

EL PROBLEMA DE LOS PÁRAMOS Y LA EXPLOTACIÓN AURÍFERA: EL CASO DEL PÁRAMO DE SANTURBÁN*

Carlos Andrés González León**

Recibido: Abril 15 de 2013
Aprobado: Abril 27 de 2013

RESUMEN

El artículo que se presenta busca reflexionar desde la Filosofía del Derecho, en torno al problema de la protección de los páramos en Colombia, partiendo del caso del Páramo de Santurbán, con el fin de mostrar la insuficiencia del papel del legislador y del juez, al lado de modelos que resulten más participativos y que se fundamenten en participación y lealtades mayores para lograr corrección moral en términos de protección al medio ambiente, la vida y la salud, para lo cual se siguen de cerca el concepto de ruptura de paradigmas tradicionales sobre la concepción del Derecho y del Estado estudiado por Habermas, el análisis sobre la decisión judicial en Dworkin y el concepto de lealtades usado por Rorty.

Palabras Clave: Protección de los páramos, paradigmas del derecho, participación ciudadana, corrección moral, Estado social, Estado liberal burgués.

THE PROBLEM OF MOORS AND GOLD MINING: EL PÁRAMO DE SANTURBÁN

ABSTRACT

The purpose of this article is to revise the problem of the protection of Colombian moors, from the Philosophy of Law perspective, using the Páramo

* Artículo de reflexión

** Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Comercial del convenio Universidad Externado de Colombia, Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y en Derecho procesal Civil de la misma Universidad; Maestro en Administración del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey en convenio con la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad Libre de Colombia, Seccional Bogotá. Profesor Asociado de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Correo electrónico: cgonzale@unab.edu.co

de Santurbán as a model, in order to show the insufficiency of the legislator and the judge, compared to models that are more participatory and based on participation, and major loyalties to achieve moral correctness in terms of protection of the environment, life, and health. For this reason, the concept of breakdown of traditional paradigms within the conception of Law and State studied by Habermas, as well as, the analysis of the judicial decision in Dworkin and the concept of loyalties used by Rorty, are being followed closely.

Key words: Protection of moors, law paradigms, citizen participation, moral correction, social state, liberal bourgeois state.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El Páramo de Santurbán es un ecosistema de alta montaña ubicado en el departamento de Santander. En él hay fuentes hídricas, humedales, flora y fauna especiales que constituyen parte de una reserva natural que integra el sistema de páramos andinos de los cuales Colombia cuenta con aproximadamente un 60%. Los páramos se han visto afectados por los cultivos mixtos, la ganadería y la minería indiscriminada. En el caso del Páramo de Santurbán las poblaciones aledañas, como son los municipios de Vetas y California, han vivido de la explotación aurífera artesanal (como negocios de familia) como parte de sus empresas. Sin embargo, en los últimos años empresas multinacionales (que han trasmutado de nombres y propietarios) han ido adquiriendo propiedades en la zona por compra directa a sus moradores, o por discusión judicial de los títulos de propiedad, y adelantando no solo exploración sino explotación industrial para la extracción del mineral.

La exploración y extracción industrial trae consigo varios inconvenientes ecológicos porque destruye el ecosistema de alta montaña, en donde los productos y substancias químicas utilizadas, junto con la oxidación de materiales y la acidificación de las aguas, contaminan y deterioran las fuentes hídricas, los nacimientos de ríos y humedales, que mantienen la región, su flora y fauna, por lo que el resultado, en consecuencia, es la alteración de las posibilidades de suministro normal y sano de agua potable a algunos municipios aledaños (como es el caso de Bucaramanga). Si bien las licencias de las empresas mineras han sido objeto de debate en aras de la protección del páramo, han seguido en su actividad de exploración y han cambiado de nombres y de propietarios, y han venido ajustando su defensa jurídica para acomodar sus intereses empresariales de explotación, un caso para tener en cuenta las cifras es el del denominado Proyecto Angostura de explotación en donde: "...La *Greystar* (hoy *ECO-ORO*) estima que unos 330,6 millones de toneladas de mineral y 744,8 millones de toneladas de estéril van a ser extraídos del suelo durante el proyecto." (Duque, 2011).

La revisión del caso del Páramo de Santurbán permite un debate que engloba posturas dentro del marco de lo jurídico, lo político y lo moral, en términos de corrección y conveniencia que exigen un análisis más detallado y profundo sobre sus implicaciones para la sociedad y para la comunidad global. Para tal efecto seguiré el esquema desarrollado por Habermas (Habermas, 2008, p. 469-532) en su trabajo sobre los paradigmas del derecho. En este indica que los dos grandes paradigmas sobre el derecho, que él denomina paradigma del derecho formal burgués y paradigma del estado social, exigen la búsqueda de un tercer paradigma que elimine las contradicciones a través de lo que ha denominado una comprensión procedimental del derecho. He escogido ese marco como modelo porque considero que permite explicar las dificultades del problema que representa la protección de los derechos involucrados en el caso de los páramos y ayuda a reconciliar puntos de vista y a tener en cuenta obstáculos que pueden superarse a través de un debate participativo y democrático.

Esta revisión la he dividido en tres apartes. El primero explicará desde el punto de vista de los paradigmas las dificultades que representan en la explicación de los derechos a la luz del esquema planteado por Habermas; el segundo revisa los derechos en juego en el caso del Páramo de Santurbán, en términos del esquema ideal presentado por Dworkin (1984, p. 61-101) para la decisión judicial. En el último aparte busca ofrecer conclusiones, presenta el recaudo de la tesis de Habermas sobre el tercer paradigma del derecho que se legitima con la participación democrática, para lo cual se recogen algunas de las ideas de Richard Rorty (2000, p. 201-247) sobre lo que es la justicia como esquema de lealtades.

2. LA RUPTURA DE LOS PARADIGMAS TRADICIONALES FRENTE A LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO PARADIGMA PROPUESTO POR HABERMAS SOBRE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y DEL ESTADO

¿Cuál puede ser la implicación del concepto mismo de protección del Páramo de Santurbán¹ frente a lo que desde Habermas se ha denominado paradigmas tradicionales del derecho? Habermas considera que el primer paradigma se encuentra representado por lo que llama derecho formal burgués donde prima el derecho privado y el Estado debe procurar el ejercicio de las libertades negativas, principalmente. En el caso del Páramo, esa perspectiva supondría la protección de la propiedad y del derecho de la empresa, lo que supone en principio el reconocimiento de derechos privados para la exploración y explotación minera en los páramos, explotación que además contiene la protección de los títulos de propiedad y del ejercicio de la actividad

¹ El concepto de protección del páramo en términos de sus implicaciones, debe entenderse referido al contexto de los actores y de lo que el páramo mismo representa y es, esto quiere decir, por ejemplo, que no se trata solo de la protección genérica de un bien, sino de todo lo que compone el ecosistema, y supone además la valoración de los efectos sobre la población y la fauna y flora que habita en él, para sus actividades de vida y frente a sus actividades laborales y al derecho de empresa.

empresarial, no sólo la aurífera, sino cualquier otro tipo de actividades (que podrían incluir ganadería, cultivos, pesca, tala de árboles, turismo, por ejemplo). Esta lógica supone en principio, que el juez resuelve en función de los derechos de propiedad y de empresa afectados en el esquema y las lógicas decimonónicas de interpretación del lenguaje de los códigos. Este esquema de explicación, dentro del marco de las lógicas del derecho privado va a entrar en contacto con el Estado social, como segundo paradigma, en la medida en que supone el reconocimiento de derechos que se acogen no solo por su formulación técnica, sino por la evidencia de las consecuencias que acompañan a su vulneración, por ser justamente el reconocimiento de ese hecho, la vulneración, y de sus efectos perversos lo que lleva a su constatación y consagración sustanciales.

En un plano teórico esos derechos fundamentales o esos enunciados jurídicos formulados constitucional o judicialmente son la respuesta efectiva al hecho de que las libertades individuales negativas no son suficientes para explicar la sociedad, y que por lo tanto el reconocimiento de esos derechos y enunciados jurídicos conlleva la protección de un sistema de derechos que supera lo individual (el paso del individuo al ciudadano) y se instala en lo público. Este aspecto resulta muy importante porque implica el reconocimiento por vía del legislador o por vía judicial de derechos o enunciados con texturas abiertas que se mueven en un entorno en donde su aplicación puede calificarse de “problemática” pero que se recogen en instancias y respuestas de especial importancia en y para la sociedad.

El segundo paradigma, que supone el reconocimiento de derechos fundamentales por el Estado social, permite ampliar el espectro de interrogantes para el caso del Páramo de Santurbán, en términos de lo que podría ser objeto de la protección misma por parte del Estado: (i) si se protege el ambiente por el ambiente mismo (es decir, como sujeto de protección), (ii) si se protege el ambiente para la sociedad, es decir para la sociedad colombiana o para el grupo o conjunto de ciudadanos directamente afectados, la ciudad, la región, o si (iii) la comunidad de lealtades es mucho mayor y se refiere al hecho de que los páramos andinos, entre ellos el de Santurbán, se encuentran en un 60% de su extensión aproximada en Colombia. Esa ampliación de interrogantes supone que la labor legislativa y judicial parte de la revisión de enfoques y de responsabilidades mayores en términos de protección.

Esta segunda ruta paradigmática es de naturaleza interventiva, es decir, en ella aparece el derecho privado como contenido por los efectos de la intervención del Estado para la imposición de los derechos sociales. Es una ruta de acción que busca a través de medidas legislativas, administrativas y judiciales, prevenir, prohibir o evitar prácticas que lesionen lo que el derecho positivo, en principio, bajo sus reglas indique. Este tipo de acciones a partir de las cuales el derecho se manifiesta las podría catalogar como “reactivas” o de imposición, en la medida en que la protección obra por vía de choque, que para el caso

concreto del Páramo implica la imposición de medidas administrativas o judiciales que reconocen los derechos, medidas en algunos casos tardías, y en otros, medidas que no consultan a las comunidades involucradas, justamente por su naturaleza reactiva o de imposición.

Es decir, que cualquiera de estas formulaciones debería contener una consideración adicional presente: la población de la región de los páramos, por ejemplo, o el grupo de población que ve afectados sus derechos. En el caso de Santurbán se traduce en el hecho, por ejemplo, de que parte de los pobladores de la región viven de la explotación aurífera legal o ilegal, extracción en algunos casos artesanal, en otros utilizando sistemas de extracción que significan contaminación con mercurio, arsénico, sin contar con las consecuencias de la oxidación de materiales y acidificación de las aguas.

La comprensión de esos dos paradigmas resulta porque trae consigo el reconocimiento no solo del choque de los derechos que se han relacionado, sino del choque entre la esfera de lo privado y de lo público. Es decir, constata el choque entre sus dinámicas interpretativas cerradas, dinámicas interpretativas que llevan a preguntarse por otras soluciones, es decir, en términos de Habermas, por otro paradigma que recapitule el sistema de derechos y de principios y que reconcilie los modelos con lo que efectivamente requiera y reconozca la sociedad.

Este cambio de paradigma no contrapone la relación entre la autonomía privada y la autonomía ciudadana, por el contrario, se propone que "(...) la entiende como un recíproco plexo de remisiones" (Habermas, 2008, p., 479). En este cambio de paradigma aparece un modelo de Estado en donde la carga de atención de lo requerido exige cada vez más funciones y cada vez más atomización y atención por la importancia que va tomando cada asunto para la administración en términos de cobertura y protección, asunto que trae consigo una administración cada vez más compleja. Paradigma que también parte de un modelo en el que, tanto legislador como juez, cuentan con una serie de preconcepciones de lo que es conveniente o no, en términos de lo que están facultados a decidir, preconcepciones que pueden estar influenciadas no sólo por su formación como jueces o legisladores, sino por intereses personales de orden particular o económico o por teorías que no resuelven claramente los problemas y que pueden, dado el caso, convertirse en la piedra de toque de problemas mayores o de diferente naturaleza como externalidades negativas.

Explica Habermas:

Con el crecimiento y cambio cualitativo de las tareas estatales cambia la necesidad de legitimación; cuanto más se recurre al derecho como medio de regulación y control políticos y de configuración social, tanto mayor es la carga de la legitimación que la génesis democrática del derecho ha de soportar. (2008, p. 513).

Es decir, que el derecho queda a disposición de la política pero a su vez el derecho le prescribe condiciones o reglas de procedimiento que no puede eludir y a las cuales se debe someter, y en ese orden de ideas, el tercer paradigma, debe resolver de una manera democrática y con participación de los involucrados (ya volveré sobre el asunto) la integración social. Esto significa que el Derecho como subsistema media la integración social, por lo que, en principio y dentro en el marco del problema planteado para el Páramo de Santurbán, hace indispensable conciliar la tensión entre lo que efectivamente supone el contenido teórico del derecho en una comunidad, frente a lo que representa su aplicación concreta. Este último paradigma supone, como se verá, una respuesta en donde la concertación social esté presente, es decir, en donde el tema del Páramo de Santurbán no se restringe a la efectividad del contexto legislativo que recaude unas preconcepciones de lo que supone la protección de los páramos, ni una decisión judicial que responda a la solución mediata de la colisión de los derechos involucrados, sino que el paradigma se resuelve con la participación ciudadana, la discusión y con ello la formación del consenso en la esfera de lo jurídico y en ese sentido liberen la tensión entre facticidad y validez.

3. EL PAPEL DEL LEGISLADOR Y DE LOS JUECES EN LA RESOLUCIÓN DEL DILEMA QUE REPRESENTA EL ENFRENTAMIENTO ENTRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD, LA LIBERTAD DE EMPRESA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS CONEXOS, DENTRO DEL CONTEXTO DEL PROBLEMA DEL PÁRAMO DE SANTURBÁN

En este aparte dos aspectos se tendrán en cuenta, que de alguna forma ya se han enunciado atrás: de un lado el papel que supone la actividad legislativa en una sociedad democrática y en un Estado social, y en segundo lugar, a la luz de Dworkin, el sentido de una decisión correcta en términos de los derechos enunciados como derechos en conflicto en el caso del Páramo de Santurbán.

Sobre este particular aparece una postura inicial y es la de que el Estado Colombiano, a pesar de los reconocimientos al sistema de derechos y garantías que trajo la Constitución de 1991 y de los significativos avances en el discurso democrático que desde el ámbito de la justicia ha logrado la Corte Constitucional a través de sus fallos, aún se encuentra en un debate bipolar entre los paradigmas jurídico formales individualistas (conservadores) y las directrices del reconocimiento de esos derechos y garantías. Bipolaridad que se hace manifiesta en la contradicción entre los contenidos normativos y su puesta en práctica, una tensión que escinde o separa en muchos temas a la sociedad. Es decir que la cabeza democrática de la discusión se ha puesto en un público sensible a la justicia constitucional (la Corte Constitucional) mientras el legislador y la administración general de gobierno y parte de los jueces aun se

mueven dentro de esquemas de escisión entre el derecho público y el privado, por lo que aún algunos en su praxis consideran el positivismo formal como descriptor de la sociedad y erigen la ley y su producción como solución discursiva del problema, a pesar de obviar implícitamente con ello la línea de la participación y del consenso y en muchos casos dar respuestas que no recogen de manera adecuada la esencia de los problemas.

Para este caso se puede considerar que el papel del legislador es el de producir no leyes, sino soluciones legisladas, a partir de preconcepciones, como si para estos problemas o casos difíciles, la legislación pudiera dar cuenta final o salida plena como vía de cierre al asunto. Para el tema ambiental esta postura conlleva el recaudo normativo por vía de las autorizaciones constitucionales a través de normas marco sobre la materia y reglamentaciones administrativas de contención, cuya eficacia termina hoy siendo discutida a través de procedimientos de orden administrativo o, en el mejor de los casos, bajo el amparo de los mecanismos de tutela y de las acciones populares. Habermas lo ilustra así:

Desde el punto de vista jurídico una razón de esta discriminación reflexivamente generada estriba en las clasificaciones generalizadoras de las situaciones de desventaja y de los grupos de personas perjudicadas" (...) "Un papel importante lo desempeña, empero, la circunstancia de que la producción legislativa y la administración de justicia se ven llevadas a falsas clasificaciones, no solo porque resulten insensibles y ciegas para los distintos contextos, sino porque la percepción que tienen de los contextos viene dirigida por una comprensión paradigmática del derecho ya superada. (2008, p. 507).

Si bien el tema busca una salida procedimental diferente y que reconcilie los contextos bipolares, tanto el legislador como el juez, antes de ese tercer elemento conciliador, que se planteará adelante, obran aquí como un factor claro de avance en el reconocimiento de los derechos y en el de su discusión. Dworkin considera que los contenidos morales del derecho se traducen al código que el derecho usa, y por lo tanto, parte de la discusión sobre los derechos (su elemento moral y político) ya se encuentra inserto en la ley, en la medida en que el legislador los ha introducido en el debate, los ha categorizado y los ha traducido en normas, los ha positivizado traduciéndolos a normas a través de las estructuras que el Derecho ofrece.

En el caso del juez, el problema se traslada a que en el reconocimiento, en el debate de los derechos, se mantenga la seguridad jurídica y se satisfaga la pretensión de legitimidad del derecho. En el caso propuesto sobre el Páramo de Santurbán, el juez, como hipótesis, debe resolver sobre los asuntos determinados en el primer aparte del trabajo, es decir, sobre el tema de la protección económica de la empresa y la propiedad como derechos y la protección del medio ambiente, para lo cual deberá tener en cuenta que su

decisión, es una decisión que sigue las reglas ideales del juez Hércules propuesto por Dworkin como modelo, un juez que indaga para descubrir fines, objetivos y principios válidos integrados al sistema con una visión universal sobre los elementos con que cuenta el derecho vigente. Hércules obra aquí como un reconstructor, corrige y determina cuál es el derecho aplicable por lo que democratiza a través de las reglas de la decisión lo que la sociedad tiene y acata como derecho. Es decir, siguiendo a Dworkin, el juez que revise los derechos que se encuentran en conflicto debe observar que los derechos de propiedad y los derechos relativos a la protección de la empresa y sus libertades no son absolutos, solo cumplen su objetivo último si éste es conciliado con los derechos y garantías sociales, lo cual quiere decir que aquí, bajo los parámetros de comparación, la corrección moral conlleva la protección del medio ambiente y por lo tanto ampara y protege no sólo los recursos naturales (esto es flora y fauna del páramo con sus humedales y contenidos de formación acuífera, que representa en el caso colombiano el 60% de los páramos andinos), sino también, incluye la protección de la salud, y de la vida, al evitar las consecuencias negativas de la contaminación de las aguas.

De lo anterior se puede encontrar cómo del contexto mismo de las normas en contradicción aparente, lo que aparece en el trasfondo de su contenido son los valores o corrección moral implícita en ellas, que el juez debe descubrir para dar solución inicial al debate. ¿Cuál la importancia de la decisión judicial y de la interpretación? La reconstrucción del derecho en términos de la decisión, el discurso político superior que la acompaña frente a posibles discursos que busquen otras alternativas, en las que los derechos de unos pongan en riesgo los del resto. Esto quiere decir que el juez debe buscar la corrección moral en su decisión, lo que supone tomar la decisión política y moral correcta al momento que se produce el fallo.

En las consideraciones de Dworkin se requiere que el sistema jurídico sea avanzado y el reconocimiento de que las personas tienen derechos, siendo el principio medular del sistema dar a cada uno el trato con igual consideración y respeto. En el caso de análisis, la corrección resulta altamente compleja, pues los discursos economicistas en donde predomina la maximización y la transacción o compensación (como es el caso del modelo Kaldor-Hicks, en donde una situación en que la decisión del respeto a un derecho produce disminución de los beneficios de otros, que no sería óptima en términos de Pareto, puede compensarse y en respuesta ofrecer algo para igualarla, para compensarla)² podrían traer como resultado la negociación. Por ejemplo, en la hipótesis de resolución del problema de la explotación aurífera en los páramos, una situación en la que el juez

2 Puede consultarse sobre el particular los textos de: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998) *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, p. 24 a 26; POSNER, Richard. (2000) *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, p. 11 a 25 y, ROEMER, Andrés. (2001) *Introducción al análisis económico del Derecho*. ITAM, FCE, SMGE, México. p. 23 a 40.

considerara que se podría permitir la explotación minera en la zona siempre que hubiera una compensación en términos transaccionales que pagara la externalidad negativa considerada como un retorno del costo social frente al daño ecológico en la zona, es decir, si los pobladores de la zona no encuentran más posibilidades de trabajo y son zonas que no cuentan con escuelas, vías, acueductos, vivienda, por ejemplo. El juez podría hacer una consideración de orden economicista y compensar un daño al medio ambiente con reparaciones o compensaciones de esa naturaleza, o con el pago de regalías y/o similares, pero es evidente que se dejan por fuera otros factores que resultan trascendentales como valoraciones, siendo la más importante el sistema de vida que es el páramo mismo como ecosistema. De hecho en Latinoamérica se han dado estas discusiones en el tema minero y en muchos casos se ha dado prevalencia a la explotación minera por encima de la preservación de una comunidad, de las reservas naturales o del efecto negativo en el ambiente general. Lo que quiero mostrar con el ejemplo anterior de negociación del modelo economicista, es que el juez Hércules debe buscar la corrección moral en sus argumentos, es más, que esos argumentos de la decisión son solo el punto de partida de la corrección, que como tales corresponden a un proceso.

4. LA RUPTURA FINAL DEL PARADIGMA. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL TEMA

El complejo fallo que debe pronunciar el juez en el caso propuesto supone la interpretación adecuada para la búsqueda de la respuesta correcta, por lo tanto el juez debe problematizar, estimar todas las variables del caso, ampliarlas y confrontarlas para llegar a la decisión adecuada. Mis consideraciones sobre el caso cubren dos espectros diferentes: a) el primero se sustenta en el hecho de que el análisis va incluso más allá de la esfera de lealtades locales, regionales o nacionales, es decir que cuando se busca la protección del medio ambiente, esta protección no debe ser entendida como una protección que se restrinja al beneficio de una comunidad, sino que, como diría Rorty en su planteamiento, existen lealtades mayores y por lo tanto niveles mayores de corrección moral y de búsqueda de la justicia, una lealtad a un grupo mayor, en este caso la lealtad es a la especie humana, en la medida en que la preservación de los páramos permite mejorar la calidad de vida no solo de quienes se encuentran cerca de la zona de influencia directa de los páramos, sino de la humanidad entera.

Si bien la consideración formal del juez, en atención al problema local que se presenta puede ser la de evitar la contaminación de las aguas para proteger la salud de los ciudadanos de una región, más profundas pueden ser sus convicciones en torno a lo que implica la protección de los recursos naturales no renovables del planeta; es más, la consideración puede estar referida a la protección del ambiente como sujeto mismo de aplicación del derecho. Rorty lo expresa en forma muy bella al tratar el tema de la siguiente manera:

La idea de que exista una obligación moral universal de respetar la dignidad humana es reemplazada por la idea de lealtad a un grupo muy amplio: la especie humana. La idea de que esta obligación se extiende más allá de la especie hasta comprender a un grupo aún más grande se convierte en la idea de lealtad a todos aquellos que, como uno mismo, son susceptibles de experimentar dolor -incluso las vacas y los canguros-, o tal vez incluso los seres vivos, incluidos los árboles. (2000, p., 230).

En ese sentido, la protección del medio ambiente y por lo tanto la protección del Páramo de Santurbán, debe ser el punto de partida de la determinación del juez, por encima de los derechos de empresa y de propiedad, es decir por encima de la explotación minera en la zona, pues no sólo es una responsabilidad local, sino global. Hasta aquí la labor del juez Hércules.

Sin embargo, no parece suficiente el hecho de su decisión, de su fallo, para lograr los cometidos que la sociedad requiere, pues quedan algunos interrogantes por resolver tales como: ¿Qué sucede con los pobladores de la región? ¿Cómo solucionar sus problemas de explotación, de trabajo, de educación? ¿Es la decisión del juez, una decisión solitaria, que busca la corrección moral pero que queda en la ínsula del olvido?

En este estado parece fundamental el aporte de Habermas en la búsqueda de ese tercer paradigma reconciliador o reconstructivo del derecho. Habermas considera que la formulación procedimental de los derechos no se soluciona con la ley o con la decisión judicial; si se usa el término de Dworkin, la labor de interpretación reconstructiva del juez Hércules es trascendental, pero se requiere algo más para que las decisiones legislativas, administrativas y judiciales sean legítimas y la respuesta se encuentra en la participación ciudadana. Sobre el particular explica Habermas que la interpretación de las necesidades de una comunidad, de un grupo, de una región no puede delegarse exclusivamente en los jueces y en el legislador porque no resultan suficientes para la legitimación en términos de la acción comunicativa,

(...) fomentando así la participación y comunicación políticas, que es el único lugar donde cabe aclarar los aspectos relevantes para un trato igual (...) Conforme a esta comprensión procedimental, la realización de los derechos fundamentales es un proceso que solo puede asegurar la autonomía privada de ciudadanos dotados de los mismos derechos, si va de la mano de una activación de la autonomía ciudadana, de la autonomía pública de éstos. (Habermas, 2008, p. 511).

Esto deriva en que las herramientas previstas por la Constitución y la ley para la participación ciudadana deben utilizarse para que las comunidades también participen en la discusión de su problemática, como es el caso de los cabildos

abiertos que autoriza la ley o de las audiencias públicas, que permiten el debate y el intercambio de ideas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso del Páramo de Santurbán esto supondría que no basta la legislación (entiéndase en el más amplio sentido el término legislación, es decir, de una parte el reconocimiento en el texto constitucional del derecho a la protección ambiental, o el trabajo del cuerpo legislativo, sus discusiones y las leyes que en consecuencia se expidan) pues podrían presentarse dos problemas que ya fueron analizados: el problema de las preconcepciones del legislador y el hecho de que el reconocimiento de la norma o del enunciado jurídico en estos casos se da en forma reactiva ante la perturbación o violación por parte de empresas con un enorme poder e intereses económicos que siguen vulnerando los derechos solapadamente manteniendo sus intereses particulares. Tampoco basta el la titánica labor judicial, porque como se esbozó, puede quedar como una ínsula, y también puede llegar tardíamente, o no recaudar, por las preconcepciones lo que requiere la sociedad e incluso ser contraria a sus necesidades por externalidades negativas no previstas.

Es por ello que los mecanismos de participación en una comprensión procedimental del derecho permiten resolver temas, que para Santurbán, conlleven soluciones más amplias en la esfera de las lealtades y que a su vez consulten lo local, por ejemplo, podían permitir la discusión acerca del remplazo de las labores de extracción aurífera, cultivos mixtos, educación en la región y otros temas asociados que hacen del debate algo más complejo, pero a su vez lo transforma en decisiones democráticas, en tanto el debate es participativo y con ello tiene la poderosa carga de su legitimación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cooter, Robert y Ulen, Thomas. (1998) *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Dworkin, Ronald. (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

Duque, María V. (2011) *Minería en el Páramo de Santurbán. ¡No viable!* Disponible En: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1717-mineria-en-el-paramo-de-santurban-ino-viable.html>

Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. (2008), Madrid: Editorial Trotta.

Posner, Richard. (2000) *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Roemer, Andrés. (2001) *Introducción al análisis económico del Derecho*. México: ITAM, FCE, SMGE.

Rorty, Richard. (2000). *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel.