 19.
- Reglamentar el uso y funcionamiento del Sistema de Parques Nacionales Naturales y de las Reservas Forestales Nacionales (Art. 5 numeral 18).
- Definir conjuntamente con las autoridades de turismo, las regulaciones y programas turísticos que pueden desarrollarse en áreas de reserva o de manejo especial; determinar las áreas o bienes naturales protegidos que puedan tener uso turístico, las reglas de los convenios y concesiones del caso y los usos compatibles con esos bienes (art. 5 numeral 34).

De conformidad con el *Decreto 216 de 2003*, le corresponde de manera específica el desarrollo de las siguientes funciones:

- Al Ministerio en general, velar porque en los procesos de ordenamiento territorial se apliquen criterios de sostenibilidad y se incorporen las Áreas de Manejo Especial, Reservas Forestales Nacionales y demás Áreas Protegidas (art. 2 numeral 3).
- Al despacho del Ministro: i) declarar, delimitar, alinderar y sustraer áreas de manejo especial, Reservas Forestales Nacionales y demás áreas protegidas (art. 6 numeral 10), y; ii) declarar, delimitar y alinderar los Parques Nacionales Naturales y demás Áreas Protegidas (art. 6 numeral 11).
- A la Dirección de Ecosistemas del Ministerio: i) proponer con Parques Nacionales Naturales y las autoridades ambientales regionales, las políticas y estrategias para la creación, administración y manejo de las Áreas de Manejo Especial, Reservas Forestales Nacionales y demás Áreas

Protegidas, y la delimitación de las zonas amortiguadoras de los Parques Nacionales Naturales (art. 12 numeral 3), y; ii) proponer los criterios técnicos para el ordenamiento, manejo y restauración de cuencas hidrográficas (art. 12 numeral 7).

- A la dirección de Ordenamiento Territorial del Ministerio: establecer los criterios y directrices para articular las Áreas Protegidas y de manejo especial de carácter nacional a procesos de planificación y ordenamiento territorial municipal, regional y nacional (art. 16 numeral 6).

2.3.2 Parques Nacionales Naturales en relación con los Sistemas de Áreas Protegidas

- Proponer e implementar las políticas, planes, programas, proyectos, normas y procedimientos relacionados con los Parques Nacionales Naturales y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (art. 19 numeral 1).
- Contribuir a la conformación y consolidación de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas (art. 19 numeral 2).
- Coordinar con las demás autoridades ambientales, las entidades territoriales, autoridades y representantes de grupos étnicos, las organizaciones comunitarias y demás organizaciones, las estrategias para la conformación y consolidación de un Sistema Nacional de Áreas Protegidas (art. 19 numeral 14). Diseñar y apoyar, a través de su Subdirección Técnica, la implementación de herramientas pedagógicas para la sensibilización social en torno a la conservación de las Áreas Protegidas (art. 21 numeral 3).

- Proponer estrategias y desarrollar metodologías para la valoración ecológica de la oferta de bienes y servicios ambientales en los territorios y con los actores sociales e institucionales que conforman regional y localmente el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, a través de su Subdirección Técnica (art. 21 numeral 9).
- Coordinar y asesorar, a través de sus Direcciones Territoriales, la gestión e implementación de los planes de manejo y de sistemas regionales de áreas protegidas (art. 23 numeral 4).

2.3.3. De las Corporaciones Autónomas Regionales

Es función de las Corporaciones Autónomas Regionales, en relación con las Áreas Protegidas, conforme a la Ley 99:

- Reservar, alinderar, administrar o sustraer distritos de manejo integrado (art. 31 numeral 16 y art. 27 literal g).
- Reservar, alinderar, administrar o sustraer parques naturales regionales (art.31 numeral 16 y art. 27 literal g).
- Reglamentar el uso y funcionamiento de los distritos de manejo integrado, distritos de conservación de suelos, las reservas forestales regionales y parques naturales regionales (art. 31 numeral 16).
- Administrar las Reservas Forestales Nacionales de su jurisdicción (art.31 numeral 16)
- Administrar las áreas de Parques Nacionales Naturales que le delegue el Ministerio (art. 31 numeral 15).

- Realizar la reserva de recursos naturales de que trata el artículo 47 del Código de Recursos Naturales Renovables.

2.3.4. De los Municipios

La Constitución Nacional y la Ley 99 de 1.993 facultan a los municipios para dictar las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico del municipio (art. 313 numeral 9 C.P. y artículo 65 # 2 de la Ley 99), y reglamentar los usos del suelo (art. 313 numeral 7 C.P.).

La ley 388 de 1997 establece como competencias de los distritos y municipios, en áreas de protección, las siguientes:

- Localizar las áreas críticas para la prevención de desastres y las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística (art. 8).
- Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo (art. 8).
- Señalar en el componente general del Plan de Ordenamiento Territorial, las áreas de reserva y medidas para la protección del ambiente, conservación de los recursos naturales y defensa del paisaje, de conformidad con lo dispuesto en la ley 99 de 1993 y el Código de Recursos Naturales (art. 12).
- Incluir en el componente urbano del Plan de Ordenamiento Territorial, la delimitación de las áreas de protección de los Recursos Naturales y paisajísticos (art. 13).
- Señalar en el componente rural del Plan de Ordenamiento Territorial, las condiciones de protección, conservación y mejoramiento de las zonas de producción agropecuaria y forestal y la delimitación de las áreas de

conservación y protección de los recursos naturales, paisajísticos, geográficos y ambientales (art. 14).

2.3.5. Del Instituto Alexander Von Humboldt

Según el Decreto 1603 de 1994, son funciones del Instituto Alexander von Humboldt en relación con Áreas Protegidas:

- Proponer al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial la incorporación o ampliación de áreas a los Parques Nacionales Naturales (art. 20 numeral 15).
- Asumir la investigación de recursos bióticos (art. 20 numeral 19).
- Obtener, almacenar, analizar, estudiar, procesar, suministrar y divulgar la información básica sobre la biodiversidad, los ecosistemas, sus recursos y sus procesos para el manejo y aprovechamiento de los Recursos Naturales Renovables de la nación (art. 20 numeral 1).

A pesar que en Colombia se avanza en la construcción, promoción y desarrollo de un Sistema, como conjunto de áreas protegidas, actores públicos, privados y comunitarios, y estrategias e instrumentos de gestión que les congrega, direccionado como un todo al cumplimiento de los principales objetivos nacionales encaminados a contribuir a la preservación y conservación de la biodiversidad, al mantenimiento de la oferta ambiental en general, y a la continuidad cultural asociada a la conservación de áreas protegidas; sin embargo el debilitamiento de la primera autoridad ambiental del país y de las autoridades ambientales regionales representadas respectivamente en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y en las Corporaciones Autónomas Regionales, situación que a su vez se expresa en un declive de la política ambiental de Colombia, ya

sea por los reajustes presupuestales o por la disminución de la capacidad política y técnica de las instituciones encargadas del tema ambiental en el país. A esto se debe agregar que el papel otorgado a lo ambiental en las políticas de desarrollo se ha caracterizado por sacrificar la protección del medio ambiente a los objetivos del crecimiento económico de corto plazo.

3. ABUSO DEL DERECHO Y PARQUE NATURAL SERRANIA DE LOS YARIGUIES

“... Eran las fórmulas de su circo. Mientras hablaba, sus ayudantes echaban al aire puñados de pajaritos de papel, y los falsos animales cobraban vida, revoloteaban sobre la tribuna de tablas y se iban por el mar. Al mismo tiempo, otros sacaban de los furgones unos árboles de teatro con hojas de fieltro y los sembraban a espaldas de la multitud en el suelo de salitre. Por último armaron una fachada de cartón con casas fingidas de ladrillos rojos y ventanas y taparon con ella los ranchos miserables de la vida real.”³⁴

Dentro del discurso de conservación manejado en el estado Colombiano se presenta como fuerte estrategia la declaración de áreas protegidas, sin embargo dicha táctica de preservación marca una tajante dicotomía entre el ambiente concebido en un estado prístino y los asentamientos de campesinos y colonos que dependen de las zonas ricas en biodiversidad, que aspiran a una vida mejor y más digna, creando un abismo, sin proponérselo, entre las crecientes necesidades y la visión edénica de protección. Se presenta entonces la dificultad para conciliar intereses que están en lados opuestos y que a su vez están sujetos a un marco jurídico contradictorio y lleno de vacíos normativos. Entonces ¿Cómo regular una situación donde lo legal no siempre es justo?, situaciones que se debaten entre la elección de cumplir una obligación institucional que vulnera derechos, o no cumplirla y su omisión acarree sanciones.

³⁴ Gabriel García Márquez. Muerte constante más allá del amor en <http://www.literatura.us/garciamarquez/constante.html> ,consultado el 10 de abril de 2010

Acudir a los principios que dan soporte a la norma puede ser más equitativo que lo establecido en el derecho positivo, pues la búsqueda de un desarrollo social justo y económicamente viable que además, sea ecológicamente sustentable requiere la concertación de múltiples actores que no deben abusar de sus conductas, sin importar que sean legalmente reconocidas.

Para advertir entonces cuando una conducta es abusiva, los autores ATIENZA y RUIZ MANERO presentan un test de cuatro elementos con variables descriptivas acerca de quien comete la conducta abusiva, quien la sufre y qué tipo de daño es el ocasionado en razón a la intención del agente.

El test se puede realizar en cualquier campo del derecho **sí y solo sí** la conducta apreciada se realiza en ejercicio de derechos que no contravienen normas pero que ocasionan daños.

3.1 APLICACIÓN DEL TEST A LA SITUACIÓN DEL PARQUE NATURAL SERRANÍA DE LOS YARIGUÍES

El test aplicado a la situación del Parque Natural Serranía de los Yariguíes, trae como consecuencia que, los daños causados por la aplicación de las políticas de conservación constituyen una herramienta de análisis que sirve al juez para determinar si la conducta es abusiva. En cuanto a los denominados campesinos o colonos el test resulta ser una herramienta de reclamación de la indemnización a la que tienen derecho por los perjuicios que las normas aplicadas por el Sistema de Parques Naturales les causaron.

La estructura que ATIENZA y RUIZ presentan acerca de la definición del abuso del derecho contiene cuatro elementos:

“la acción A, realizada por un sujeto S, en las circunstancias X, es abusiva si y sólo si:

3.1.1. EXISTE UNA REGLA REGULATIVA QUE PERMITE A “S” REALIZAR“A” EN LAS CIRCUNSTANCIAS “X.”

Discriminando cada posición que se enuncia en esta regla se encuentra que:

REGLA REGULATIVA: se refiere al contexto jurídico acerca del Sistema Nacional de Parques Naturales, en cuanto a sus orígenes y modificaciones:

- Ley 2 de 1959. Sobre economía forestal de la Nación y conservación de Recursos Naturales Renovables (reservas forestales).
- Decreto 2811 de 1974, por el cual se expide el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente. A pesar que el sistema de parques comenzó a regir bajo el acuerdo 42 de 1971, es con la expedición del código de recursos naturales que adquiere un cuerpo normativo coherente en el que se definen las finalidades del sistema, las actividades permisibles, se asignan funciones al gobierno nacional y a la autoridad ambiental para su protección y manejo, y se determinan las disposiciones generales de su régimen.
- Decreto 622 de 1977, reglamenta el sistema de Parques Nacionales .determina su finalidad, la zonificación de manejo, competencias institucionales para su declaración y alinderación, administración, prohibiciones, sanciones.
- Constitución Política de Colombia (1991) Carta Magna del Estado Colombiano.

- Ley 99 de 1.993, 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.
- Ley 160 de 1994 y sus Decretos reglamentarios 2663,2664 sobre el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino.
- Ley 134 de 1.994, reglamenta el Artículo 103 de la Constitución Nacional y establece los mecanismos de Participación Ciudadana en cada una de las circunstancias de interés e instancias y por tanto es de aplicación en el ámbito Municipal.
- Ley 165 de 1994, convenio sobre Diversidad Biológica.

S= SUJETO. Titular de cierto derecho subjetivo. Para el caso en cuestión el Sistema Nacional de Parques Naturales

A= APLICACIÓN NORMATIVA. Restricciones, prohibiciones, sanciones.

X= PRESUPUESTOS FÁCTICOS. Supuestos establecidos por la norma regulativa.

3.1.2. COMO CONSECUENCIA DE” A”, OTRO U OTROS SUJETOS SUFREN UN DAÑO, “D”, Y NO EXISTE UNA REGLA REGULATIVA QUE PROHÍBA CAUSAR “D”.

Resultado de la protección a la biodiversidad el estado colombiano ha tratado de establecer este propósito en su sistema jurídico. Dentro de este marco ha de considerarse las diferentes disposiciones normativas que envuelven un conjunto

de restricciones, prohibiciones, sanciones y concesiones encaminadas a conseguir el fin único de conservación.

Aterrizando dicha realidad al parque natural serranía de los Yariguíes se puede afirmar que las prerrogativas legales concedidas al Sistema Nacional de parques naturales para dar cumplimiento a la finalidad de conservación de la flora y la fauna, en principio persiguen un fin legítimo y razonable, sin embargo la aplicación de tales normas, principalmente restrictivas, sancionatorias o prohibitivas, están excediendo su finalidad, creando conflictos en la zona lo que hace cuestionar hasta que punto estas medidas son adecuadas. .

Conforme a lo planteado por el test para este elemento, y teniendo en cuenta que A es la aplicación legal de las sanciones, restricciones y prohibiciones, es preciso mencionar las normas que soportan dichas acciones. Empero, a pesar que el derecho a limitar, del que es titular el parque natural para garantizar la conservación, no está sujeto a prohibición es adecuado tener en cuenta que no existe ningún derecho absoluto.

El marco jurídico relevante a saber es el siguiente:

La ley 2 de 1959 adopto por primera vez la figura de parque nacional natural con el propósito de conservar la biodiversidad, prohibiendo la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras la caza y toda actividad industrial ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o aquellas que el gobierno nacional considerara inconvenientes para la conservación o embellecimiento de la zona ya que esta ley otorgó facultades al gobierno nacional para que por medio de decreto del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la academia de Ciencias Exactas y Físicas, delimitara y reservara de manera especial zonas del país en sus distintos pisos térmicos como Parques Nacionales Naturales.

A pesar que el Sistema de Parques comenzó a regir bajo el acuerdo 42 de 1971, expedido por la junta directiva del INDERENA, instituto creado en 1968 y encargado de la administración de las áreas de reserva, es con el decreto 2811 de 1974 (Código de recursos naturales renovables y del ambiente) que el sistema de parques nacionales adquiere un marco normativo coherente que determina las disposiciones para su régimen, quedando definido como “...*el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas...*”³⁵.

El decreto 622 de 1974 reglamenta el Capítulo V, Título II Parte XIII, Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974 en lo tocante al Sistema de Parques Nacionales, donde se establecen las normas sobre administración y manejo, se definen las actividades permitidas y se establece un régimen de prohibiciones. Es importante señalar el reconocimiento que hace este decreto de la coexistencia de derechos dentro de un área protegida, y las posibles limitaciones

3.1.3. D, SIN EMBARGO, APARECE COMO UN DAÑO INJUSTIFICADO PORQUE SE DA ALGUNA DE LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS:

3.1.3.1 Que al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible

En esta circunstancia aparece evidente el aspecto subjetivo de la conducta. Lo anterior impide para este trabajo que esta primera opción se tenga en cuenta.

3.1.3.2 Que D es un daño excesivo o anormal

A la luz de la teoría del abuso del derecho, se entiende que se produce el daño al realizar el hecho amparado por la prerrogativa legal y no ocurre ningún cambio

³⁵ Artículo 327 decreto 2811 de 1974

institucional o normativo que de cierta manera condene el menoscabo excesivo o anormal causado a intereses de otros sujetos o a intereses colectivos.

En el parque natural serranía de los Yariguíes se ha suscitado un conflicto por la coexistencia de derechos en esta área protegida, lo que puede generar la violación de derechos fundamentales de las comunidades asentadas haciendo suponer la existencia de un daño anormal y desproporcionado.

Deseo, en este contexto, subrayar que un primer conflicto identificado hace relación a los derechos de dominio. Al margen de este punto se tiene que dentro de las áreas protegidas se reconoce la existencia de propiedad privada, subsistiendo tal derecho, afectándose los atributos del uso y del usufructo del inmueble limitados por la finalidad de interés público o social y en virtud de la función social de la propiedad.

Conviene, sin embargo advertir, que esta limitación afecta directamente el poder de disposición de la propiedad puesto que el código de recursos naturales, decreto 2811 de 1974, establece que el estado está facultado para comprar dichos bienes; en efecto, "...el particular no puede entrar a negociar libremente su propiedad o mejora cuando esta se encuentra en una zona reservada como área protegida, sino que debe negociar con el Estado, quien es el único que en estricto rigor jurídico está facultado para adquirir tales propiedades o mejoras. Mientras esto se produce es obvio que el particular debe respetar todas las normas del Código de recursos naturales renovables"³⁶

Esta prohibición, somete a los propietarios de bienes privados a asumir una carga desproporcionada, pues los obliga a esperar la gracia del estado manifestada en la posibilidad de negociar directamente con él, en ofertas de compra o en

³⁶ Sentencia Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Dr. Jaime Betancourt Cuartas, 21 de febrero de 1983.

procesos de expropiación. Frente a esto importa observar que los recursos propios para la administración de parques son muy limitados ya que la actual financiación de los parques nacionales depende por un lado de recursos de cooperación internacional y de gestión de proyectos adelantados por la UPNN y por otro lado de recursos nacionales como el fondo de regalías del petróleo o transferencias del nivel central, lo que hace difícil la concreción de una idea de saneamiento predial.

Paralelo al problema de tierras se tiene que es considerablemente afectado el derecho al trabajo del que son titulares los campesinos y colonos que se ven restringidos por la reserva, asumiendo compromisos pero sin recibir alternativas para la solución de tal conflicto.

3.1.3.2.1. La propiedad en el Parque Natural Serranía de los Yariguíes

Con jurisdicción en siete municipios del departamento de Santander, el parque cuenta con 59.063 hectáreas aproximadamente. La administración del parque reconoce que el SANEAMIENTO PREDIAL es una estrategia importante para la conservación in situ, y que para su materialización se han adelantado conversaciones con los propietarios y reuniones con las instancias administrativas municipales³⁷, sin embargo estas acciones han creado cierta angustia por la falta de presupuesto y compromiso por parte de las diferentes autoridades administrativas.

³⁷ Entrevista realizada al Dr. Libardo Suarez Fonseca, director Parque Natural Serranía de los Yariguíes, el 13 de abril de 2010 en la Oficina de parques Naturales de San Vicente de Chucuri.

Imagen 1: Panorámica de la Serranía de los Yariguíes desde la Vereda San José de Pradera



Fuente: Trabajo de campo de autor

3.1.3.2.1.1. Régimen de Baldíos

El artículo 675 del Código Civil, define un bien baldío como “(...) todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño”. Frente a esto, en la ley 200 de 1936 o ley de tierras, se plantean dos presunciones legales al respecto:

- “No son baldíos sino de propiedad privada los fundos poseídos de conformidad con las exigencias de la misma ley(plantaciones o sementeras, ocupación de ganados y otros de igual significación económica) y que son baldíos los predios rústicos no poseídos de esa manera”
- “los simples cerramientos y construcciones no constituyen por si mismos pruebas de la explotación económica pero que si pueden considerarse elementos complementarios de ella”.

Estas presunciones han sido mantenidas a lo largo del tiempo, aunque la ley 160 de 1994 incluye unas pequeñas modificaciones, estableciendo que frente a la explotación económica se presume que todo terreno dejó de ser baldío, no obstante el provecho, el cultivo o la explotación de una tierra baldía, son catalogadas como modo de adquirir el dominio. El artículo 65 de la ley 160 reza lo siguiente:

“La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad. Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código Civil, y frente a la adjudicación por el Estado sólo existe una mera expectativa.”

A pesar de que muchos de los habitantes del área protegida de los Yariguíes, soportan la calidad de propietario con títulos justos (títulos reales o acto administrativo de adjudicación por parte de INCODER), la situación que limita la disposición de dichas propiedades no ha podido ser resuelta quedando como simple expectativa la compra o pago de indemnización si se inicia proceso de expropiación, o al pago de las mejoras en el evento que deba restituir el inmueble en el caso de ser un ocupante. Al respecto los campesinos o colonos expresan su voluntad de colaborar en todos los procesos necesarios para la conservación de la reserva, ya que manifiestan “que es un bien para todos”, además ellos acatan las normas porque como lo expresa un líder comunal ³⁸“contra el estado quien pelea”. Sin embargo las eventuales ofertas de compra no se ajustan al precio real de la tierra, ya que una hectárea en la zona cuesta alrededor de 40 millones de pesos o más, y los ofrecimientos hechos por la administración oscilan entre 1 y 2 millones de pesos y les descuentan el 30 %, manifiesta el Señor Ramón Ortega³⁹,

³⁸ Entrevista realizada a Omar Osorio presidente Junta de acción comunal de la vereda San José de La Pradera, el 13 de abril de 2010, en el municipio de San Vicente de Chucurí.

³⁹ Entrevista realizada al señor Ramón Ortega, el día 14 de abril de 2010 en el Parque Natural Serranía de los Yariguíes.

propietario de un terreno en la zona de amortiguación, en la vereda Cantagallo, añadiendo a lo anterior que la administración de parques no hace nada por arreglar la situación y si les hace perder tiempo en banas reuniones en las que no se concilia la situación.

Por último se puede considerar como un daño excesivo el status de ilegalidad de los negocios jurídicos, celebrados con particulares, de venta de terrenos ubicados en la zona de la reserva, situación que habilita al estado como único obligado a realizar la compra; sin embargo, tales negocios no se concretan obligando a los campesinos a permanecer en una esfera de incertidumbre frente a la respuesta de compra; mientras esto sucede, también deben soportar las limitaciones que se hacen al ejercicio de su derecho de dominio dándole cabida a la posibilidad de ser sancionados por trasgredir las prohibiciones que recaen sobre actividades en la propiedad inmersa dentro del área protegida. Al mismo tiempo resulta un daño anormal en la medida que deben asumir la carga desproporcionada de la inconsistencia administrativa, la precariedad en personal en relación al área objeto de control y vigilancia, la descoordinación y choque interadministrativo, entre autoridades que comparten funciones de administración y sanción (CAS, INCODER; PNN, alcaldías) que de uno u otra forma retrasa la concreción de la compra – venta de los terrenos. A esto se le suma las actuaciones burocráticas que de acuerdo a la influencia política del momento frenan o aplazan cualquier proyecto de solución al problema.

3.1.3.2.2 El derecho al trabajo en el Parque Natural

El aprovechamiento de antaño que ha hecho el campesino y su familia de la tierra, configura en el imaginario de estos individuos que su posibilidad de supervivencia y de una vida digna se condensa en su fuerza de trabajo. Además de cargar con las secuelas del analfabetismo, la pobreza, y la carencia de capital, los habitantes del área protegida han tenido que asumir la violación de su derecho

fundamental al trabajo, ya que, como consecuencia de las limitaciones que sufre la propiedad privada abrazada por un área protegida las posibilidades de explotación económica de la económico en estas zonas sujetas a conservación deben ser desarrollados como actividades económicamente sostenibles y ecológicamente viables, donde *“se aseguren las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”*⁴⁰, la realidad es bien lejana a este propósito dado que las políticas manejadas en el parque natural se ajustan solamente a la necesidad ecológica y obligación institucional de preservar un área biodiversa, sin atender de una manera real las necesidades de los campesinos. Esta falta de interés en el bienestar de estos amplios grupos de personas residentes en la zona, es reflejada en la falta de propuestas económicamente viables para que la comunidad del parque las desarrolle sin afectar el principio de conservación.

La incertidumbre por parte de los pobladores frente al equilibrio en las cargas para la conservación es constante, ya que como ellos manifiestan, *“han sido asaltados en su buena fé, se presentan imposiciones pero no soluciones”*⁴¹; este problema en la reserva no es falta de cooperación por parte de los campesinos, ya que la declaratoria de este parque envuelve un evento especial que fue la creación de la asociación de los municipios agropecuarios de la subregión de Yariguíes “AMAY”, asociación que impulso la creación del parque, ya que ellos antes que nadie tuvieron conciencia de la importancia del recurso hídrico, no como un bien público sino como algo esencial para la conservación de la especie humana. Sería prudente citar las palabras del señor Olinto Becerra, habitante de la reserva:

“...Para mí la reserva en cosas estoy de acuerdo es un bien para todos... Ni la administración, ni parques que le dicen a uno llegan y ponen y ponen leyes viene y

⁴⁰ Definición encontrada en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland): Nuestro Futuro Común octubre de 1984.

⁴¹ Entrevista realizada a Omar Osorio presidente Junta de acción comunal de la vereda San José de La Pradera, el 13 de abril de 2010, en el municipio de San Vicente de Chucurí.

se descargan como si dijeran campesino porque muchas veces llegan y le dicen usted no puede tener ganado, usted no puede tener tal cultivo, usted no puede fumigar, pero no llega una ayuda del gobierno para poder uno también poder seguir colaborando... en ese sentido está fallando toda entidad...Para mi han venido aquí gente ha venido hablando pero sobre aquí no se ha visto nada... como el cuento meras meras palabras ...han hecho unas tres reuniones pero hasta el día de hoy no se ha visto ninguna ayuda que plenamente lo que le acabo de decir, no ha habido una ayuda que diga mire vamos a trabajar de esta manera, tengan esto trabajen así no... nunca entonces lo único que ponen es como el cuento hay leyes pero no nos colaboran, no han llegado con un plan de esos Dios quiera que lleguen con algo productivo que pueda trabajar bien para colaborar uno más de lo que está colaborando...Pero no se ve algún resultado que diga uno lo vamos a ayudar en esto ...eso es lo q yo veo...⁴²

Imagen 2: Finca integral Montebello



Fuente: Trabajo de campo de autor

⁴² Entrevista realizada al señor Olinto Becerra, el día 14 de abril de 2010 en la zona de amortiguación del PNN Serranía de los Yariguíes. Audio en CD anexo.

3.1.3.2.1 Escenario y actores

3.1.3.2.1.1 Ubicación Geográfica de la Serranía ⁴³

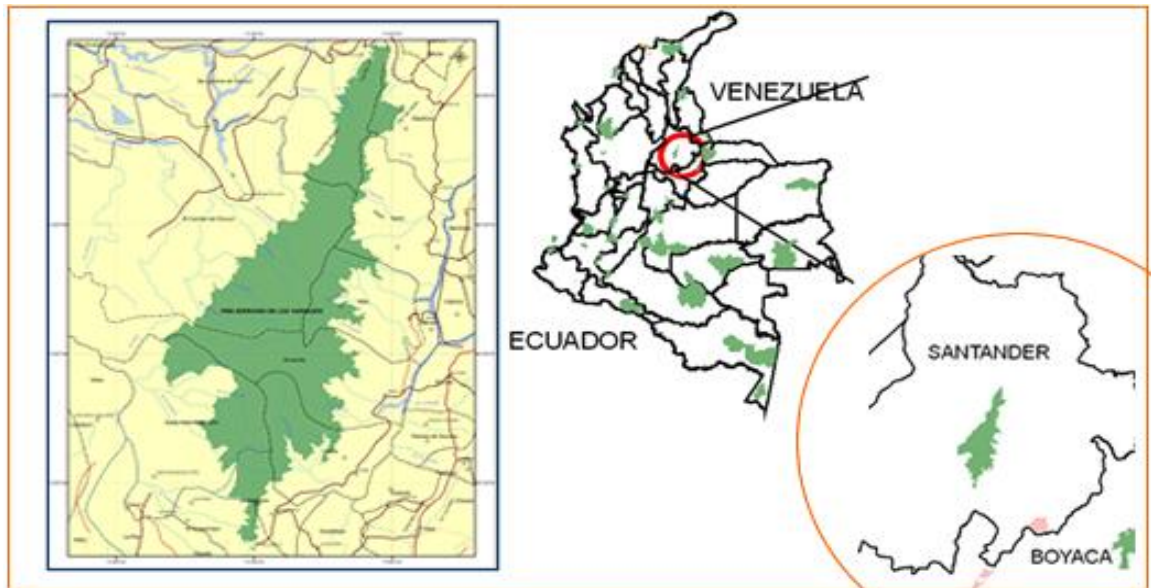


Imagen 3: Localización Serranía

Fuente: Pagina web de Parques Nacionales Naturales

El Parque Nacional Natural Serranía de Los Yariguíes o de Los Cobardes, se localiza sobre el costado Occidental de la cordillera oriental colombiana, y se constituye en una unidad bien diferenciada sobre sus estribaciones. Hace parte de las Provincias de Mares, Comunera y Vélez en el Departamento de

Santander, con jurisdicción en 7 municipios: El Carmen de Chucurí, El Hato, Simacota, Santa Helena del Opón, Galán, Chima y San Vicente de Chucurí.

La Serranía de los Yariguíes presenta un paisaje de fuertes contrastes: bosques húmedos por el flanco occidental, y secos en el oriental, así como ambientes que

⁴³ Tomado de: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.0130>

varían entre los subtropicales y el páramo, hacen de esta área protegida una zona de especial interés para la conservación de la biodiversidad.

3.1.3.2.1.2 Caracterización de la población del área

Las comunidades asentadas en la serranía, refugio de personas que huían del conflicto socio-político. Estos asentamientos iniciaron procesos de explotación de la tierra constituyendo como único patrimonio su fuerza de trabajo, herencia recibida por la comunidad actual.

Los pobladores actuales derivan su sustento de la explotación del cacao y del café principalmente en los municipios del Carmen y San Vicente de Chucurí, también manejan economía de subsistencia con otros productos agrícolas y actividades de ganadería extensiva.

El nivel económico es precario para algunos, con un índice considerable de analfabetismo en la población adulta. Alrededor de 60 familias se benefician del servicio de agua potable a través de un acueducto que viene del parque.

3.1.3.2.2 Vulneración de derechos

Por sus características geográficas, el área protegida es una región principalmente agrícola.

Producto de las restricciones relativas a la actividad ganadera y agrícola a las que son sometidos los pobladores de la zona de reserva, el nivel económico se ha precarizado para la comunidad. Frente a esto se puede advertir el primer choque de la norma con la realidad: Estas actividades prohibidas (pesca, agricultura, ganadería) hacen pensar que el supuesto del que parten las regulaciones en áreas protegidas es la no presencia de particulares en las áreas del sistema.

Como no se puede desconocer la presencia de comunidades en el área protegida, se han diseñado estrategias de integración con la comunidad para desarrollar programas de desarrollo económico sostenible. Según cuentan algunos habitantes de la zona⁴⁴, se socializó por parte de la administración de Parques la posibilidad de realizar proyectos de ecoturismo e implementación de fincas integrales, pero esto aún es una mera expectativa para los campesinos.

Al respecto se debe decir que el ecoturismo como alternativa de desarrollo sostenible en la zona, requiere de alta inversión, ya que el acceso al área que sería turísticamente ofrecida es bastante precario, evento que crea dependencia de los pobladores de la reserva a la voluntad política de las instituciones, del gobierno para que asumiesen la mejora de las vías de acceso; sin embargo si así fuere, este primer paso de adecuación del escenario turístico demoraría un tiempo prudencial, configurado por el trámite burocrático para la iniciación de las obras viales y el periodo que tarde la adecuación de la vía de acceso por parte del grupo contratista. De años atrás se ha implementado la figura de la concesión en varios espacios ricos en recursos naturales, y el caso de los parques naturales no es la excepción, ¿la razón?: Es necesaria la inversión para adecuar el sistema turístico a las demandas del mercado, justificación por parte de las instituciones estatales para adelantar tales licencias. Frente a esto, ¿cómo compete un campesino que conoce el tema del turismo desde su experiencia empírica, con un sistema

⁴⁴ Entrevista informal realizada a Omar Osorio el día 14 de abril de 2010, en el PNN Serranía de los Yariguíes.

organizado que ofrece atractivos planes turísticos?, ¿será esta una alternativa económica para los habitantes que han desarrollado históricamente actividades agrícolas?, ¿permitirá esta opción un verdadera mejoría en su estilo de vida?, en mi opinión tales concesiones terminan en privatizaciones de los parques.

Respecto a la implementación de fincas integrales, no ha podido materializarse de la manera en que fue presentada, como alternativa económicamente viable, tal vez por la tenue presencia de la administración en este proceso, pues como lo manifiestan algunos pobladores del área protegida se hizo la declaratoria del parque y no se cumplió con el proyecto. A esto se suma la falta de recursos y la poca viabilidad de créditos para adelantar los planes alternativos de explotación de la tierra, sin embargo muchos de los recursos que han llegado para adelantar tales proyectos han sido recibidos por organizaciones no gubernamentales ajenas a la comunidad del área protegida, con propósitos mediatos, reluciendo su interés odioso de percibir recursos únicamente.

Se concluye entonces que la carga desproporcionada de conservación endilgada a los campesinos constituye un daño excesivo que viola su derecho al trabajo, además resulta anormal en el imaginario de la comunidad, que la actividad económica históricamente desarrollada por ella, deba ser reemplazada por alternativas que si bien es cierto, son formalmente viables y sustentables tanto económica como ambientalmente, no son las más adecuadas para mitigar el conflicto que se genera con la conservación y el aprovechamiento de los recursos, por las características geográficas, económicas, sociales y culturales de la región; frente a esto existe la posibilidad de desarrollar la agricultura orgánica como medio de subsistencia, pero esta propuesta no ha tenido eco en las instituciones ambientales encargadas. Citaré por ultimo la apreciación al respecto de un habitante de la zona:

“... Pues la verdad no se ha visto aquí un impacto que diga uno esto es... bueno lo que sí es que vienen aquí y nos ponen es... digamos problemas para poder trabajar pa’ poder desarrollar un trabajo que si va a sacar uno un palo de la misma finca así tenga uno el palo toca primero ir a pedirles permiso porque es un delito tumbiar un palo ... entonces en ese sentido digamos el parque se dice que el parque pero a nosotros beneficios no nos ha dado nada nos ha perjudicando, más bien en vez de darnos beneficios... Sacan proyectos en nombre del parque pero aquí no nos ha llegado nada...”⁴⁵

Imagen 4: Campesino Zona de amortiguación



Fuente: Trabajo de campo autor

⁴⁵ Entrevista realizada al señor Nelson Torres, el día 14 de abril de 2010 en la zona de amortiguación del PNN Serranía de los Yariguíes. Audio en CD anexo.

3.1.4 El carácter injustificado del daño determina que la acción “A” quede fuera del alcance de los principios que justifica la regla permisiva a que se alude en 3.1.3.1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X’ (X más alguna circunstancia que suponga la forma de realización 3.1.3.2) la acción “A” está prohibida.

Como se pudo distinguir, las normas aplicadas para conseguir el propósito de conservación, quedan por fuera del alcance de los principios que justifican dichas disposiciones legales, ya que el tecnicismo en su aplicación, y en ocasiones lo obsoleto de sus prohibiciones restan la posibilidad de encontrar una salida conciliada a los conflictos ambientales, sociales y económicos de la zona protegida.

Si bien es cierto, no puede plantearse de plano la preponderancia de una u otra norma, si es necesario revisar las contradicciones de las determinaciones institucionales con la realidad:

3.1.4.1. Los conflictos relacionados con derechos de dominio: Al respecto, pareciera que la función ecológica se acredita con las limitaciones que se imponen al uso de la tierra, planteándose como estrategia el saneamiento predial, opción que sigue siendo un ideal, ya que su concreción se encuentra bastante limitada por la falta de presupuesto, choques interadministrativos y la interferencia política del gobierno de turno.

3.1.4.2. Vulneración de derechos fundamentales: Siendo una obligación del estado garantizar un medio ambiente sano, las políticas públicas utilizadas para alcanzar la conservación se han distanciado de los derechos fundamentales que subsisten en las áreas protegidas. Para el caso en estudio sería bueno reevaluar las estrategias que se utilizan en el diseño e implementación de las políticas, ya que estas no se pueden hacer a un lado por el vínculo intrínseco entre los

derechos y las políticas ya que en últimas estas son un instrumento de los estados para avanzar en el cumplimiento de sus obligaciones y para el titular de los derechos las políticas públicas vienen a ser una alternativa para exigirle al estado la protección, respeto, y la satisfacción sus derechos.

Ahora bien, la aplicación de medidas distorsionadas de la realidad, no permiten garantizar el goce de los derechos del que es titular, en este caso, el campesino residente en un área protegida ocasionándole perjuicios derivados de las cargas desproporcionadas que debe soportar; frente a esto la manera de definir la organización de la políticas de conservación debe ser basada en el respeto a los derechos humanos.

Justo es decir que los derechos humanos se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad de la persona, de las libertades inherentes al ser humano sin importar su edad, religión, raza, sexo o condición social, por eso los derechos de los niños y de las niñas, definidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño, se ubican en el marco general de los Derechos Humanos y merecen la misma atención ya que no son solo un conjunto de normas sino que constituyen un proyecto ético y político sustentado en una serie de principios que constituyen un esquema esencial para su comprensión y aplicación. Entre estos principios⁴⁶ están:

- Igualdad- Universalidad- No discriminación: supone que todo niño y niña es titular de todos los derechos por el solo hecho de existir y desde el momento de su nacimiento. También se prohíbe la discriminación por cualquier causa o característica tanto del niño, niña como de sus padres, tutores o familiares ya sea por raza, sexo, religión, condición, social, ideología, lengua o por su origen

⁴⁶ DURAN Ernesto, (2007), Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y perspectivas. Edit. UNAL, Bogotá.

nacional. La no discriminación requiere que la protección de los derechos de los niños y niñas, sea igualitaria, atendiendo a sus particularidades, lo que lleva a que se deban desarrollar estrategias de protección y compensación para aquellos que se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad; sin embargo para romper la tensión entre igualdad teórica e igualdad real es necesario producir una transformación política y social justa.

- Interés superior del Niño: Esto hace referencia a que los niños y niñas deben ser sujetos privilegiados en la sociedad, esto es que sus intereses sean prioritarios a los de sus padres, a los de cualquier adulto o incluso a los del Estado. Sin embargo esto no quiere decir que sean absolutos sino que existe un criterio de prioridad, obligando en un nivel mayor al poder Judicial, al poder Legislativo y al poder Ejecutivo.
- Participación: Esto hace referencia a que los niños y niñas tienen derecho a ser escuchados y tenidos en cuenta, así como a expresar libremente su opinión sobre el ejercicio de sus derechos y sobre la vida personal, familiar y social.
- Integralidad: Los derechos son integrales e interdependientes, los derechos son para todos los niños y niñas. La responsabilidad del estado tiene que ver con el respeto de todos los derechos. Esto exige estrategias interdisciplinarias, coordinaciones intersectoriales, así como coordinación entre la sociedad civil, el sector privado y el sector oficial con objetivos comunes
- Autonomía: Este principio plantea que los niños desarrollan una autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, acorde con la evolución de sus facultades.
- Prevalencia: Principio consagrado en la constitución Nacional y plantea que en la confrontación eventual de derechos prevalecen los de los niños y niñas sobre los demás miembros de la sociedad.

- Corresponsabilidad: “(...) *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”, dice la constitución Nacional en su artículo 44. Pesar que el estado es el responsable central del respeto de los derechos humanos, la familia y la sociedad son corresponsales activos y complementarios de este en el cumplimiento de los derechos de los niños y niñas. Sin embargo surge tensión entre los garantes pues no se establece el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, pero no debe olvidarse que si el Estado protegiera los derechos de todos los ciudadanos, tendría mayor autoridad para exigir que estos cumplan con sus responsabilidades con los niños y las niñas. Las familias, para cumplir con la responsabilidad con los pequeños, necesitan del apoyo de la sociedad y del estado.

Entonces resulta que el Estado, la familia y la sociedad tienen una obligación de deber frente a los niños y niñas, que son considerados participantes activos en el desarrollo de sus derechos, derechos que si bien se pueden priorizar, no son divisibles, lo que demanda el cambio de estructuras que obstaculicen la materialización de los mismos. Por eso para mí, la falencia en la implementación de políticas económicas sostenibles, no permite que la familia pueda velar por el bienestar de los niños y niñas, ya que estas medidas no permiten que devenguen lo necesario para cubrir las demandas de los niños y niñas, situación que agrava la dignidad del menor, en primera instancia y crea tensión con los principios de Corresponsabilidad, prevalencia, integralidad, interés superior del niño, y de la igualdad.

Por otro lado como ya se dijo, el derecho al trabajo sufre un daño por la falta de oportunidades para el aprovechamiento económico en el área, afectando directamente la dignidad humana del campesino por la falta de condiciones,

oportunidades y medios necesarios para satisfacer sus necesidades. Frente a los conflictos relacionados con derechos de dominio, se puede afirmar al respecto que pareciera que la función ecológica se acredita con las limitaciones que se imponen al uso de la tierra, planteándose como estrategia el saneamiento predial, opción que sigue siendo un ideal, ya que su concreción se encuentra bastante limitada por la falta de presupuesto, choques interadministrativos y la interferencia política del gobierno de turno, olvidando que la función ecológica va mas allá de la restricción, ya que las contradicciones dentro del mismo sistema creado para conservación son evidentes, por ejemplo las concesiones para la explotación de carbón en la serranía en la jurisdicción del municipio de El Carmen de Chucuri, no cumple ninguna función ecológica, simplemente satisface el interés de aprovechar los recursos naturales de unos pocos, que en este caso no son los mas necesitados.

CONCLUSIONES

1. Existe un abuso del derecho derivado de la aplicación de las normas por parte de las entidades ambientales, ya que, a pesar de perseguir un fin legítimo, el equilibrio en las cargas para propiciar la conservación no está distribuido bajo un criterio de justicia sino bajo un criterio estrictamente legal. Se genera entonces un daño excesivo y anormal para la comunidad residente en el área protegida afectando su derecho de dominio, al trabajo y demás derechos adquiridos. Frente a esto es pertinente decir que la normativa que encierra todo el modelo de preservación en el país está enfocado desde una visión segmentada, que excluye al hombre de cualquier espacio a conservar. Las directrices de conservación deben ser enfocadas desde un criterio integrador de todos los factores como sistema.
2. La aplicación de normas legales que persiguen un interés tan legítimo como la conservación, están vulnerando varios derechos que se desarrollan en el área protegida, ya que la implementación de las prerrogativas legales en estas zonas están desconociendo una realidad socioeconómica establecida con anterioridad a la declaratoria del lugar como Parque Natural.
3. Se estima que el estado debe priorizar la revisión de las normas que persiguen el interés de conservación, ya que sus determinaciones entran en contradicción con las realidades actuales de las áreas, como es el caso del decreto 622 de 1977, ya que en ocasiones sus prohibiciones, restan opciones para conciliar las obligaciones institucionales con los deberes y derechos constitucionales, salida conciliada que debería propender mas por lo justo que por lo legal.

4. El choque y debilitamiento interadministrativo, no permite la concreción de una política ambiental seria, que tenga como fin la conservación de la especie humana, haciendo que tales políticas generen dificultades entre los derechos reconocidos y los efectivamente cumplidos.
5. Debe reconocerse la interferencia política en el manejo de las directrices de conservación lo que puede llegar a frenar o aplazar indefinidamente decisiones vitales para la solución a varios conflictos; también debe hacerse hincapié en la falta de compromiso por muchos de los funcionarios de las entidades ambientales, ya que sus labores no las desarrollan por convicción sino por el favorecimiento clientelista que pulula en el país.
6. Los trámites heredados de la burocracia son implementados en muchos casos para depurar las falencias que no se tuvieron en cuenta en el momento de efectuar los estudios tanto técnicos, sociales y económicos propios de la región, para aplicar la normativa relativa a la conservación.

PROPUESTA

Teniendo en cuenta que el tema medioambiental cada vez va cobrando más importancia en nuestro país (aunque no la suficiente) y tomando como criterio base la proyección del derecho ambiental a equipararse en importancia y finalidades con el derecho humanitario, pues hay muchas necesidades y campos sin atender que van de la mano del fin último de esta disciplina que es la protección de la especie humana.

A pesar que en la ley 1333 de 2009 se implementa el Ministerio Público Ambiental, solo se plantea la designación de *procuradores* agrarios y ambientales y no *defensores*, por eso quisiera proponer la creación de una defensoría especial para el medio ambiente, integrada por la comunidad y organismos no gubernamentales principalmente ya que, las defensorías del pueblo en todo el mundo están orientadas principalmente a la promoción y protección de los derechos humanos reconocidos, principalmente, con la Declaración Universal de los derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948. Esta declaración no contempla el derecho a un ambiente sano, derecho que fue internacionalmente reconocido con la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro.

Con la implementación de una defensoría ambiental se podrían diseñar estrategias más integradoras para la protección del medio ambiente, ya que se tendría que concertar con la comunidad el curso que se le va a dar a este derecho en una región determinada. Al tener estatus de defensoría se estaría ejerciendo un control político sobre los diferentes sectores económicos y políticos que con sus decisiones afectan el derecho a un medio ambiente sano. También se empezarían a desarticular los discursos de protección superficiales que buscan un interés

mediato, puesto que el trabajo articulado con las diferentes instituciones comprometidas sea o no de raigambre gubernamental y lógicamente con la comunidad permitiría una verdadera divulgación del tema. Además se daría la posibilidad a las personas, ya sean naturales o jurídicas, de presentar quejas y reclamos ante arbitrariedades del poder y canalizar sus derechos.

Asimismo se buscaría la consolidación de un liderazgo a nivel de la comunidad organizada. Ésta actividad direccionada de la manera adecuada se convierte en un medio eficaz para incidir de manera favorable en el nivel de bienestar de la comunidad, propiciando una mayor conciencia del entorno en la consolidación de una actitud más enfocada en la conservación, sustentada en principios económicamente sostenibles y ecológicamente viables, sobre todo en comunidades que no tienen una concepción de la naturaleza como su Madre Tierra, frente a esto es importante señalar el avance que hubo en la Primera Conferencia Mundial de Pueblos sobre el Cambio Climático y Derechos de la Madre Tierra (CMPCC), realizada en Bolivia, donde se propuso la creación de un organismo mundial que defienda los derechos de la Tierra y un tribunal de justicia climática internacional que castigue severamente a los países o industrias que incumplan las normativas establecidas en las cumbres internacionales.

Teniendo en cuenta las tendencias del nuevo constitucionalismo, el abuso del derecho aplicado como principio para la salvaguarda de los derechos fundamentales, nos permite hacer uso de los mecanismos constitucionales de protección de los mismos, en este caso la acción de tutela, ya que es clara la violación y el daño causado por la aplicación de ciertas normas en el área protegida de la Serranía de los Yariguíes. Se anexa propuesta de acción de tutela

BIBLIOGRAFIA

ATIENZA M. Y MANERO J,(2000.) Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley y la desviación de poder. Ed. Trotta. Sagasta- Madrid

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. (2004).Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

DIAZ CANO, Marlenny (2008).Conflicto de ocupación en áreas protegidas. Conservación versus derechos de comunidades. Opinión Jurídica, Vol. 7, N° 14, pp 53-69.

TAFUR MORALES, (1939), Francisco. La nueva jurisprudencia de la corte. Editorial óptima, Bogotá., segunda edición.

CARDENAS M. Y RODRIGUEZ BECERRA M. (Comp.).Guerra, Sociedad y medio ambiente. Foro Nacional Ambiental. Bogotá, 2003.

DURAN Ernesto, (2007), Derechos de los niños y las niñas. Debates, realidades y perspectivas. Edit. UNAL, Bogotá.

MONROY CABRA Gerardo,(2006), Introducción al derecho, Bogotá, ed. Temis.

ROJAS PIÑERES, Ezequiel Fernando,(1977), Introducción al derecho. Bogotá, ed. Leyer.

PRECIADO AGUDELO Darío (1997).Indemnización de perjuicios Responsabilidad Civil contractual, extracontractual y delictual, Tomo I. segunda edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional

SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO

-Constitución política de Colombia 199.(2006).Bogotá. LEGIS.

- Ley 2 de 1959, Bogotá, Colombia: Congreso de la República. Recuperado el 1 de marzo de 2010 de

<http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/LEY2DE1959.pdf>

Ley 23 de 1973 (Diciembre 12), Bogotá, Colombia: Congreso de la República.

Recuperado el 1 de marzo de 2010, de

http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ley/1973/ley_0023_1973.html

Decreto 2811 de 1974 (Diciembre 18), Bogotá, Colombia: Congreso de la República. Recuperado el 1 de marzo de 2010, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1974/decreto_2811_1974.html

Decreto 622 de 1977 (marzo 16), Bogotá, Colombia: Congreso de la República.

Recuperado el 1 de marzo de 2010, de

<http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/DECRETO-622DEMARZO16DE1977.pdf>

Ley 99 de 1993, (Diciembre 22), Bogotá, Colombia: Congreso de la República.

Recuperado el 1 de marzo de 2010, de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0099_1993.html

INTERNET

-www.ramajudicial.gov.co

- www.parquesnacionales.gov.co

-www.rcl.fao.org

-Informe Brudtland (1987). Recuperado el 18 de marzo de 2010 de <http://www.scribd.com/doc/2553283/INFORME-BRUNDTLAND>

ENTREVISTAS

-Entrevista realizada a Omar Osorio presidente Junta de acción comunal de la vereda San José de La Pradera, municipio de San Vicente de Chucurí.

-Entrevista realizada al señor Nelson Torres, en la zona de amortiguación del PNN Serranía de los Yariguíes.

-Entrevista realizada al señor Ramón Ortega, en el Parque Natural Serranía de los Yariguíes.

-Entrevista realizada al señor Olinto Becerra, en la zona de amortiguación del PNN Serranía de los Yariguíes.

-Entrevista realizada al Dr. Libardo Suarez Fonseca, director Parque Natural Serranía de los Yariguíes, en la Oficina de parques Naturales de San Vicente de Chucuri.

-Entrevista realizada al Dr. Alfonso Pinto, ex presidente AMAY

ANEXOS

ANEXO 1: ACCION DE TUTELA

SEÑOR:

JUEZ DE CIRCUITO (REPARTO)

E.S.D.

_____, mayor y vecino (a) de _____, identificado (a) con la cedula de ciudadanía No. _____ de _____, actuando en nombre propio, acudo de manera respetuosa ante su despacho para presentar ACCION DE TUTELA, de conformidad con lo signado en el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, en contra el MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES, por la vulneración de mi derechos fundamentales AL TRABAJO, MÍNIMO VITAL en concurrencia con a la IGUALDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS y todos los que se identifiquen en el ejercicio constitucional.

HECHOS

PRIMERO: En 1999 se consolida el trabajo de diferentes entidades como UAESPNN, CAS, Departamento de Santander y AMAY (asociación de municipios

agropecuarios de Yariguíes) para impulsar la declaratoria del Parque Natural Serranía de los Yariguíes

SEGUNDO: Se adelantaron algunas charlas con la comunidad para exponer como sería el manejo del Parque a declarar, sus incidencias y las alternativas de explotación económica en el mismo, en las que se plantearon proyectos de Ecoturismo y la implementación de fincas integrales.

TERCERO: El 13 de Mayo de 2005, se firma la Resolución de declaratoria del parque y en Mayo 16 se hace el lanzamiento oficial del Parque Nacional Natural Serranía de los Yariguíes

CUARTO: Posteriormente y en cumplimiento de obligaciones institucionales, se iniciaron procesos de sanción, restricción y prohibición a la comunidad residente en el área protegida.

QUINTO: La aplicación de la normativa de conservación en la zona, ha generado angustia para muchos de los habitantes pues no saben de qué manera se irá a resolver su problema principalmente de explotación económica.

SEXTO: A pesar de la limitaciones en el manejo de la tierra, los habitantes de la zona al ser conscientes de una posible sanción por infringir las normas, han acatado las mismas colaborando en el proceso de conservación.

SEPTIMO: Cumplidos casi cinco años de existencia del Parque Natural Serranía

de los Yariguíes, los habitantes del área protegida no han recibido ninguna solución para su problema de subsistencia, ya que al no poder desarrollar las actividades agrícolas y ganaderas como se hacían antes de la declaratoria el parque, ven restringidas las opciones de explotación económica.

OCTAVO: Ya se han presentado molestias dentro de la comunidad por la negligencia de las autoridades ambientales y administrativas, en la implementación de las alternativas de desarrollo económico (proyectos de ecoturismo y la implementación de fincas integrales) propuestas antes de la declaratoria del Parque

DERECHOS VULNERADOS Y VIOLADOS

Derecho a la igualdad: Si bien es cierto, la aplicación de las medidas de conservación son legítimas para alcanzar un beneficio común, la carga para el desarrollo de las mismas es bastante pesada para mí respecto a las demás personas, por ello considero que conforme a lo establecido en el artículo 13 de la carta política, no me están propiciando las condiciones y oportunidades adecuadas para la satisfacción de mis necesidades, siendo esto elemento garante de mi dignidad humana

Derecho al libre desarrollo de la personalidad: Entendiéndose este derecho como la capacidad que tiene todo ser humano para fijar sus metas, su destino, considero que la limitación para desarrollar una actividad económica productiva, obstruye mi posibilidad de proyectar un mejor futuro para mí y mi núcleo familiar.

Derecho al mínimo vital. La negligencia por parte de las autoridades ambientales en la implementación de las alternativas de explotación económica sostenible aptas para la zona, me causa un DETRIMENTO PATRIMONIAL INJUSTO, debido

a que se me obliga a no desarrollar mis labores de explotación habituales, no obstante, debo seguir pagando mis impuestos, servicios, y todos los gastos que implica mantener mi finca, gastos que no estoy en capacidad de asumir porque no tengo otro medio de subsistencia, para mí y mi familia, distinto al que pueda generar el manejo de mi tierra.

Derecho al trabajo: La constitución política de 1991, en su artículo 25 establece que el trabajo “es una obligación social y goza en todas sus modalidades de la especial protección del estado. Toda persona tiene derecho el trabajo en condiciones dignas y justas” Considero que la garantía por parte del estado para que yo pueda desarrollar un trabajo que me proporcione las condiciones necesarias para poder subsistir de una manera digna junto con mi familia, se ha vulnerado por la falta de implementación de los medios y mecanismos de explotación económica diseñados para estas zonas de importancia ecológica donde yo vivo, teniendo en cuenta que mi labor se deriva del uso de la tierra.

Derechos de los niños: el Estado, la familia y la sociedad tienen una obligación deber frente a los niños y niñas, que son considerados participantes activos en el desarrollo de sus derechos, derechos que si bien se pueden priorizar, no son divisibles, lo que demanda el cambio de estructuras que obstaculicen la materialización de los mismos. Por eso, la falencia en la implementación de políticas económicas sostenibles, no permite que la familia pueda velar por el bienestar de los niños y niñas, ya que estas medidas no permiten que devenguen lo necesario para cubrir las demandas de los niños y niñas, situación que agrada la dignidad de los menores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El abuso del derecho y la violación de derechos fundamentales:

Haciendo uso del nuevo constitucionalismo, se tiene que la teoría del abuso del derecho vista como principio puede ser invocada cuando la existencia de una norma que permite cierta acción en determinado caso, y la *aplicación* de la misma viola derechos. Se tiene entonces que lo que se ataca no es la norma sino la aplicación de la misma en un caso concreto.

Mínimo vital

El derecho al mínimo vital como derecho innominado establece la PROTECCIÓN Y EL RESPETO A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LAS PERSONAS. Este derecho se compone no sólo de la dignidad humana como vínculo jurídico necesario, sino de los elementos de la salvaguarda de la integridad física y mental que conllevan al ejercicio de una vida plena.⁴⁷ Es de esta manera, que el juez constitucional se ve avocado al análisis de las acciones y omisiones de los funcionarios o servidores públicos que atenten contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales, por tanto, la restricción por parte de las autoridades ambientales para el desarrollo de una actividad económica que me provea el sustento para mí y mi familia, y la negligencia para la implementación de una actividad económicamente sostenible pero a la vez ecológicamente viable violenta el núcleo esencial de mi derecho al mínimo vital.

Derecho a la igualdad

- El derecho fundamental a la igualdad en sus múltiples manifestaciones – igualdad ante la ley, de trato, de oportunidades- es condición necesaria para la realización de principios básicos en un Estado Social y Democrático de derecho, tales como la dignidad y la autodeterminación personal; ⁴⁸razón que soporta la

⁴⁷ Sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Sentencia C- 422 de 2005. MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

exigencia de mi parte del otorgamiento de los medios para satisfacer mis necesidades.

Derecho al Trabajo

El artículo 25 de la constitución política dispone: “ El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” Entonces, como lo ha planteado la OIT el trabajo debe definirse desde la perspectiva de los derechos humanos ya que “El derecho al trabajo es una *aspiración social e individual del trabajador, moralmente válida, dinámica, por alcanzar un nivel de vida adecuado para él y su familia, garantizada por el Estado con acciones de protección y promoción que permitan la dignidad del trabajador y su familia, a través de acciones normativas y políticas -económicas, sociales, y culturales- que como mínimo aseguren el pleno empleo, estabilidad laboral, salario justo y condiciones adecuadas en el trabajo.* Lo anterior implica, que debe existir una armonía entre capital y trabajo, donde se dignifique al trabajador, valorando y reconociendo su esfuerzo en el proceso productivo, dándole estabilidad laboral y garantizándole un ingreso que pueda satisfacer las necesidades materiales de él y su familia”.

Derecho de los niños

Es clara la constitución frente a esto “artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la

Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” Frente a esto, mi calidad de garante de los derechos de los niños y niñas, se ve restringida por la falta de medios para mi desarrollo económico, que repercute en la satisfacción de las necesidades de los niños y niñas de mi núcleo familiar.

PETICIONES

PRIMERA: Que se me reconozcan y amparen los derechos fundamentales violados al trabajo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al mínimo vital, Derechos de los niños y los demás que usted como juez constitucional encuentre vulnerados.

SEGUNDA: En consecuencia se ordene al MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES a la mayor brevedad posible, inicie los programas de implementación de Fincas integrales en el área protegida, proveyendo subsidios, capacitaciones y todo lo necesario para establecer este modelo de explotación económica apto para la zona.

TERCERA: Requiera al MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PARQUES NACIONALES NATURALES que adelante las gestiones interadministrativas pertinentes para la adecuación del acceso al parque e inicie

las capacitaciones necesarias dirigidas a los habitantes afectados por el área protegida, para que puedan materializar el proyecto de Ecoturismo planteado como alternativa económica sostenible.

CUARTO: Y las demás que se consideren pertinentes para la protección y amparo de mis derechos fundamentales.

PRUEBAS

Ruego al señor juez que con el fin de establecer la amenaza y violación de mis derechos fundamentales se sirva tener en cuenta las siguientes pruebas:

- Testimoniales

Solicito se tenga en cuenta las declaraciones de los señores:

-Clemente Soto: Habitante zona de amortiguación finca la Esperanza

- Omar Osorio: Presidente Junta de Acción Comunal, Vereda San José de la Pradera

-Ramón Ortega: Habitante zona de amortiguación Vereda Cantagallo

-Nelson Torres: Habitante zona de amortiguación, finca Campobello

- Y las demás que de oficio considere pertinentes.

COMPETENCIA

Es usted competente Señor Juez por la naturaleza constitucional del asunto y por tener jurisdicción en el lugar de ocurrencia de la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales invocados, conforme al Art 37 del Decreto 2591 de 1991

JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento, manifiesto que no he puesto otra tutela con fundamento en los mismos hechos y Derechos materias de esta acción según el Art 37 del Decreto 2591 de 1991.

ANEXOS

Acompaño copias de la demanda para el traslado y para archivo

NOTIFICACIONES

Para notificaciones de la parte demandante, favor enviar correspondencia a la siguiente dirección:

Cordialmente,

Firma: _____

Nombre: _____

CC: _____