

Sociedad y derecho



Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Valmore Bermúdez-Pirela
Yurley Karime Hernández Peña

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Valmore Bermúdez-Pirela

Yurley Karime Hernández Peña

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Valmore Bermúdez-Pirela
Yurley Karime Hernández Peña

Autores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Yurley Karime Hernández Peña
Carlos Efrén Largo Leal
Carlos Fernando Hernández Morantes
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaury
Deisy Marcela Caballero Flórez
Diego Alexander Jaimes Monsalve
Edison Giovanni Medina Ramírez
Elizabeth Pérez García
Erika Nathalia Ordóñez Mahecha
Ever Santafé Prada
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Javier Antonio Alba Niño
José Iván Silva Rincón
Karol Stephanie Cabrera Poveda
Leidy Yasmin Quintero Ortega
Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
Linda Katherine Murcia Sanabria
Martha Isabel Jáuregui Hernández
Michael Javier Guerrero González
Nereyda Johana Quintero Bayona
Oscar Leonardo Medina González
Paola Sánchez Jiménez
Peter Jesús Niño Villegas
Reynaldo Guarín Roa
Samuel Leonardo López Vargas
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Viviana Andrea Botello Pradilla
Yonatan Alejandro Aguilar Bautista



Sociedad y derecho

Editores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Valmore Bermúdez-Pirela
©Yurley Karime Hernández Peña

Autores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Yurley Karime Hernández Peña
©Carlos Efrén Largo Leal
©Carlos Fernando Hernández Morantes
©Clara Paola Aguilar-Barreto
©Claudia Eufemia Parra Meaury
©Deisy Marcela Caballero Flórez
©Diego Alexander Jaimes Monsalve
©Edison Giovanni Medina Ramírez
©Elizabeth Pérez García
©Erika Nathalia Ordoñez Mahecha
©Ever Santafé Prada
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Javier Antonio Alba Niño
©José Iván Silva Rincón
©Karol Stephanie Cabrera Poveda
©Leidy Yasmin Quintero Ortega
©Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
©Linda Katherine Murcia Sanabria
©Martha Isabel Jáuregui Hernández
©Michael Javier Guerrero González
©Nereyda Johana Quintero Bayona
©Oscar Leonardo Medina González
©Paola Sánchez Jiménez
©Peter Jesús Niño Villegas
©Reynaldo Guarín Roa
©Samuel Leonardo López Vargas
©Sandra Bonnie Flórez Hernández
©Viviana Andrea Botello Pradilla
©Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Sociedad y derecho / editores Andrea Johana Aguilar-Barreto, Valmore Bermúdez-Pirela, Yurley Karime Hernández Peña; Carlos Efrén Largo Leal [y otros 29] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

206 páginas; ilustraciones, tablas.

ISBN: 978-958-5533-36-3 (Versión electrónica)

1. Responsabilidad médica2. Arbitraje y laudo 3. Arbitraje Internacional4. Emigración e inmigración -- Aspectos socio-jurídicos 5. Derechos Humanos 6. Derecho ambiental -- Análisis jurisprudencial 7. Acuerdos de Paz -- Análisis histórico -- Colombia 7. Delitos informáticos -- Análisis jurídico -- Colombia I. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor II. Bermúdez-Pirela, Valmore, editor III. Hernández Peña, Yurley Karime, editor IV. Largo Leal, Carlos Efrén V. Hernández Morantes, Carlos Fernando VI. Aguilar Barreto, Clara Paola VII. Parra Meaury, Claudia Eufemia VIII. Caballero Flórez, Deisy Marcela IX. Jaimes Monsalve, Diego Alexander X. Medina Ramírez, Edison Giovanni XI. Pérez García, Elizabeth XII. Ordoñez Mahecha, Erika Nathalia XIII. Santafé Prada, Ever XIV. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley XV. Alba Niño, Javier Antonio XVI. Silva Rincón, José Iván XVII. Cabrera Poveda, Karol Stephanie XVIII. Quintero Ortega, Leidy Yasmin XIX. Díaz Guecha, Leonardo Yotuhel XX. Murcia Sanabria, Linda Katherine XXI. Jáuregui Hernández, Martha Isabel XXII. Guerrero González, Michael Javier XXIII. Quintero Bayona, Nereyda Johana XXIV. Medina González, Oscar Leonardo XXV. Sánchez Jiménez, Paola XXVI. Niño Villegas, Peter Jesús XXVII. Guarín Roa, Reynaldo XXVIII. López Vargas, Samuel Leonardo XIX. Flórez Hernández, Sandra Bonnie XXX. Botello Pradilla, Viviana Andrea XXXI. Aguilar Bautista, Yonatan Alejandro XXXII. Tit.

340 S678 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias

ISBN: 978-958-5533-36-3

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>
Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Aguilar-Barreto. A.J., Bermúdez-Pirela. V. y Hernández Peña, Y.K. (Eds.) (2018). Sociedad y derecho. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar

DOI:

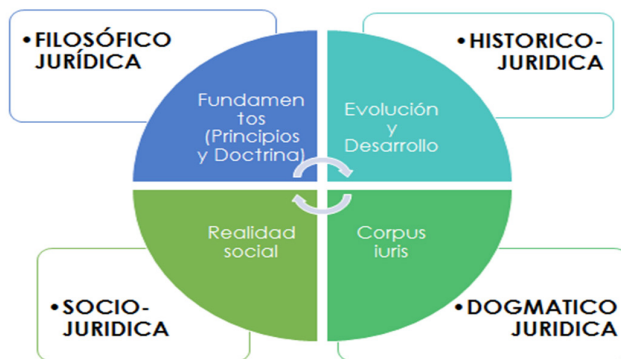
Tabla de contenido

Presentación	6
Prólogo	7
Introducción	8
Capítulo 1. Cáncer Gástrico: Situaciones jurídicas generadas a partir de su diagnóstico.....	9
Capítulo 2. Diagnóstico del cáncer gástrico: Revisión jurídica desde protocolos, legislación y jurisprudencia colombiana.....	29
Capítulo 3. Circunstancias específicas para el desconocimiento de los laudos de arbitraje internacional en Colombia.....	45
Capítulo 4. Caracterización de la realidad migratoria, perspectivas y retos.....	70
Capítulo 5. Derecho a ser auténtico: Fundamentos filosóficos y jurídicos desde una síntesis entre personalidad jurídica y libertad de desarrollo personal.....	96
Capítulo 6. Derechos fundamentales innominados: Evolución, concepto y aplicación.....	113
Capítulo 7. Análisis jurisprudencial del derecho ambiental de la técnica <i>fracking</i>	132
Capítulo 8. Símil entre los arreglos de paz entre el estado colombiano con las FARC y las Autodefensas Unidas de Colombia.....	150
Capítulo 9. Falencias en el sistema legislativo en la unificación de las infracciones informáticas en Colombia.....	169
Capítulo 10. Análisis jurídico de los alcances de las decisiones judiciales que otorgan derechos a contextos ambientales en Colombia.....	188

Presentación

El Derecho como disciplina humanística que tiene por objeto el estudio la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico para su justa aplicación. En atención a ésta, y explorando la investigación como un campo laboral no explorado, los procesos de investigación formativa que se adelanta en la Universidad Simón Bolívar tienden al análisis teórico, analítico y crítico de distintas situaciones que alteran el orden justo, y por ende la dinámica de la sociedad; así, este libro presenta resultados de estudios que permiten comprender la relación entre “Sociedad y Derecho”.

La comprensión de los fenómenos sociales se han orientado desde 4 aristas que permiten abarcar el análisis de la doctrina y su evolución, el desarrollo del corpus iuris y situaciones sociales con incidencia jurídica:



“Sociedad y Derecho” analiza los principales debates, tensiones y aspectos críticos de situaciones que alteran el orden social justo, con relevancia jurídica, dada su relación con los derechos y deberes, objeto de regulación por parte del Estado.

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Administradora, Licenciada en Lengua Castellana. Doctora en Educación. PhD (c) en innovación educativa y TIC. Especialista en orientación de la conducta. Especialista en administración educativa.

Prólogo

El libro “SOCIEDAD Y DERECHO” muestra la reflexión investigativa de un grupo de excelentes profesionales quienes desde su formación y experiencia nos ofrecen un cúmulo de conocimientos en el campo de derecho, donde se refleja claramente la importancia del campo jurídico frente a las diferentes problemáticas sociales. De esta manera, se muestra un conjunto de saberes que evidencian intereses comunes e investigativos que han sido revisados por especialistas en el área, dando origen a los diferentes capítulos que componen este libro, donde se encuentran problemáticas de gran impacto en la actualidad, como lo son el cáncer gástrico, la migración, el derecho ambiental, los arreglos de paz, las infracciones informáticas en Colombia, los derechos fundamentales y laudos de arbitraje internacional.

Por consiguiente, vale la pena resaltar la importancia de estas problemáticas sociales desde la perspectiva de derecho, entendiendo éste, según Latorre (1972)¹ como un conjunto o sistema de reglas que señalan a la población de un estado y sus maneras de comportamiento, y que además está constituido por una serie de disposiciones que limitan y protegen la libertad individual, garantizando la coexistencia entre los seres humanos. Luego la reflexión investigativa que se muestra en los diferentes capítulos da cuenta del análisis normativo frente a cada situación social, mostrando de esta forma las fortalezas y vacíos jurídicos que se presentan en los diferentes temas abordados, y donde además se generan propuestas por parte de los investigadores para el abordaje de las situaciones planteadas.

Sin duda, se presenta a los lectores una información clara desde el abordaje de diferentes problemáticas, donde se refleja un análisis crítico de los autores, que sirve como punto de referencia para abogados profesionales y en formación que comparten intereses comunes con las temáticas desarrolladas.

Yudith Liliana Contreras Santander
Investigadora de asuntos sociales

¹ Latorre, Á. (1972). *Introducción al derecho* (Vol. 2). Universidad Nac. del Litora profesionales 1.

Introducción

El presente libro comparte experiencias investigativas desde el campo del derecho, realizadas por un grupo de profesionales en el área, cuyo objeto fue analizar problemáticas sociales en contraste con el ordenamiento jurídico, con el fin de contribuir a la disciplina desde una reflexión crítica que evidencia la necesidad de fortalecer el campo jurídico y de inconsistencias en el cumplimiento del mismo.

El texto presenta diez (10) capítulos distribuidos en cinco (5) temáticas de interés relevante. La primera temática relacionada con cáncer gástrico, como problema de salud tanto en el orden mundial como regional y local, que se refleja en los dos primeros capítulos que dan cuenta de una revisión jurídica, la responsabilidad médica y las situaciones jurídicas que genera esta problemática, donde se ha encontrado desde los estrados judiciales que esta situación no solo es de incidencia social, sino también de naturaleza económica.

En segundo lugar, se aborda desde el ámbito procesal en el capítulo 3 donde se identifican las situaciones específicas en las cuales los laudos de arbitraje internacional no logran ser reconocidos por la justicia Colombiana, negándose su ejecución y validez jurídica. Posteriormente, desde una arista socio jurídica se logra una caracterización de la realidad migratoria, perspectivas y retos, como fenómeno creciente y desbordante en Cúcuta, como región de frontera colombo venezolana.

Como cuarta temática, y como análisis filosóficos jurídicos, los capítulos 5 y 6 reconocen fundamentos jurídicos de derechos fundamentales. Finalmente, como quinta temática se analizan desde el ámbito socio jurídico, situaciones que en la actualidad captan la atención de la sociedad Colombiana.

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Administradora, Licenciada en Lengua Castellana. Doctora en Educación. PhD en innovación educativa y TIC. Especialista en orientación de la conducta. Especialista en administración educativa.

1

CÁNCER GÁSTRICO: SITUACIONES JURÍDICAS GENERADAS A PARTIR DE SU DIAGNÓSTICO¹

Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Abogado, Universidad Libre. Asesor jurídico pasante en la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta.

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Universidad del Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Universidad del Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Claudia Parra Meaury

Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta, especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Secretaria Académica del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1427-0728>. E-mail: cparra@unisimonbolivar.edu.co

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3271-795X>. E-mail: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Sandra Bonnie Flórez Hernández

Profesor tiempo completo en la Universidad Simón Bolívar. Coordinadora del área de Democracia, Ciudadanía y Pensamiento Bolivariano. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1603-4374>. E-mail: S.florez@unisimonbolivar.edu.co

¹ Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación “Despistaje de carcinoma gástrico precoz mediante técnicas de inteligencia artificial” de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta.

Resumen

El presente documento analiza situaciones jurídicas producidas en el marco del diagnóstico de cáncer gástrico desde una visión internacional y nacional. Se ha realizado una revisión de diversas fuentes documentales que giran en torno a decisiones judiciales, normas jurídicas o planes relacionados con el diagnóstico de cáncer gástrico. A pesar de considerarse el cáncer como un problema de salud tanto en el orden mundial como regional y local, la información recuperada permite constatar que el cáncer gástrico o cáncer de estómago constituye uno de los principales tipos de cáncer con mayor grado de mortalidad, y que su tratamiento oportuno depende principalmente de diagnósticos acertados y a tiempo. En estrados judiciales, los diagnósticos erróneos o tardíos generan millonarias indemnizaciones, por lo que se trata de un problema que trasciende la incidencia social para configurarse en un problema también de naturaleza económica. Por lo anterior, en los últimos años se han formulado instrumentos internacionales y leyes con el objetivo de controlar el cáncer y reducir el número de casos desde la prevención, además de planes nacionales a mediano y largo plazo.

Palabras clave: *Cáncer, cáncer gástrico, diagnóstico, indemnización, perjuicio.*

Gastric cancer: legal situations generated from its diagnosis

Abstract

The present document aims to analyze legal situations produced within the framework of the diagnosis of gastric cancer from an international and national perspective. To this end, a review has been made of various documentary sources that revolve around judicial decisions, legal norms or plans related to the diagnosis of gastric cancer. Despite the fact that cancer is considered a public health problem in the world, regional and local, the information retrieved shows that gastric cancer or stomach cancer is one of the main types of cancer with a higher mortality rate, and that its timely treatment depends mainly on accurate and timely diagnosis. In judicial courts erroneous or late diagnoses generate millions of indemnities, so it is a problem that transcends social incidence to be configured in a problem of an economic nature. Due to the above, in recent years international instruments and laws have been formulated with the objective of controlling cancer and reducing the number of cases from prevention, in addition to national plans in the medium and long term.

Keywords: *Cancer, gastric cancer, diagnosis, compensation, injury.*

Introducción

La relevancia del derecho a la salud ha conllevado a que se introduzca el mismo dentro de diferentes tratados internacionales y

regionales de derechos humanos. A partir de estas disposiciones y en coherencia como expresan Aguilar-Barreto, Parada y Aguilar-Barreto, (2017) que han sido aprobadas por los gobiernos de los diversos Estados, se crea la obligatoriedad de los mismos, para crear las condiciones que permitan el acceso y el goce a la salud de las personas, apartándose de la noción que considera el derecho como estar sano:

El derecho a la salud, significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludable y seguro, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. (OMS, 2015)

A fin de garantizar el derecho a la salud se debe atender a diferentes criterios. Estos son expuestos por Vega, *et. Al.* (2009, p. 90) de la siguiente forma:

a. Disponibilidad: Referido al número de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud.

b. Accesibilidad: El acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar disponibles y su acceso debe ser facilitado en las dimensiones física, económica e informativa.

c. Aceptabilidad: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben atender a las normas éticas y legales, desde un contexto cultural compartido por parte de los actores. Así mismo, debe ser coherente con los enfoques diferenciales.

d. Calidad: Los establecimientos de salud deben contar con un mínimo de requisitos de calidad desde la esfera científica y médica, *v.g.* personal idóneo y capacitado, disponibilidad de medicamentos y equipos acordes con la demanda, etc.

Lo anterior, a su vez exige una gran inversión pública a fin de concretar el derecho a la salud, para que no quede en la teoría (Mazzocco,

2013). De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) todos los derechos humanos, incluido el de la salud, impone a los Estados Partes la “obligación de respetar, proteger y cumplir”, es decir, la responsabilidad de abstenerse de realizar acciones que afecten directa o indirectamente en el disfrute del derecho, y la obligación de adoptar medidas desde todos los ámbitos posibles: legislativo, administrativo, fiscal y presupuestario, judicial, entre otros.

La salud goza en la legislación nacional de una doble connotación en la medida que se considera un servicio público y a la vez un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la vida, la integridad física y el principio de la dignidad humana que circula por todo el ordenamiento jurídico colombiano, aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llevado a que se considere la salud como un derecho fundamental autónomo (Corte Constitucional, 2008, 31 de julio).

En ese orden de idea, las instituciones de salud del Estado y aquellas autorizadas por la Ley para prestar dichos servicios desde el ámbito de lo privado, deben obrar de tal forma que los procedimientos terapéuticos realizados conlleven a los propósitos deseados o al menos que no pongan en una situación más crítica al paciente. De allí que como expresan Pérez y Aguilar-Barreto (2017) no resulte tan visible la línea que separa el debido tratamiento del error médico, y en todo caso, comprobado este último, los daños ocasionados deben ser reparados pues dichos perjuicios lesionan un bien jurídicamente tutelado por la Constitución y la Ley.

En la actualidad, la responsabilidad médica se ha convertido en un asunto de interés para el Derecho tanto público como privado, debido al aumento de acciones judiciales que tienen como pretensión el resarcimiento de los daños ocasionados. Frente a la responsabilidad médica, menciona Rencoret (2003):

Los aspectos relacionados con la responsabilidad médica y el aumento de demandas por resultados adversos y/o por reales negligencias médicas son temas que han estado siempre presentes en el ejercicio de

la medicina, con una exacerbación en las últimas décadas, generando un incremento de costos y preocupación en el ámbito de los prestadores sanitarios. (p. 157)

Ahora bien, resulta menester destacar que dicho problema, al igual que expresa Aguilar-Barreto (2017) también se manifiesta en el uso de recursos constitucionales, como la acción de tutela contenida en el artículo 86 de la Carta Política del 91, que ha servido de mecanismo transitorio para evitar daños o perjuicios mayores. En efecto esta realidad conlleva a inferir el deterioro del sistema de salud, pues las constantes omisiones de las entidades prestadoras de salud que son llevadas por vía de tutela a estrados judiciales es un indicador del potencial de demandas que pueden surgir como producto de daños y perjuicios ocasionados a la salud. El estudio de la Defensoría del Pueblo (2011) titulado *La Tutela y el Derecho a la Salud 2010*, permite “verificar el uso de la tutela como medio más eficaz utilizado por los ciudadanos para hacer valer sus derechos y determinar denegaciones y rechazos más frecuentes en las acciones incoadas para reclamar servicios de salud”.

Se trata de un fenómeno general que no se limita a instituciones públicas o privadas, sino de una problemática que se manifiesta a lo largo del sistema de salud en Colombia. Los procedimientos inadecuados y los errores de los profesionales en la salud pueden llevar a la vulneración de derechos fundamentales, razón por la cual la responsabilidad médica se ha convertido en un tópico controversial y de amplia discusión dentro del campo jurídico y político. Y no es para menos pues hay determinadas patologías con repercusiones significativas a nivel social y económico que merecen una especial atención.

Metodología

Este documento es producto del avance en el ejercicio investigativo desarrollado bajo el enfoque cualitativo, definido por Martínez Miguélez (2009) como aquel donde el investigador trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones, para este caso las distintas

situaciones jurídicas en que se ven vinculados los médicos a partir del diagnóstico de cáncer gástrico dentro de su praxis.

La técnica a desarrollar en el presente proyecto de investigación, se circunscribe en la revisión documental debido a que ésta nace de “un proceso que abarca la ubicación, recopilación, selección, revisión, análisis, extracción y registro de información contenida en documentos” (Hurtado, 2012, pág. 851), donde se hizo preciso hacer una revisión hermenéutica de fuentes primarias o formales a la Constitución y la Ley, y como secundarias los principios generales del derecho y la doctrina constitucional, debido a que como fuentes de información en el ordenamiento jurídico colombiano que regulan las situaciones en estudio, también y como elementos centrales, se tomaron los procesos e informes jurídicos que reportan las situaciones jurídicas.

Resultados y Discusión

El cáncer gástrico y su diagnóstico desde una mirada jurídica

Una de estas patologías con gran impacto psicosocial corresponde al cáncer, pues desde el mismo momento del diagnóstico, la calidad de vida del paciente se ve modificada de manera amplia y profunda, así como las condiciones de vida de la familia y el círculo social del mismo. De acuerdo a Cáceres, *et. Al.* (2007) hay más de cien tipos de cáncer, y gracias a los avances técnicos y científicos en la medicina, un significativo número de personas logran superar la enfermedad, aunque cada uno de ellos responde de manera diferente a los procedimientos.

De esta manera, el cáncer se convierte en un asunto que se incorpora dentro de la agenda académica, política y jurídica, a través de normas, políticas públicas, acciones de políticas públicas y muy diversos estudios e investigaciones que superan el área de la medicina para ser objeto de análisis de ciencias como la medicina, la psicología, el trabajo social o el mismo derecho. En el contexto colombiano se ha formulado el Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, el cual tiene como propósito “posicionar en la agenda pública

el cáncer como un problema de salud pública y movilizar la acción del Estado, la acción intersectorial, la responsabilidad social empresarial y la corresponsabilidad individual para el control de cáncer en Colombia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 31).

Dentro del documento que incorpora el Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, se describe el cáncer como “un grupo de enfermedades con grandes repercusiones sociales, económicas y emocionales” y añade que “la carga creciente del cáncer en el perfil de salud de los colombianos amerita intervenciones oportunas, certeras y coordinadas para lograr el impacto esperado a nivel poblacional e individual sobre su incidencia, discapacidad, calidad de vida y mortalidad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 5). En otros términos, el cáncer constituye un problema de salud pública y ello exige de la intervención del Estado para regular las actuaciones de las instituciones, entidades y los grupos poblacionales afectados con este tipo de patologías en función de mitigar sus impactos y dar una respuesta a la problemática: “esta tasa tan elevada de riesgo de cáncer gástrico demanda estrategias de prevención eficaces” (Herráiz, *et. al*, 2012, p. 326).

Dentro de los tipos de cáncer se encuentra el gástrico, uno de los de mayor impacto e incidencia a nivel mundial. Describe Piñol y Paniagua (1998) que “el cáncer gástrico es una de las neoplasias más frecuentes en el mundo contemporáneo; constituye la segunda causa de muerte en el hombre y la tercera en las mujeres” (p. 171). El cáncer gástrico es uno de los tipos de cáncer de mayor incidencia, y sobre el mismo se han determinado factores de riesgo que están asociados con el mismo, aunque estos permanecen en discusión por la comunidad científica.

Por su parte, Miquel *et. Al.* (2006) afirma que el cáncer gástrico -también digestivo, esofágico y colorectal dependiendo de la afectación de capas- sólo puede ser manejado adecuadamente si se detecta en una fase temprana, “siendo el estado ideal la localización intramucosa antes de la aparición de metástasis ganglionares” (p. 595). En otros términos, el diagnóstico temprano de la enfermedad es un asunto elemental y

fundamental para su afrontamiento, desde las políticas públicas y las estrategias institucionales y frente a diagnósticos tardíos, erróneos o defectuosos, se puede abrir la puerta a lesiones de bienes jurídicos tutelables, configurándose la responsabilidad médica. Por ello manifiesta Pilco, Payet y Cáceres (2006) que en países industrializados se ha venido disminuyendo la incidencia del cáncer gástrico así como la mortalidad, gracias a los programas y las acciones para la detección y el diagnóstico precoz o temprano.

El Decreto 1938 del 5 de agosto 1994 en su artículo 4º, numeral 10, interpreta el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. En otros términos, el diagnóstico es ante todo una herramienta o instrumento ligado al derecho a la salud, pues la garantía del mismo posibilita a los pacientes una mayor oportunidad para el restablecimiento de su salud. Entre otras cosas, el diagnóstico debe dar cuenta de la presencia de la enfermedad, la evolución, las complicaciones, las consecuencias y la oportunidad de los procedimientos a seguir en términos de tratamiento.

Como ya se ha expresado, el tema del cáncer no se encuentra desligado del ámbito jurídico pues al ser una de las causas de mayor prevalencia, se infiere, que el mismo es objeto de discusión en los mismos tribunales de justicia en especial cuando los diagnósticos han sido factores causales de lesiones a bienes jurídicos tutelables. Una de las maneras de analizar el binomio Salud-Derecho, es a través de la exploración de las demandas y la información que se puede extraer de las mismas, pues éstas ofrecen datos sobre la formulación e implementación de políticas públicas requeridas y fallas presentadas en la prestación del servicio, y en el caso colombiano, no hay información sistematizada sobre “los resultados adversos que conducen a demandas por responsabilidad médica” (Tamara, Jaramillo y Muñoz, 2012, p. 489).

En el presente documento, se hace una exploración de las

situaciones jurídicas generadas por el diagnóstico de cáncer gástrico, primero desde una perspectiva internacional y segundo, desde una visión local contextualizado al caso colombiano. En esta última parte, como se expone necesaria, este tipo de estudios por Aguilar-Barreto, Jaimes y Rodríguez (2017) se centra la discusión en los protocolos, la legislación y la jurisprudencia para el diagnóstico de cáncer gástrico.

El cáncer y el cáncer gástrico: estadísticas y amplitud del problema

No hay claridad sobre el número de personas que padecen de cáncer, ni de los casos que se tramitan en estrados judiciales por razón del diagnóstico de esta enfermedad. El Ministerio de Salud y Protección Social (2012, p. 7) señala que por año, en el mundo se presentan más de 11 millones de nuevos casos de cáncer y que el 80% corresponde a países que se encuentran en vía de desarrollo, es decir, más de 8 millones de casos. Una de las causas de este aumento en países en vía de desarrollo se debe esencialmente de otros factores, por ejemplo, el alto porcentaje de necesidades básicas insatisfechas, la pobreza y el bajo cubrimiento de las instituciones prestadoras de servicios de salud. Esta última posición es compartida por otros autores que encuentran que en los países desarrollados el número de casos de cáncer gástrico tiende a disminuir (Pilco, Payet y Cáceres, 2006).

Por su parte Pilco, Payet y Cáceres (2006, p. 378), explica que en el año 2002 la tasa de incidencia del cáncer gástrico a nivel internacional fue de 22,00 por cada 100 mil hombres y de 10,4 por cada 100 mil mujeres, y la tasa de mortalidad de 16,3 y 7,9 respectivamente. Este tipo de cáncer ocupa el cuarto lugar (8,6%) dentro del listado de los diversos tipos de cáncer en el mundo, después del cáncer de pulmón (12,4%), el cáncer de mama (10,6%) y el cáncer de colorrectal (9,4%). En esa medida de los 11 millones de cáncer que se presentan por año según las cifras del Ministerio de Salud y Protección Social (2012), 946 mil corresponden a cáncer gástrico, dato que concuerda con lo estimado por Pilco, Payet y Cáceres (2006), quienes identifican 900 mil nuevos casos por año. Sin embargo, para García (2013) el cáncer gástrico ocupa el segundo lugar

de incidencia de muerte en el mundo y en Chile ocupa el primer lugar de causa por tumores malignos. Y para López, *et. Al.* (2009, p. 3), el cáncer gástrico ocupa el cuarto lugar dentro de los diversos tipos de cáncer a nivel mundial y la primera causa de muerte por cáncer, sin embargo en Estados Unidos es el menos frecuente, por lo que es factible afirmar que la incidencia varía de un país a otro.

En el contexto colombiano los datos en torno al número de casos son variados. Conforme al Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020, en el periodo 2000 y 2006 se presentaron ceca de 71 mil casos por año, de los cuales el 45,5% de los casos se presentó en hombres y el 54,5% en mujeres. Y de estos, el cáncer gástrico ocupó el segundo lugar en los hombres y el cuarto lugar en los casos registrados por las mujeres. En el 2007 se diagnosticaron 7.700 nuevos casos y el cáncer gástrico mostró una de las mayores tasas de mortalidad por cáncer a nivel mundial junto a otros países como Japón, Costa Rica, Singapur, Corea y Chile.

Para el año 2009 en Colombia, el número de casos de muertes registradas por cáncer fue de 32 mil, es decir, cerca del 45% del total de casos presentados, esto es una tasa promedio de 73 por 100 mil. Sin embargo, frente al cáncer de estómago o gástrico se presenta una disminución en el contexto colombiano si se revisa los datos disponibles entre 1985 y 2006, sobre la tasa de mortalidad por tipos de cáncer. A diferencia del cáncer de colon, recto, pulmón y próstata, el cáncer gástrico muestra una disminución (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012, p. 13).

Pese a los datos que registran el Ministerio de Salud y Protección Social (2012), López, *et. Al.* (2009) describe que en Colombia cerca de 30 mil personas mueren al año a causa de tumores malignos, y que el cáncer gástrico o de estómago es “la primera causa de muerte por tumores malignos en ambos sexos, a pesar de no ser la primera neoplasia en frecuencia”. En otras palabras, el cáncer gástrico no representa el mayor número de casos, pero si el de mayor mortalidad si se revisa el número de muertes por esta razón, y por ello “el diagnóstico y el tratamiento del

cáncer gástrico son reconocidos como prioridad de salud pública para el país” (p. 1).

La información de las diferentes fuentes converge en varios puntos que deben ser resaltados:

1. El cáncer comprende un conjunto de enfermedades crónicas con importantes implicaciones sociales y económicas.
2. Las estadísticas sobre el cáncer y los diversos tipos de cáncer pueden variar de una región a otra, aún más dentro de los mismos países, *v.g.* el cáncer gástrico tiene una mayor incidencia en la zona de la región Andina en Colombia, se ha venido disminuyendo en las últimas décadas en Estados Unidos, muestra menor prevalencia en Europa y en América Latina tiende a presentarse el mayor número de casos.
3. Pese a lo anterior, configura un problema de salud pública que exige de la acción estatal mediante políticas públicas y planes nacionales y en el caso de Colombia se han adoptado planes de largo plazo como protocolos que tienden, en primera instancia a su prevención y/o diagnóstico temprano.
4. El número de casos de muerte por diagnóstico de cáncer tiende a estar rodeando la mitad de la totalidad de situaciones registradas y dentro de estas, el de mayor impacto en términos de mortalidad es el cáncer gástrico.
5. Por las implicaciones sociales, económicas y sobre los derechos fundamentales, el cáncer se convierte en un asunto de relevancia jurídica, aunque desde esta perspectiva su abordaje resulte escaso dentro de los análisis, estudios e investigaciones.
6. Y finalmente el 30% de los cánceres son prevenibles de acuerdo al Ministerio de Salud y Protección Social (2012, p. 7). En esa medida se trata de un tema prioritario, pues se puede evitar el desgaste del

sistema de salud, así como el presupuesto del Estado, en tratamientos largos y complejos, cuya gravedad se extiende a la lesión de los bienes jurídicos tutelables más importantes.

En consecuencia, se tiene que las políticas, los planes y los protocolos que se formulan tienen como principal objetivo la detección temprana, oportuna, continua y de calidad de la enfermedad, lo cual exige un diagnóstico rápido y eficaz. Sin embargo, debe considerarse el respaldo científico: “un número importante de las acciones para la prevención y control del cáncer cuentan con estudios científicos que evalúan la eficacia y efectividad de las mismas, por lo tanto, es indispensable que las propuesta de acciones se formulen con base en el respaldo científico existente.

Ahora bien, Sierra (2017), explica que ante una falla del servicio en salud, por ejemplo en diagnósticos tardíos para el cáncer, se genera una responsabilidad económica para la entidad prestadora del servicio de salud:

La tardanza en la autorización o práctica de un examen especializado para descartar o confirmar un cáncer; la tardanza para autorizar o brindar una cita con el especialista; la tardanza para autorizar o practicar un procedimiento; la tardanza en la autorización o entrega de medicamentos o suministros; pueden significar que la enfermedad se torne irreversible y que inevitablemente el paciente quede condenado a la muerte o que sufra daños y secuelas irreversibles.

En otras palabras, cualquier procedimiento o examen tardío que conlleve a efectos negativos irreversibles sobre el paciente o que afecten de manera grave su situación, es motivo para reclamar en instancias judiciales el resarcimiento de perjuicios ocasionados, y la legislación opta por extender este derecho de acción no sólo al individuo lesionado sino también a sus familiares más próximos. De acuerdo a una columna del Diario El Tiempo (2014), en Colombia se tenía a la fecha cerca de 294 mil procesos contra el Estado por pretensiones que superaban los 191 billones de pesos, sin contar los procesos que se seguían en la jurisdicción ordinaria.

Situaciones jurídicas generadas

En la literatura no hay mayor información en torno a las situaciones jurídicas en el marco del diagnóstico del cáncer. Sin embargo, una revisión de algunos portales y sentencias pueden dar una idea sobre el fenómeno, su amplitud y características. El portal del Grupo Médico Legal BCN (2017) de España en una de sus secciones describe casos de éxito, esto es procesos judiciales que han llevado hasta condenas millonarias por falla en el servicio médico en el ámbito del diagnóstico del cáncer, algunas de éstas relacionadas con el cáncer de estómago o gástrico. Información similar es suministrada en el portal del grupo de abogados Gómez Menchaca también en España.

Un primer caso a resaltar, es sobre negligencia médica por retraso en el diagnóstico del cáncer de pulmón. En éste, se explica que el paciente se encontraba presentando problemas respiratorios y por ello se hacía controles anuales con neumólogo, hasta que en el 2011 un TAC torácico informó ausencia de patología y en el 2012 la radiografía sobre el tórax no pudo ser revisada por cancelación de cita por parte del profesional. A finales del 2012 el paciente ve complicada su salud y se le diagnosticó cáncer gástrico con metástasis en cáncer de pulmón. En el proceso se demostró que el TAC realizado al paciente un año antes había sido erróneamente valorado, lo cual fue causa directa de la lesión irreversible de la persona.

En otro caso presentado con sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo 3º (2014) de Barcelona, se condena a la parte demandada Instituto Catalán de Salud, por “115.035,21 euros para el viudo; 47 931.33 para cada uno de los hijos y 9.586,26 para cada uno de los padres de la paciente fallecida”, además de intereses legales desde la fecha de reclamación. En este litigio se demostró el daño ocasionado por el retraso de más de un año en el diagnóstico del cáncer que sufría la paciente. Similares montos se demuestran en la sentencia del 14 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia 34 de Barcelona, donde se condena a la parte demandada al pago de cerca de 95 mil euros a favor de la

demandante, por retraso en el diagnóstico de cáncer de mama. Otro caso pero este en torno a diagnóstico de cáncer gástrico, el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona del 29 de abril de 2013, se condena a la parte demandada por 20 mil euros más intereses. En este proceso judicial el Juzgado español afirma que “el retraso en la entrega de los resultados al paciente es excesivo y por lo tanto el funcionamiento anormal del servicio público produce un perjuicio [...]”, y en el caso objeto de litigio se describe que la endoscopia y biopsia es un proceso que tiende a demorar cerca de 10 a 15 días, pero en el paciente tuvo una duración superior a tres meses.

Ahora bien, el grupo de abogados Gómez Menchaca (2017), en el País Vasco (España) expone algunos casos llevados por la firma y algunas de las sentencias sobre los litigios. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el 2014, en apelación, revoca el fallo de primera instancia y condena a la parte demandada al pago de 74 mil euros. En este caso, los hechos comienzan en el 2002 y terminan en noviembre de 2010 con la muerte de la paciente que padecía cáncer. Para el Tribunal, hubo una demora en el diagnóstico del cáncer y bajo la figura de la pérdida de oportunidad, argumenta que el retraso provocó la reducción de posibilidades de curación de la víctima llevándola a la muerte.

También este tribunal condenó por la misma razón a la parte demandada por 150 mil euros en favor de los familiares de una mujer de 40 años, quien murió a consecuencia del cáncer padecido y el cual se demoró más de seis meses en el diagnóstico. Sin embargo, en otro caso se condenó a la parte demandada por la suma de 25 mil euros frente a la muerte de una mujer de 54 años a razón de un cáncer padecido y cuyo diagnóstico demoró más de un año. Y en otro caso se condena a la parte demandada por la suma de 76 mil euros por la muerte de una mujer, cuyo diagnóstico demoró más de un año y que no tuvo posibilidades de tratamiento al momento de verse agravada su salud.

En los casos de los tribunales españoles y específicamente de los de Barcelona y el País Vasco, se evidencia que las cuantías pueden oscilar entre los 15 mil y superar los 150 mil euros. Esto se debe a varios factores

que logran rescatarse de las mismas sentencias: primero, el lapso de tiempo en que demora el diagnóstico efectivo, pues a mayor tiempo transcurrido más elevada la indemnización; segundo, los perjuicios ocasionados, pues al lesionarse el derecho a la vida esto es provocarse la muerte del paciente, mayor es la cuantía pecuniaria a indemnizar; tercero, el número de parientes cercanos por línea de consanguinidad y esposo(a), donde este último recibe una mayor cantidad de indemnización por perjuicios ocasionados; cuarto, la imposibilidad de aplicar tratamientos para salvarle la vida a la persona, es decir, en caso de no lograrse someter al paciente a tratamientos y procedimientos terapéuticos y/o médicos, se genera una mayor cuantía por concepto de indemnización; y quinto, la esperanza de vida o la edad del paciente. Respecto de este último elemento, expresa la firma Asjusa Abogados (2017) de Madrid:

Hay condenas que indemnizan incluso asumiendo el tribunal que la esperanza de vida del paciente era muy escasa. Este es el caso de una sentencia del TSJ de Madrid en la que condenó al Servicio Madrileño de Salud a indemnizar con 123.288 euros a la familia de un paciente que falleció como consecuencia de un tumor en la boca que, en un primer diagnóstico se valoró como benigno. El paciente tenía otros tumores también malignos, pero en el informe del perito se concluye que el cáncer que le provocó la muerte fue el de boca, que no se le trató a tiempo. El médico especialista, calculó en su informe que “el paciente tenía una esperanza de vida del 1,8 por ciento.

De acuerdo a lo anterior y en el contexto jurídico español, la esperanza de vida de la persona comprende un factor de análisis en los procesos de reclamación por falla médica tratándose del cáncer de estómago. Sin embargo, no el más importante, pues el criterio de análisis es la pérdida de oportunidad, la cual se establece bajo la óptica del diagnóstico, pues este es el que aumenta las posibilidades de efectividad del tratamiento que se designe. En otra sentencia del 2008, el Tribunal Superior de Madrid condenó por la suma de 130 mil euros a la parte demandada por la mala praxis en la asistencia del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares. En este caso el diagnóstico debía realizarse a comienzos de 2003, pero el mismo sólo se hizo hasta octubre de 2003 (Diario El País, 2008, 11 de marzo).

En sentencia del 22 de noviembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Mendoza, aborda el caso de una mujer quien a finales de la década de los 80 presentaba un tumor en sus ovarios, por lo cual fue intervenida para la extirpación del mismo, aunque por no presentar tumoración se dejó intacto el ovario izquierdo. Con posterioridad, la paciente presentaba complicaciones en sus ovarios a finales de la década de los 90 y fue intervenida, aunque no se extrajo el ovario por no considerarse adecuado por el médico tratante. A consecuencia de ello, la paciente presentó una expansión de cáncer en el pulmón y el estómago. Sin embargo, la Corte consideró que la actividad del médico fue adecuada y oportuna, pues la doctora no logró demostrar el nexo causal y la negligencia o el error del médico.

[...] la queja de la actora se centra en el error de diagnóstico por parte del facultativo, y que motivó la realización de una práctica médica incompleta en relación a la patología que presentaba la paciente, ya que sostiene que debió extirparse el ovario izquierdo a efectos de su análisis y que tal impericia determinó la aparición de linfomas en el pulmón y en tumores malignos en la zona gástrica. Sin embargo, la recurrente no se hace cargo de los argumentos que tanto la Alzada –al igual que el juez de grado– consideraron a fin de sustentar el rechazo de la acción.

De esta sentencia se puede observar que en instancias judiciales, y frente a reclamaciones por erróneo diagnóstico en el caso de patologías como el cáncer, resulta fundamental y esencial comprobar el nexo causal entre el error en el diagnóstico y el deterioro de la salud del individuo, así como su negligencia. Sí el médico tratante demuestra que realizó acciones conforme a los métodos y adelantos científicos, es decir, su actividad resulta ajustado a lo especificado en la ciencia propiamente del galeno, no es dable calificar la misma como un acto negligente o culposos.

Conclusiones

El cáncer se constituye como una enfermedad maligna, que hace parte de un grupo de enfermedades que alteran y deterioran la calidad de vida de las personas y su grupo social, hace parte de un conjunto de enfermedades con repercusiones sociales, económicas y emocionales.

Atendiendo esto a las elevadas y crecientes estadísticas de la enfermedad, los Estados deben estar preparados para través de la medicina, atender oportunamente a la población que lo padece. El ordenamiento jurídico, debe ser garante para el paciente pero especialmente para el médico que se encarga de su diagnóstico y tratamiento.

La praxis y la responsabilidad médica frente a los diagnósticos de cáncer gástrico, se convierten en asunto de interés no sólo médico, sino que además en correspondencia a los postulados por la OMS tienen relevancia política y jurídica, que requiere de postulados jurídicos claros del ordenamiento jurídico colombiano a través de normas, políticas públicas, acciones de dichas políticas, que permitan conocer y controlar responsablemente enfermedades malignas que tienen dimensiones muy amplias, como el cáncer gástrico, que abarcan conocimientos científicos y experiencias que van desde las complejidades de la regulación molecular intracelular a las elecciones individuales del modo de vida.

Como citar el capítulo:

Aguilar-Bautista, Y.A., Aguilar-Barreto, C.P., Aguilar-Barreto, A.J., Parra Meaury, C., Ramírez Villamizar, G., y Flórez Hernández, S. (2018). Cáncer Gástrico: Situaciones jurídicas generadas a partir de su diagnóstico. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 9-82). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias Bibliográficas

Aguilar-Barreto, A.J. y Aguilar-Barreto, C. (2017). La Política Pública Educativa: Desarrollo en el contexto Colombiano. En Graterol Rivas, M., Mendoza Bernal, M., Graterol Silva, R., Contreras Velásquez, J., Espinosa Castro, J (Eds.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp. 475-492). Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>

Aguilar-Barreto, A.J., Jaimes, D. y Rodríguez, T. (2017). Educar: en el límite de la indiferencia y la desigualdad para humanizar. En Graterol Rivas, M., Mendoza Bernal, M., Graterol Silva, R., Contreras

- Velásquez, J., Espinosa Castro, J (Eds.), *La Base de la Pirámide y la innovación frugal en América Latina* (pp. 248-270). Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2103>
- Aguilar-Barreto, A.J., Parada, A. y Aguilar-Barreto, C.P. (2017). Implementación del estatuto de roma: una mirada desde el derecho comparado. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.292-333). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Asjusa Abogados (2017). El retraso de diagnóstico de Oncología se paga. Recuperado de: <http://www.asjusa.com/el-retraso-de-diagnostico-en-oncologia-se-paga/>[26/03/2017]
- Cáceres, M., Ruiz, F., Germá, J. y Busques, C. (2007). *Manual para el paciente oncológico y su familia*. Madrid: Sociedad Española de Oncología Médica.
- Colombia. Corte Constitucional (2008, Julio 31) Sentencia T-760. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia. Decreto del 5 de agosto de 1994. Decreto 1938. Diario Oficial No. 41.478 del 5 de agosto. Gobierno Nacional.
- Colombia. Sentencia del 22 de noviembre de 2012. Causa N° 105.017. Mg. Jorge H. Nanclares. Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial de Mendoza.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Defensoría del Pueblo (2011). *La tutela y el derecho a la salud 2010*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Diario El País (2008, 11 de marzo). Cuatro condenas al Sermas por negligencias médicas. Recuperado de:
- Diario El Tiempo (2014, 4 de septiembre). Fijan topes a millonarias indemnizaciones contra el Estado. *Artículo de prensa*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14484575>

[26/03/2017]

España. Juzgado Contencioso Administrativo 3º (2014). Sentencia del 26 de marzo/2014, Mg. Virginia de Francisco Ramos. Barcelona.

España. Sentencia del 14 de marzo de 2014. Mg. Anna Esther Queral. Juzgado de primera Instancia 34 de Barcelona

España. Sentencia del 29 de abril de 2013. Mg. Francisco González de Audicana Zorraquino. Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona.

García, C. (2013). Actualización del diagnóstico y tratamiento del cáncer gástrico. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 24(4), 627-636.

Grupo de Abogados Gómez Menchaca (2017). Casos de éxito. País Vasco, España. Recuperado de:

Grupo Médico Legal BCN (2017). Casos de éxito. Barcelona, España. Recuperado de: <http://www.grupomedicolegalbcn.com/seccion/retraso-en-el-diagnostico-de-cancer/page/2/> [21/03/2017]

Herráiz, M., Valentí, V., Sola, J., Pérez, P., Rotellar, F. y Cienfuegos, J. (2012). Cáncer gástrico hereditario difuso: estrategias para disminuir el riesgo tumoral. *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, 104(6), 326-329.

Hurtado de Barrera, J. (2012). *Metodología de la investigación. Guía para una comprensión holística de la ciencia*. Caracas.

López, H., Ospina, J., Rubiano, J. y Rey, M. (2009). Cáncer gástrico. *Asociación Colombiana de Cirugía*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.ascolcirugia.org/guiasCirugia/cancer%20gastrico.pdf> [21/03/2017]

Martínez Miguélez. (2009). *Ciencia y Arte en la Metodología Cualitativa*. México: Trillas, 2004.

Mazzocco, I. (2013). *La noble igualdad*. Buenos Aires: Sudamericana.

Ministerio de Salud y Protección Social (2012). *Plan Nacional para el Control del Cáncer en Colombia 2012-2020*. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social.

Miquel, J., Abad, R., Souto, J., Fabra, R., Vila, M., Bargalló, D., Vázquez, J. y Varas, M. (2006). Mucosectomía guiada por USE en el cáncer digestivo. *Revista Española de Enfermedades Digestivas*, 98(8), 591-596.

- Organización Mundial de la Salud (2015). Salud y derechos humanos. *Nota descriptiva* No. 323. Recuperado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/> [29/02/2017]
- Pérez, C., y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la corte constitucional colombiana. En Graterol, M., Mendoza, M., Graterol Silva, R., Contreras, J., Espinosa Castro, J. (Ed), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp356-378). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Pilco, P., Payet, E. y Cáceres, E. (2006). Cáncer gástrico en Lima Metropolitana. *Revista de Gastroenterología del Perú*, 26(4), 377-385.
- Piñol, F. y Paniagua, M. (1998). Cáncer gástrico. Factores de riesgo. *Revista Cubana de Oncología*, 14(3), 171-179.
- Rencoret, G. (2003). Auditoria médica: demandas y responsabilidad por negligencias médicas. Gestión de calidad: riesgos y conflictos. *Revista Chilena de Radiología*, 9 (3), 157-160.
- Sierra, J. (2017). Responsabilidad económica de las EPS por perjuicios causados. *Diario Occidente*. Publicación del 31 de marzo. Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2008/03/11/actualidad/1205227024_850215.html [26/03/2017]
- Tamara, L., Jaramillo, S. y Muñoz, L. (2012). Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. *Revista Colombiana de Anestesiología*, 39(4), 489-505.
- Vega, R., Acosta, N., Mosquera, P., y Restrepo, O. (2009). *Atención primaria integral de salud: estrategia para la transformación del sistema de salud y el logro de la equidad en salud*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. / Secretaría Distrital de Salud.

2

DIAGNÓSTICO DEL CÁNCER GÁSTRICO: REVISIÓN JURÍDICA DESDE PROTOCOLOS, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA¹

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Abogado, Universidad Libre. Asesor jurídico pasante en Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0905-0242>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Sandra Bonnie Flórez Hernández

Profesor tiempo completo en la Universidad Simón Bolívar, coordinadora del área de Democracia, Ciudadanía y Pensamiento Bolivariano. E-mail: S.florez@unisimonbolivar.edu.co

Gladys Shirley Ramírez Villamizar

Abogada y Especialista en Derecho de Familia Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Miembro del grupo de investigación Tendencias jurídicas contemporáneas y Directora del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. E-mail: sramirez@unisimonbolivar.edu.co

Carlos Fernando Hernández Morantes

Licenciado en matemáticas y computación, UFPS, Especialista en Estadística aplicada, UFPS; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Docente de la Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-89006-1982>

Claudia Parra Meaury

Abogada, Universidad Libre Seccional Cúcuta Especialista en Derecho de Familia, Universidad Libre Seccional Cúcuta; Magister en Educación, Universidad Simón Bolívar. Secretaria Académica del Programa de Derecho Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta. E-mail: cparra@unisimonbolivar.edu.co

¹ Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación “Despistaje de carcinoma gástrico precoz mediante técnicas de inteligencia artificial” de la Universidad Simón Bolívar, sede Cúcuta

Resumen

En el diagnóstico del cáncer se trasciende del ámbito de la salud y por su conexidad con el derecho a la vida, exige una praxis médica sujeta a postulados y limitantes jurídicamente establecidos. La responsabilidad médica como asunto de interés para el Derecho tanto público como privado, debido al aumento de acciones judiciales que tienen como pretensión el resarcimiento de los daños ocasionados, durante el desarrollo de procedimientos que trasgreden las previsiones que se han postulado legalmente. Bajo este contexto, en el presente documento se hace la aproximación al desarrollo normativo, con el objetivo de presentar una revisión de los elementos que jurídicamente deben ser atendidos medicamente en el marco del diagnóstico de cáncer gástrico. Se desarrolló como análisis hermenéutico donde se recurrió a fuentes de diverso orden.

Palabras clave: *Cáncer, cáncer gástrico, diagnóstico, marco jurídico.*

Diagnosis of gastric cancer: legal review from protocols, legislation and colombian jurisprudence

Abstract

The diagnosis of cancer transcends the health sphere and its connection with the right to life, requires a medical practice subject to legally established postulates and limitations. Medical liability as a matter of interest for both public and private law, due to the increase in legal actions that claim to compensate for the damages caused, during the development of procedures that transgress the provisions that have been legally postulated. In this context the present document approximates normative development to present a review of the elements that should be legally treated in the context of the diagnosis of gastric cancer. It was developed as a hermeneutical analysis where sources of diverse order were used.

Keyword: *Cancer, gastric cancer, diagnosis, legal framework.*

Introducción

Conceptos como la vida, la libertad y la salud, tienen múltiples aplicaciones atendiendo al enfoque o contexto en que se analizan. Específicamente, la salud frente a su conceptualización exige un tratamiento determinado en materia legal, en coherencia por lo expuesto por Aguilar-Barreto (2017) por ejemplo para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud corresponde a un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 1946). Y dentro de las contribuciones de este documento de la OMS, se reconoce la

salud como un derecho de categoría fundamental, del cual es titular todos los seres humanos sin distinción alguna.

El derecho a la salud al igual que el derecho a la vida, constituye un medio para el logro y goce de otros derechos fundamentales y de tipo social: “la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograrla paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados” (OMS, 1946). Debido a lo anterior, es decir, a la importancia y relevancia que reviste el derecho a la salud, los Estados están llamados al diseño y adopción de medidas, programas y acciones sanitarias y sociales que brinden respuesta a los fenómenos.

La salud resulta un concepto complejo, para Barroset. *al.* (2006) agrupa “una serie de circunstancias que rodean al individuo” (p. 13), siendo factores determinantes al momento de evaluar la salud los factores: (i) conducta y estilo de vida, (ii) biología, (iii) medio ambiente, y (iv) asistencia sanitaria. La amplitud que reviste el derecho a la salud amerita la intervención del Estado desde diversas instituciones y enfoques:

Considerando la salud desde una perspectiva más amplia, es obvio que su protección no es una cuestión individual, sino que requiere la intervención de los distintos poderes públicos y la propia sociedad al efecto de lograr mantener la salud y sus determinantes en los más altos niveles.

Entonces la salud de la población es una cuestión que atañe no solo a la medicina sino además a los poderes públicos del Estado, convirtiéndose en una esfera de interés para la política y el campo jurídico pues se exige de un ordenamiento jurídico regulador, políticas públicas que brinden respuestas a los principales problemas que se presentan en este ámbito, y medidas que articulen diversos niveles y sectores, generando una corresponsabilidad amplían (Aguilar-Barreto A, Aguilar-Barreto C y Aguilar-Bautista (2018).

Para algunos autores y organizaciones internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) el derecho a la salud, tiene como función esencial el disfrute al más alto nivel de una vida digna y reitera la necesidad de ampliar el espectro de acción estatal a fin de

alcanzar dicho logro: “la efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la OMS o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”.

Metodología

El desarrollo de la revisión de los elementos jurídicamente vinculados a la praxis médica, al momento de realizar diagnósticos de cáncer, se realiza a partir de la identificación y análisis de postulados y limitantes normados al respecto. Se realiza desde un enfoque cualitativo, con un nivel explicativo como análisis hermenéutico, donde se recurrió a fuentes de diverso orden, que permitieran estudiar la responsabilidad médica. En primer lugar, se aborda el concepto de responsabilidad médica, sus protocolos y limitaciones dentro de lo regulado legislativamente. Seguido, se describe lo postulado jurisprudencialmente frente a las exigencias y responsabilidades del médico durante el cáncer gástrico. Por último se analiza la coherencia entre lo postulado y las exigencias de OMS en esta materia.

Resultados y discusión

Protocolos, legislación y jurisprudencia para el diagnóstico de cáncer gástrico

Protocolos

El protocolo de manejo del paciente con cáncer de estómago hace parte de los protocolos de manejo del paciente con cáncer elaborados por el Ministerio de la Protección Social y el Instituto Nacional de Cancerología (2013). Codificado como PMC-09, el protocolo de manejo del paciente con cáncer de estómago es un documento creado para unificar criterios de manejo en esta condición oncológica, usando diagramas de flujo que orientan, de forma secuencial, lógica y organizada, el abordaje de manejo de esta condición clínica.

El protocolo de manejo del paciente con cáncer de estómago, tiene como

objetivo “unificar criterios de manejo y proveer la ruta crítica de abordaje del cáncer de estómago en aspectos de evaluación, riesgo, diagnóstico, tratamiento, seguimiento, rehabilitación y cuidado paliativo, a la luz de la evidencia científica actual, las condiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano (SGSSS), y de conceptos de expertos temáticos de índole nacional y de pacientes con esta condición”.

Está dirigido a profesionales de la salud en entrenamiento o graduados, tomadores de decisión clínica, hacedores de política pública y reguladores de normatividad en esta área, para favorecer a la población de impacto directo que se especifica como pacientes de cualquier género o edad, de ubicación en el territorio colombiano, pertenecientes o no al sistema de seguridad social en salud colombiano y con alta sospecha diagnóstica o con diagnóstico histológico-patológico de cáncer de estómago.

El protocolo de manejo del paciente con cáncer de estómago, expone la clasificación según el Código Internacional de Enfermedades No. 10 (CIE 10) de los 10 posibles tipos de adenocarcinoma gástrico que pueden ser diagnosticados en una persona (Tabla 1). Define adenocarcinoma gástrico como una neoplasia maligna que se origina, en la mayoría de los casos a partir de las células glandulares del tejido gástrico que puede encontrarse desde la unión cardio-esofágica hasta el píloro. Epidemiológicamente señala que este tumor ocupa el cuarto lugar entre todos los cánceres en hombres, y el quinto en mujeres, con una incidencia global de 14,1 por 100.000 habitantes y una mortalidad de 10,3 por 100.000. Específicamente para Colombia, la alta incidencia y prevalencia lo convierten en una de las principales causas de muerte por cáncer.

Tabla 1.
Codificación adenocarcinoma gástrico

Adenocarcinoma gástrico	Código CIE 10
Tumor maligno del cardias	C160
Tumor maligno del <i>fundus</i> gástrico	C161

Cont... Tabla 1.

Tumor maligno del cuerpo gástrico	C162
Tumor maligno del antro pilórico	C163
Tumor maligno del píloro	C164
Tumor maligno de la curvatura menor del estómago, sin otra especificación	C165
Tumor maligno de la curvatura mayor del estómago, sin otra especificación	C166
Lesión de sitios contiguos al estómago	C168
Tumor maligno del estómago, parte no especificada	C169
Carcinoma <i>in situ</i> del estómago	D002

Fuente: Autores.

Posterior se presentan la clasificación histológica y patológica según el Comité Estadounidense Conjunto sobre el Cáncer (AJCC) siendo Tumor primario (T); Ganglios linfáticos regionales (N) y Metástasis a distancia (M) y se agrupa la gravedad por estados, partiendo desde el estado 0 con carcinoma *in situ*, ausencia de metástasis en los ganglios linfáticos regionales y sin metástasis a distancia; hasta el estado IV con cualquier sub clasificación de T o N con metástasis a distancia.

Seguidamente, se exponen unos diagramas de flujo que abordan la prevención primaria para no padecer ningún tipo de adenocarcinoma gástrico; en caso de existir sospechas y comprobarse factores de riesgo se señalizan el flujo para llevar a cabo diagnóstico por endoscopia. De confirmarse la presencia de cáncer, los siguientes diagramas de flujo permiten catalogar la estadificación para establecer los tratamientos y conductos regulares a llevarse a cabo. Cualquiera que sea el resultado de estadificación, el protocolo de manejo del paciente con cáncer de estómago señala un diagrama de flujo que indica la evaluación de seguimiento que debe hacerse a todos los casos de personas diagnosticadas con adenocarcinoma gástrico.

Posterior a lo expuesto anteriormente, se especifican tres rutas que abordan las posibles complicaciones que puede presentar un paciente diagnosticado con cáncer gástrico; otro que aborda los conductos para la rehabilitación que se hace necesaria durante los procesos de tratamiento para el cáncer y por último, en caso tal que el cuerpo médico, de especialistas y de enfermería no pueda encontrar tratamiento viable al estado de cáncer estipulado en la persona, un flujo que brinda los principios para brindar cuidado paliativo en las diferentes dimensiones que componen al ser humano.

Legislación

Como proponen Aguilar-Barreto y otros (2018), hay un conjunto de instrumentos internacionales en torno a los Derechos Humanos que incorporan el derecho a la salud. Éste es el principal fundamento jurídico internacional asociado a la prevención y el control del cáncer, y del cual se desprende la obligación de los Estados parte de formular planes o acciones de política pública que permitan enfrentar el fenómeno. Dentro de estos se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertad Fundamental de 1950, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, entre otros. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 establece que toda persona “tiene el derecho a un nivel de vida adecuado, para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluyendo el alimento, la ropa, la vivienda y la atención médica”.

Dentro de los instrumentos internacionales, también se encuentran otros que sirven como base legislativa para enfrentar el fenómeno del cáncer, algunos vinculantes y otros no:

1. El Convenio No. 139 de 1974 de la OIT. Este aborda el tema del cáncer profesional y se denomina “*Convenio sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos*”.

Con éste se obliga a los Estados parte a identificar las sustancias o los agentes cancerígenos que se encuentran en exposición en los ambientes de trabajo para su debido control. Frente a la identificación de los mismos se exige a los Estados destinar esfuerzos y medios para sustituir estas sustancias y agentes cancerígenos de los ambientes de trabajo.

2. Convenio No. 161 de 1985 de la OIT. Se refiere al “*Convenio sobre servicios de salud en el trabajo*”. Aunque no se refiere con exactitud al fenómeno del cáncer, dispone que los servicios de salud en el trabajo, tienen como fin esencial la prevención de las patologías o enfermedades, y en esa medida, el diagnóstico en sí resulta fundamental respecto del derecho a la salud.
3. Convenio No. 170 de 1990 de la OIT. Se trata del “*Convenio sobre los productos químicos*” el cual surge como respuesta al impacto de los químicos sobre la salud de las personas y que puede llevar a la configuración de enfermedades: “La autoridad competente, [...] deberán establecer sistemas y criterios específicos, apropiados para clasificar todos los productos químicos en función del tipo y del grado de los riesgos físicos y para la salud que entrañan, [...]” (art. 6.1).
4. Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del Tabaco de 2003. Este Convenio tiene por objetivo disminuir la epidemia de tabaco en el mundo, partiendo del derecho que le asiste a todas las personas de gozar el mayor nivel de salud posible. La estrategia es reducir la demanda de tabaco, y en consecuencia, la aparición de enfermedades crónicas relacionadas con el consumo de tabaco.
5. Carta de París de 2000. Esta carta suscrita en el marco de la Cumbre Mundial Contra el Cáncer para el Nuevo Milenio, es una respuesta protocolaria que tiene por objetivo, aumentar la sensibilidad por el problema del cáncer e impulsar en las naciones del mundo un actuar más responsable y consciente respecto del tema. En su artículo 1º se

interpreta los derechos de los enfermos de cáncer como derechos humanos en sí y añade que “el movimiento actual para definir y adoptar los derechos de los enfermos de cáncer es básico a la hora de reconocer y proteger el valor y la dignidad de las personas con cáncer en todo el mundo”. El artículo 4º de la Carta dispone que aún faltan esfuerzos para luchar contra el cáncer pese a los avances técnicos y científicos, y que ello se puede observar en las cifras presentes de mortalidad y las tasas de supervivencia en el mundo. Y en esa medida se requiere unificación en protocolos de intervención y el acceso a tratamientos oportunos de calidad. Dentro de los compromisos definidos para los Estados se encuentran: “2.Un desarrollo sistemático de líneas de actuación basadas en la mejor evidencia disponible para la prevención, el diagnóstico, los tratamientos y los cuidados paliativos; 4. Una intensa especialización y una mejor integración del cuidado entre las diferentes disciplinas médicas y 5. La posibilidad de un acceso amplio de todos los pacientes a ensayos clínicos de calidad”.

6. Resolución 58.22 de 2005 de la Organización Mundial de la Salud. Celebrada en la 58ª Asamblea Mundial de la Salud, se formula esta resolución para la Prevención y el Control del Cáncer. Dentro de los compromisos exigidos a los Estados se encuentran “la elaboración de programas integrales de control del cáncer, y en el reforzamiento de los existentes, adaptados al contexto socioeconómico y encaminados a reducir la incidencia del cáncer y la mortalidad que causa [...]”. En cuanto al diagnóstico, el punto 1.4 señala que existe una responsabilidad de los Estados en fomentar y formular “políticas tendentes a reforzar y mantener los equipos técnicos de diagnóstico y tratamiento del cáncer en los hospitales que presten servicios oncológicos y otros servicios pertinentes”.

En el contexto colombiano, se encuentra la Ley 1384 de 2010 o *Ley Sandra Ceballos*, la cual busca establecer “acciones para la atención integral del cáncer en Colombia” a fin de reducir la mortalidad y morbilidad por cáncer. Una parte de estas acciones se centran en la prevención y la detección temprana, es decir, el diagnóstico de la patología. El artículo 5º

de la Ley dispone que los cánceres “una enfermedad de interés en salud pública y prioridad nacional para la República de Colombia”, y añade, que el control debe considerar las estipulaciones y los aspectos que contemple el Instituto Nacional de Cancerología, institución que sirve de asesoría permanente en el desarrollo de este tipo de acciones. Del mismo modo, dicha ley en su artículo 2º dispone un conjunto de principios que deben ser considerados por las autoridades de salud, dentro de los que se encuentra “la prevención, la detección temprana, el tratamiento oportuno y adecuado y la rehabilitación del paciente”. Así mismo se dispone en la norma:

1. Inclusión de acciones desde los planes de desarrollo de los entes territoriales.
2. Definición de los indicadores para el monitoreo de los resultados de las acciones destinadas a enfrentar el cáncer.
3. Acciones extensivas para la promoción y la prevención del cáncer y los factores de riesgo asociados.
4. El diseño y aplicación de guías de práctica clínica y protocolos de manejo estandarizados.
5. Las unidades funcionales de las entidades prestadoras de servicios de salud deben cumplir con un conjunto de exigencias, entre éstas, el recurso humano idóneo y especializado, la infraestructura apropiada, la interdependencia de servicios, radioterapia, hospitalización, rehabilitación y unidad de cuidado paliativo.

Jurisprudencia

La Corte Constitucional en sentencia del 31 de julio de 2008 decide sobre un conjunto de casos acumulados relacionados con los servicios de salud y el cáncer como enfermedad de alto impacto. Entre otras cosas, se analiza “[...] acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar

enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos [...]”. Las consideraciones y argumentos del alto Tribunal Constitucional, permiten inferir un conjunto de interpretaciones y visiones construidas a nivel socio-histórico en torno al cáncer y el diagnóstico del mismo desde una esfera jurídico-social, entre éstas se destacan:

1. La adopción de los Pactos Internacionales de 1966, en especial el relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, han conllevado a una nueva interpretación de la salud y el alcance del artículo 12 del PIDESC, pues se incorporan dentro del problema algunas enfermedades de alto impacto como el VIH/sida o el mismo cáncer, convirtiéndose en una realidad que exige de la intervención de los Estados Parte a través de herramientas como las políticas públicas.
2. Los costos de los diagnósticos y los tratamientos, no pueden ser un obstáculo para negar los servicios de salud a los pacientes, pues hay un vínculo conexo entre la salud y el derecho fundamental a la vida protegido por la Carta Política de 1991.
3. El diagnóstico hace parte integral del derecho a la salud, y en esa medida debe ser prestado con calidad y oportunamente. Desde la jurisprudencia el diagnóstico es considerado un derecho en sí, que se estructura con los exámenes o pruebas respectivas, la calificación o valoración respectiva de los exámenes o las pruebas y la prescripción por parte del médico tratante.
4. La demora en el diagnóstico es una violación directa al derecho a la salud, especialmente, porque de esta situación se puede dar origen a perjuicios más graves sobre el paciente.

Pero antes de la mencionada sentencia del 2008 de la Corte Constitucional, en instancia constitucional ya se habían tratado otros casos relacionados con el cáncer. Por ejemplo, en sentencia T-062 del 30 de enero 2003, se condenó a la entidad por la demora en la cirugía de una paciente de 67 años quien murió a causa del cáncer que padecía, y la

cual tuvo su origen en las restricciones o limitaciones que puso la entidad prestadora de los servicios de salud por no cumplir el número de semanas cotizadas y exigir el pago del 30% de la cirugía a la paciente, quien no contaba con los medios económicos: “observa la Sala que habiéndose ordenado la práctica de una cirugía [...], la entidad demandada actuó de manera ilegítima al dilatar su práctica por razones de orden económico, vinculadas con un posible faltante en el tiempo mínimo de vinculación”.

Situación similar se resuelve en decisión proferida por la Corte Constitucional en la sentencia T-691 del 19 de noviembre de 1998, pero con el objetivo de que se aplique el tratamiento al paciente sin necesidad de exigir el pago por no cumplimiento de semanas cotizadas o en la sentencia T-037 del 1º de febrero de 2007, donde se tutela el derecho a la salud de un menor de 9 años a quien se le impedía su salida de la clínica hasta que su hermano, también menor de edad y desplazado por la violencia, firmara una letra de cambio para el pago del servicio de salud.

Ahora bien, en sentencia T-500 del 29 de junio de 2007, la Corte Constitucional reitera su posición en torno al diagnóstico al considerarlo como un derecho que “hace parte integral del derecho a la salud”. En el caso valorado, la Corte Constitucional protege dicho derecho de la accionante por considerar que la entidad prestadora de salud no gestionó acciones adecuadas, efectivas y oportunas para determinar el origen de la sintomatología presentada por la accionante: “pudo constatarse que a la demandante se le caracterizó su afección como estética, sin que se hubiera agotado ningún esfuerzo médico por evaluar adecuadamente los síntomas que presentaba”. En relación con el diagnóstico, también se encuentra la sentencia T-083 del 1º de febrero de 2008, en la que la accionante al constatar la negligencia de la entidad prestadora del servicio de salud en el diagnóstico, optó por acudir al médico especializado particular, quien determinó un estado grave en la misma y una intervención de urgencia.

En esta sentencia señaló el Tribunal Constitucional haciendo alusión a las sentencias T-101 del 16 de febrero de 2006, T-346 del 4 de mayo de 2006, T-1027 del 13 de octubre de 2005 y T-867 del 29 de septiembre de

2003 que el derecho a la salud no sólo está configurado o estructurado por la atención médica en términos de tratamientos, procedimientos quirúrgicos o suministro de medicamentos, sino además por el derecho al diagnóstico, el cual desde la jurisprudencia ya señalada incorpora tres aspectos o elementos esenciales a saber contextualizados en los criterios de calidad y oportunidad: la práctica de pruebas, exámenes o estudios, la calificación oportuna y completa por parte de los médicos, y por último, la prescripción del procedimiento a seguir, el medicamento o implemento que se estime pertinente.

Conclusiones

El cáncer constituye un factor de alta morbilidad, dentro de la cual el cáncer gástrico tiene una incidencia que amerita su especial atención. Según datos de la OMS se espera que cada año aumente el número de casos, pasando de 10 millones en 2000 a 15 millones para 2020.

Desde lo expuesto por el Secretario General de La Unión Internacional Contra El Cáncer, el mejor control del cáncer se logrará en gran medida gracias a las estrategias de prevención y a los programas de detección temprana, incluyendo las campañas de información y los programas de tamizaje de la población. Y cuyo éxito está altamente determinado por el respaldo jurídico que en cada sociedad se ofrece tanto a la enfermedad como a la praxis médica frente a ella.

Colombia ha mantenido un compromiso constante frente a la problemática generada por el cáncer. Su ordenamiento jurídico, ha venido en procura de responder a las exigencias de la OMS. Sin embargo, los esfuerzos realizados no han resultado suficientes y el desarrollo tecnológico que vive la sociedad en el momento actual demanda un cambio en el sistema de salud, que permita posicionar los avances de conocimiento científico específicamente frente a control del cáncer en general.

El contexto político, se deben proponer como plantean Aguilar-Barreto y Aguilar-Barreto (2017) un sistema institucional que favorezca

la garantía de los derechos, entre ellos la salud, en el caso normativo colombiano, se ha posibilitado que entidades como el Instituto nacional de cancerología desarrollen modelos conceptuales que favorecen la prevención, diagnóstico, control y tratamiento del cáncer y cáncer gástrico. Incluso, el desarrollo jurídico en esta materia ha permitido el diseño del Plan nacional para el control del cáncer actualizado.

Como citar el capítulo

Aguilar-Barreto, C.P., Aguilar-Bautista, Y.A., Aguilar-Barreto, A.J., Ramírez Villamizar, G., Hernández Morantes, C., Flórez, S. y Parra Meaury, C. (2018). Diagnóstico del cáncer gástrico: Revisión jurídica desde protocolos, legislación y jurisprudencia colombiana. En: A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 29-44). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La Educación en Colombia: Históricamente elemento jurídico político para el desarrollo social. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.530-550). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Aguilar-Barreto, A.J. y Aguilar-Barreto, C.P. (2017). Enfoque de equidad de género: aplicación desde el marco jurídico colombiano. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.400-427). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Aguilar-Barreto, A.J., Vivas, C., Suárez, D. y Caicedo, F. (2018). Bloque de constitucionalidad frente a la debida aplicación del control de convencionalidad en Colombia. En Aguilar-Barreto, A.J. & Hernández, Y. (Ed.), *La investigación jurídica: reconociendo acciones normativas relevantes* (pp.14-42). Barranquilla, Colombia: Ediciones Simón Bolívar. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2289/Lainvestigijureconoaccionorm>.

[pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

- Aguilar-Barreto, A.J., Aguilar-Barreto, C.P., y Aguilar-Bautista, Y.A. (2018). Políticas públicas para el conflicto armado, desde el enfoque de género. *Revista Espacios*, Vol. 39 (Nº 04) Año 2018. Pág. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n04/a18v39n04p11.pdf>
- Barros, M., Carrillo, C., García, M., Del Castillo, L., Gómez, D., González, J., Estévez, M., Fernández, A. y García, M. (2006). *Gestión de la Función Administrativa del Servicio Gallego de Salud*. Sevilla: Mad, S.L.
- Colombia. Sentencia del (13 de octubre de 2006). Sentencia T-1027. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del (16 de febrero de 2006). Sentencia T-101. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 19 de noviembre de 1998. Sentencia T-691. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 1º de febrero de 2007. Sentencia T-037. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 1º de febrero de 2008. Sentencia T-083. M.P. Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 29 de junio de 2007. Sentencia T-500. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del (29 de septiembre de 2003). Sentencia T-867. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 30 de enero de 2003. Sentencia T-062. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.
- Colombia. Sentencia del 4 de mayo de 2006. Sentencia T-346. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Ley de la República. Ley 1384 (del 19 de abril de 2010). Diario Oficial No. 47.685 del 19 de abril de 2010.

-
- Ministerio de Salud y de la Protección e Instituto Nacional de Cancerología (2013). *Protocolos de Manejo del Paciente con Cáncer*. Bogotá: Ministerio de Salud y de la Protección Social.
- Organización Internacional del Trabajo (1974, 24 de junio). Convenio sobre la prevención y el control de los riesgos profesionales causados por las sustancias o agentes cancerígenos. Convenio No. 139. 59ª Reunión de la OIT, Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (1985, 25 de junio). Convenio sobre Servicios de Salud en el Trabajo. Convenio No. 161. 71ª Reunión de la OIT, Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo (1990, 25 de junio). Convenio sobre los Productos Químicos. Convenio No. 170. 77ª Reunión de la OIT, Ginebra.
- Organización Mundial de la salud (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. OMS, New York, Estados Unidos.
- Organización Mundial de la Salud (2003). Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.
- Organización Mundial de la Salud (2005, 25 de mayo). Resolución 58.22 sobre Prevención y Control del Cáncer.

3

CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS PARA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS LAUDOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA¹

Peter Jesús Niño Villegas

Abogado en formación. Universidad Simón Bolívar.

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Resumen

La ejecución y reconocimiento de los laudos arbitrales internacionales en Colombia deben ajustarse al marco normativo de la ley 1563 de 2012, el cual brinda los requisitos para el reconocimiento del laudo arbitral en el país y el trámite que este debe seguir para ejecutarse, entendiéndose el desarrollo de una ruta para la materialización de los mismos, siendo necesario identificar las situaciones específicas en las cuales los laudos de arbitraje internacional no logran ser reconocidos por la justicia colombiana, negándose su ejecución y validez jurídica. Este documento describe el desarrollo que frente al tema se ha tenido en

¹ Capítulo resultado del proyecto institucional de investigación “Formación en competencias investigativas a los estudiantes de semilleros de investigación en la Universidad Simón Bolívar Ext. Cúcuta.” de la Universidad Simón Bolívar.

el contexto colombiano, e identifica las circunstancias específicas de desconocimiento de los laudos de arbitraje internacional en Colombia.

Palabras Clave: Laudo de arbitraje, arbitraje internacional, reconocimiento arbitral, requisitos de reconocimiento

Specific circumstances for the disconnection of the international arbitration awards in Colombia

Abstract

The execution and recognition of International Arbitration Awards in Colombia must comply with the regulatory framework of Law 1563 of 2012, which provides the requirements for the recognition of the arbitration award in the country and the process that it must follow to execute, understanding the development of a route for the materialization of the same, being necessary to identify the specific situations in which international arbitration awards fail to be recognized by the Colombian justice, denying their execution and legal validity. This document describes the development that has taken place in the Colombian context, and the specific circumstances of ignorance of the international arbitration awards in Colombia.

Keywords: Arbitration award, international arbitration, arbitration recognition, recognition requirement

Introducción

El arbitraje internacional se ve necesario cuando una de las partes se encuentra en diferentes países al momento de acordarse el acuerdo de arbitraje, en el caso en el que la controversia se presenta en lugar diferente al domicilio de las partes o el asunto controversia afecte intereses del comercio internacional. Entendiendo su desarrollo en un ámbito internacional se debe analizar el retorno del derecho al país y como la legislación colombiana incorpora el resultado obtenido al sistema legal para ejecutar su fallo, respetando los contenidos y acuerdos de los tratados internacionales sobre arbitramento y las estipulaciones pactadas por las partes, como proponen Aguilar-Barreto y otros (2017). Realizando un levantamiento de todo el marco legal y jurisprudencial a través de las técnicas de análisis documental, identificando las circunstancias en las cuales no resulta efectivo el reconocimiento de un laudo internacional proferido fuera de Colombia, dejando sin efectos jurídicos en la nación el resultado obtenido de la controversia, partiendo de la ley 1563 de

2012 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563, 2012).

Con la expedición de la ley 1563 de 2012 se unifican los criterios normativos sueltos que había en el ordenamiento jurídico, consolidando todas las normas que regulan la aplicación del arbitraje, consolidando el código o régimen de arbitraje nacional e internacional, quedando definido como un medio alternativo para la solución de conflictos. Ahora el estatuto de arbitraje colombiano tiene dos aspectos a analizar, el local e internacional, dos marco normativos completamente diferentes contenidos en una misma ley, para las actuaciones locales o las que involucren un aspecto internacional en su actuación procesal o en el desarrollo del proceso arbitral. Entendiendo a los laudos de arbitraje proferidos por los tribunales de arbitramento nacional como el resultado del proceso ejecutado por el árbitro, que en un principio nace del sometimiento voluntario de las partes al resultado del mismo, pero en el criterio de la voluntad individual de cada parte puede perseguirse la no ejecución de los laudos, siendo el recurso extraordinario de anulación una herramienta para tal fin, estudiando el alcance del control judicial sobre las actuaciones y resultados arbitrales, dada la jurisdicción especial de los árbitros (Ley 1563, 2012).

Metodología

El paradigma empleado es Interpretativo, ya que se realizará un análisis del marco legal del arbitraje, tratando de entender y explicar las diferentes circunstancias que se logran describir en el desarrollo de la misma en el contexto jurídico nacional e internacional, siendo pertinente analizar la normatividad internacional a la cual el Estado se encuentre vinculado. El ejercicio es analítico ya que pretende entender la realidad del fenómeno desde el análisis de contenidos en la búsqueda de un entendimiento específico.

Con el presente proyecto se realizó una investigación de tipo cualitativa, que como medio eficaz para el desarrollo de los objetivos,

que según lo planteado por Hernández Sampieri, (2014) propone que a través de este tipo de paradigma se puede comprender la realidad como dinámica y diversa, es decir, fenomenológica. Su orientación es al “descubrimiento” y utilización de la recolección de datos sin medición para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación, para “hacer una aproximación global de las situaciones sociales para explorarlas, describirlas y comprenderlas de manera inductiva, teniendo en cuenta que el punto de partida es de lo particular a lo general del conocimiento que tienen las personas implicadas, donde los individuos transmiten el significado y el conocimiento que tienen de sí mismos y de su escenario”. Busca la interconexión de los elementos que pueden estar influyendo en algo que resulte de determinada manera. La relación investigador-objeto de estudio es concomitante (Hernández Sampieri, 2014).

La investigación es de tipo descriptiva-explicativa porque nos interesa analizar y describir a profundidad cada una de las dimensiones a desarrollar, gracias a un método hermenéutico. Esta investigación se propuso desde una visión explicativa según (Hernández Sampieri, 2014) ya que va más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, fueron dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta, o por qué se relacionan dos o más variables.

Las investigaciones explicativas son más estructuradas que las demás clases de estudios y de hecho, implican los propósitos de ellas (exploración, descripción y correlación). Algunas veces una investigación puede caracterizarse como exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa, pero no situarse únicamente como tal. Esto es, aunque un estudio sea esencialmente exploratorio contendrá elementos descriptivos, o bien un estudio correlacional incluirá elementos descriptivos y lo mismo ocurre con cada una de las clases de estudios. Igualmente, una investigación puede iniciarse como exploratoria o descriptiva y después

llegar a ser correlacional y aún explicativa.

Según (Hernández Sampieri, 2014) en los estudios cualitativos el tamaño de muestra no es importante desde una perspectiva no probabilística, pues el interés del investigador no es generalizar los resultados de su estudio a una población más amplia. Asimismo, se consideran los factores que intervienen para “determinar” o sugerir el número de casos que compondrán la muestra. También se insistió en que conforme avanza el estudio se puede agregar otros tipos de unidades o reemplazar la unidad iniciales, puesto que el proceso cualitativo es más abierto y está sujeto al desarrollo del estudio.

El análisis documental, como método de investigación en las Ciencias Sociales, es una técnica que consiste en analizar los documentos que se utilizan como instrumentos de gestión; se basa en una red para definir los temas que se analizarán por el investigador que se propone analizar con claridad y sencillez en la investigación. Es un trabajo mediante el cual por un proceso intelectual se extraen unas nociones del documento para representarlo y facilitar el acceso a los originales. Analizar, por tanto, es derivar de un documento el conjunto de palabras y símbolos que le sirvan de representación.

Resultados y discusión

Arbitraje colombiano

Se encuentra ubicado dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, instrumentos apoyados por el estado como un método de administración de justicia en mano de particulares, que como explican Díaz y otros (2017) entraron a descongestionar el aparato judicial colapsado por la excesiva presentación de controversias jurídicas, entendiéndose que aunque estos particulares no forman parte de la administración de justicia estatal, el estado de forma temporal le da investidura de función pública para fallar del proceso que conoce su jurisdicción (Barrera & Pérez 2015, pág. 25).

En el país desde la publicidad de los instrumentos alternativos de solución de conflictos en el mundo se adoptó y realizó una gran serie de trabajos legales y jurisprudenciales sobre la materia, situación que resultó contraproducente al encontrarse una gran cantidad de legislación dispersa y en ocasiones contraria entre sí, siendo la constitución de 1991 uno de los primeros pasos en la consolidación del instrumento del arbitramento, ya que al convertirse en un principio constitucional toma un peso jurídico llenando vacíos que se venían presentando en su desarrollo, generando una administración de justicia más dinámica y coordinada, en la cual así se le delegue a particulares siempre serán los jueces los que conozcan los laudos para decretar las medidas necesarias para su ejecución o si se dieron los requisitos para la anulación de los mismos, con esto manteniendo la posición del estado de su función garante del servicio de justicia.

El artículo 116 de la constitución política establece la administración de justicia por parte de particulares que de forma transitoria ejercen la función pública, esto con el fin de fortalecer los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, esta disposición del legislador de involucrar a particulares en los fines del estado obedece a la intención de generar mecanismos para la descongestión judicial, y de esta forma tratar de recuperar la eficiencia del órgano judicial en la prestación del servicio judicial. Claro está, todas estas actuaciones procesales por parte de los particulares están vigiladas y reguladas por el estado, tanto en el actuar procesal como en la idoneidad y criterio de elección de los árbitros, entendiendo que debe verificarse el cumplimiento pleno del marco legal colombiano con respecto a las decisiones tomadas por los tribunales de arbitraje, buscando garantizar la naturaleza del instrumento diseñado dentro de su forma y contenido (Loaiza 2012, pág. 32).

Entendiendo el criterio legal que asume la institución del arbitramento al otorgarle un carácter judicial, se debe analizar el alcance del mismo, partiendo del punto que el laudo arbitral tiene el mismo peso legal que una sentencia proferida por un juez. De esta realidad se debe pensar en el control de legalidad, que el legislador mantiene en la institución del arbitramento tanto en sus actuaciones como en el las

consecuencias jurídicas de sus actor, desarrollando una relación estrecha entre juez árbitro, al ser éste quien verifique ante recurso de nulidad según las causales legales establecidas, que el laudo arbitral esté ejecutado en derecho o en las condiciones del pacto arbitral, desde que están no sean contrarias a la ley, porque si el juez encuentra problemas de forma en la ejecución del laudo o el trámite para su promulgación este será susceptible del recurso de anulación (Pérez 2017, pág. 273).

En Colombia, ha sido aceptado como una solución de conflictos, como explican Aguilar-Barreto, Aguilar-Barreto, y Aguilar-Bautista (2018), desplazando a los jueces de su natural potestad de dirimir conflictos de las diferentes materias judiciales, convirtiéndose en una herramienta de la descongestión judicial por la independencia de la administración de justicia que la figura ostenta, al regirse por disposiciones privadas que persiguen realizar la mayor cantidad de actuaciones a través del interés propio natural de toda empresa que ambiciona un lucro en el ejercicio normal de la actividad comercial. Pero al arbitramento tener la misma validez que una sentencia el Estado debe exigir el cumplimiento de unos supuestos procesales y el lleno de unos requisitos en la circunstancia de elegir los árbitros que se dispondrán al momento de desarrollar los casos, entendiéndose como un acceso a la justicia bajo los términos de las partes simplemente con la manifestación de voluntad a través del pacto arbitral en el cual se fijan las condiciones y circunstancias en las que se desarrollará el arbitramento, con esta posibilidad el legislador garantiza el acceso a la justicia a través de caminos alternos al estatal, toda vez que dichos conflictos puedan dirimir a través de estos mecanismos, entendiendo que no es aplicable a todas las áreas del derecho, ya sea por limitación o exclusión del legislador, por la naturaleza de la herramienta establecida por el mismo (Barrera & Pérez 2015, pág. 09).

Colombia ha elegido un sistema dualista al separar en legislación separa las condiciones del arbitramento nacional del internacional, donde cada uno es autónomo y completo tanto un su jurisdicción y competencia, y la ruta de ejecución de todo el proceso arbitral, esto lo encontramos en la ley 1563 de 2012 con la que se consolida el estatuto de arbitraje

nacional e internacional, se realiza esta distinción al legislador considerar que los sistemas en referencias sobre los recursos que proceden contra los laudos arbitrales nacionales e internacionales tanto en su competencia, actuaciones procesales, ejecutoriedad de laudos e impugnación de los mismos, definiendo el arbitraje como una disposición constitucional donde la voluntad de la partes es el elemento necesario para su existencia, el acuerdo de voluntades (Molina 2008, pág. 56).

Arbitraje internacional

Se acciona el arbitraje en un contexto intencional cuando se presentan las siguientes situaciones; Primero, cuando las partes que celebran el negocio jurídico se encuentran domiciliadas en diferentes países, estas firman un acuerdo de arbitraje en búsqueda de solucionar los conflictos venideros de la ejecución del contrato que realizan, esto en el entendimiento que al encontrarse gobernados por marcos normativos diferentes es bueno establecer el lugar del arbitraje y las condiciones del mismo (Rodríguez & González 2004, pág. 33). Segundo, cuando parte de la ejecución o sustento del negocio jurídico se realiza fuera del país donde se encuentran domiciliadas las partes, entendiéndose que el lugar donde se desarrolle la controversia será el espacio indicado para la resolución de la misma, tercero, cuando la controversia alcanza intereses del comercio internacional, entendiéndose con esto que el caso requiere una análisis amplio y concreto del tema, y al ser un contrato comercial internacional se le debe dar la mayor interpretación posible. Una vez definido el accionar del ámbito internacional, debe tenerse en cuenta los requisitos de forma para establecer el arbitraje, tal como la necesidad inicial de la constancia por escrito del acuerdo de arbitraje donde una parte demuestra la existencia del acuerdo sin que la otra lo niegue (ley 1563 de 2012).

Cuando el arbitraje se desarrolla en conjunto con tantas formas de gobierno, uno de los objetivos es desarrollar un solo criterio en la ejecución del arbitramento, todo con el fin de no entrar en conflictos con la normatividad donde pretende aplicarse, ya que la falta de claridad en los laudos terminará por hacer que la justicia de destino resuelva los puntos

que no sean claros o irresueltos, manteniendo la estructura procesal, ya que el arbitraje es realmente un proceso, pues los árbitros hacen las veces de jueces impartiendo justicia en unas condiciones específicas, variando en las regulaciones las materias donde puede actuar (Bejarano, 2016, p. 389).

Entendiendo los factores para la aplicación del ámbito internacional, desde el factor contractual es válido resaltar la utilidad de los tribunales de arbitramento internacional para dirimir los conflictos presentes, ya que un proceso por vía ordinaria podría acarrear una gran cantidad de gastos de tiempo y dinero en la resolución del conflicto, siendo estratégico y eficaz el arbitramento, pero claro está siendo una posibilidad contemplada la realización del mismo en tribunales fuera del país o propios es válido discutir el choque de legislaciones en la materialización del pacto arbitral, bajo el entendimiento que pueden generarse pactos de naturaleza contractual con estipulaciones superiores a la ley siendo no compatibles con la ejecución de posibles laudos en el país (Lozada 2016, pág. 06).

En el desarrollo del proceso de arbitraje ninguna autoridad judicial puede intervenir, salvo disposición especial que lo estipule, partiendo desde el acuerdo de arbitraje, las partes tienen la potestad de elegir la sede del mismo, apoyados en la confianza y experiencia de los tribunales de arbitraje existentes. En Latinoamérica la institución del arbitraje no se ha consolidado realmente como en Europa donde se encuentran los principales centros de arbitraje del mundo; pero un cambio de visión en las últimas décadas ha llevado a trabajar en pro de este propósito tratando de constituir países atractivos para este propósito. Ahora que el proceso de arbitraje sea internacional no quiere decir que tenga que ser fuera de Colombia, arbitraje internacional se puede realizar en el país en los casos donde alguna de las partes tiene alguna relación de domicilio con el territorio nacional, siendo los laudos proferidos como nacionales, y recibiendo el mismo trato.

Laudos de arbitraje

Es la forma como los árbitros solucionan el problema que se les

presenta; es la solución justa a la problemática jurídica. En una óptica paralela con un proceso sería equivalente a la sentencia del mismo, es decir, la determinación tomada con referencia a la controversia problema, de cumplimiento estricto y que ha sido acordada antes del inicio del proceso por las partes. Los laudos arbitrales pueden proferirse en derecho en equidad o técnicos dependiendo de las condiciones y el marco legal que las partes hayan establecido para su desarrollo, teniendo en cuenta todos los protocolos, requisitos y procedimientos que el laudo debe seguir para ejecutarse de forma material primero se puede analizar la presencia directa del Estado en la vigilancia y control del proceso en la medida que éste será ley para las partes, y al tener las mismas características que una sentencia en su carácter de ejecución también las tiene en su carácter de revisión por ellos son susceptibles del recurso de apelación con anterior revisión del juez de toda la actuación realizada y en el cumplimiento de los requisitos establecidos (Rodríguez & González 2004, pág. 53).

Los laudos de arbitraje presentan las siguientes características según su naturaleza:

Laudo arbitral en derecho: Se entiende en aquellos donde el árbitro se apega al estricto cumplimiento de las normas relevantes al caso que se esté tratando.

Laudo arbitral en equidad: En este caso los árbitros se apartan un poco de la normatividad y realizan un juicio de valoración donde el sentido común es la carta de navegación para la solución del conflicto.

Laudo arbitral técnico: Este se presenta en situaciones donde se requiere de un conocimiento técnico o especializado el cual va a determinar la orientación del proceso.

El tipo de laudo arbitral se establece con anterioridad en el pacto arbitral en el cual las partes establecen todas las condiciones para el desarrollo del arbitramento en caso de que llegue a presentarse de igual forma el lugar para la realización del arbitraje y los criterios para

la selección de los árbitros y características globales del desarrollo del proceso de arbitramento.

Reconocimiento del laudo arbitral

La ley 1263 de 2012, artículo 111; Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así: Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento. Para la ejecución de laudos extranjeros, esto es de aquellos proferidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera de Colombia, será necesario su reconocimiento previo por la autoridad judicial competente (art. 111).

Los laudos que Colombia reconocerá son aquellos que se encuentren contenidos en la ley, los tratados, convenciones, protocolos y actos de derecho internacional suscritos y ratificados, entendiendo que para su trámite la parte interesada presente la solicitud ante autoridad judicial competente, quien admitirá y dará traslado por 10 días a las otras partes, teniendo 20 días para decidir una vez vencido el traslado. El proceso de reconocimiento se tramitará en única instancia y contra este no procede recurso, esto según los lineamientos del artículo 115 del estatuto de arbitramento internacional, procediendo a la ejecución del laudo de arbitramento.

La legislación colombiana ha previsto unos casos en los que deniega el reconocimiento del laudo arbitral, partiendo por petición de la parte

accionada al manifestar que el acuerdo de arbitraje estaba afectado por una incapacidad, que la parte accionado no pudo defender sus derechos por falta de notificaciones en el actuar procesal del arbitraje, que el arbitraje trata sobre un tema que no está contemplado en el acuerdo arbitral, que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo arbitral y que el laudo se encuentre anulado o suspendido. Seguido de la autoridad judicial en los casos que compruebe que la controversia no era apto para arbitraje, que vaya en contra del orden público internacional colombiano (Loaiza 2012, pág. 35).

Ejecución de los laudos arbitrales

Una vez el tribunal de arbitramento ha proferido el laudo arbitral, a solicitud de parte ante autoridad judicial competente se pedirá su ejecución, presentando su original o copia. En el caso de Colombia en el caso que el laudo fuera proferido en el extranjero y se encuentre en un idioma diferente al español se solicitara su traducción y se realizará su posterior reconocimiento, cuando se trate de un caso de arbitramento internacional pero la sede fue Colombia se considera como un laudo nacional no siendo necesario el proceso de reconocimiento para ejecutarse directamente, con la excepción de casos donde se haya renunciado al recurso de anulación donde sí será necesario el reconocimiento del mismo, siendo así en la ejecución del laudo configura el reconocimiento de la institución jurídica del arbitraje, en cuyo proceso la norma ha establecido principios indispensables tales como la imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, necesarios para que se dé el reconocimiento del mismo (Paz 2015, pág. 16).

Laudo arbitral en equivalencia a la sentencia judicial

Los laudos arbitrales se establece con la misma naturaleza de la sentencia judicial, ambos resuelven un problema jurídico para unas partes entendiéndose que ambos deben ejecutarse y someterse a las disposiciones de legalidad y cumplimiento, por ende comparten varias características; por un lado ambos hacen trámite a cosa juzgada entendiéndose que no se podrá acudir a la administración de justicia para tratar la misma

problemática o controversia jurídica, otra característica que comparten es el efecto vinculante de las partes toda vez que el resultado de las sentencias y laudos deben ser cumplidos por las partes del proceso, claro está en los laudos de arbitramento se parte de la intención voluntaria de someterse a dichas decisiones pero finalmente al someterse al control de legalidad y trámite de ejecución, la justicia ordinaria decreta el cumplimiento de las mismas haciéndolo obligatorio. Además ambos deben contener las decisiones tomadas sobre medidas cautelares que se hayan declarado, los gastos procesales en que se haya incurrido, resumen de hechos pretensiones y excepciones así como el análisis de las pruebas los aportes jurisprudenciales y la resolución proferida.

Medidas cautelares, ejecución en Colombia

Los tribunales de Arbitramento tienen la facultad para decretar medidas cautelares, esto con el fin de preservar las circunstancias actuales en torno a la controversia con el fin de soslayar un daño inminente o entorpecimiento del proceso arbitral, solicitando que no se determinadas actuaciones, con el fin de permitir en un futuro ejecutar los laudos que se profieran. Para solicitar el decreto de medidas cautelares al tribunal arbitral ha de demostrarse la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de dicha medida, esta podrá ser solicitada a través de orden preliminar por cualquiera de las partes sin dar aviso a la otra con el fin de evitar que la contraparte no frustre de la medida cautelar solicitada. Una vez es decretada la medida cautelar por el tribunal arbitral para su ejecución no habrá necesidad de realizar reconocimiento solo solicitando ante la autoridad judicial colombiana su ejecución, siendo deber de la parte solicitante informar a la autoridad judicial toda revocación, suspensión o modificación efectuada por el tribunal arbitral. En el artículo 88 de la ley 1263 de 2012 se establece la ejecución de medidas cautelares de la siguiente forma;

Ejecución de medidas cautelares. Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga

otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada (Ley 1263 de 2012, art. 88). En la legislación colombiana encontramos varios motivos para denegar la ejecución de las medidas cautelares, siendo la primera a solicitud de la parte afectada por la medida cautelar en las ocasiones en donde los acuerdos no son válidos en la ley a la que las partes lo han sometido, cuando no es notificada la decisión de la actuación arbitral, por controversias no previstas en el acuerdo arbitral, cuando las condiciones del acuerdo no se ajustaron al país donde se practica el arbitraje, y de oficio cuando la ley colombiana determina que contra la controversia no procede arbitraje o fuese en contra del orden público internacional colombiano, la autoridad judicial a la que se le solicite la ejecución de la medida cautelar solo podrá pronunciarse cuando existan motivos para denegar no podrá pronunciarse sobre el contenido de la medida. Las partes también tienen la posibilidad de acudir directamente a la autoridad judicial en cualquier momento del proceso de arbitraje para solicitarle decrete medidas cautelares según su propia Ley de procedimiento, diferenciándose del proceso de arbitraje internacional.

Recurso de anulación

Dependiendo del ámbito nacional o internacional el recurso de anulación tiene trámites independientes para la iniciación de los mismos, entendiéndose que en los laudos nacionales versa sobre la legalidad de las actuaciones jurídicas realizadas es decir que todas las actuaciones estén dentro del marco normativo determinado para la materia, en cambio en los laudos de arbitramento internacional se habla de incompatibilidades en el choque de normas extranjeras con las nacionales en el caso que se generen situaciones fuera o en contra del ordenamiento jurídico, pero en ambos casos determinando los términos para el accionamiento de los recursos, los procesos a accionar y las causales por las que opera la figura.

El recurso de anulación no debe entenderse como una segunda instancia ya que los jueces que lo revisen, no van a ir más allá de las actuaciones realizadas en el arbitramento solo van a revisar los errores que se hayan podido cometer por parte del tribunal de arbitraje

entendiéndose que la revisión y análisis del elemento sustancial de cada caso es propiedad del arbitramento mismo siendo este recurso un medio de legalidad por el cual las actuaciones no realizadas en derecho pierdan su capacidad de ejecución.

El pacto arbitral es la carta de navegación del proceso en este se determina la competencia, las actuaciones y modalidades bajo las cuales va a desarrollarse el proceso de arbitramento así como la competencia sobre los asuntos que vaya a conocer y en cuales pueda pronunciarse. En este punto se mantiene como criterio la voluntad de las partes, pero cuando los laudos son impugnados por el recurso de anulación pasa a conocer la justicia ordinaria por el juez donde se ha radicado el recurso el cual el artículo 46 de la ley 1563 de 2012 establece la competencia;

Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. (...) cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (art. 46).

La ley 1563 de 2012 establece las causales del recurso de anulación ya sea de naturaleza pública, estatal o privada y el juez que conozca se limitará a tratar solo la causal invocada toda vez que al juez no se le tiene permitido indagar en el proceso de arbitramento, su objetivo es ayudar a corregir los errores que haya podido cometer el tribunal de arbitramento entendiéndose que los recursos de anulación no pueden ir dirigidos a discutirse si la actuación del tribunal fue aceptada o no solo va a verificar el apego en derecho del proceso. El artículo 41 de la presente ley nos proporciona las siguientes causales del recurso de anulación.

El pacto arbitral es un acuerdo de voluntades pactado en una relación contractual que determina la competencia del tribunal de arbitramento para conocer de la controversia jurídica, entendiéndose que este debe

cumplir con todas las solemnidades de un negocio jurídico partiendo de la necesidad de encontrarse plasmado por escrito y en él se hayan definido todos los requisitos y condiciones para la ejecución del mismo constituyéndose un compromiso de partes, pero si no se cumplieron todos los requisitos para la constitución del mismo se puede presentar el recurso de nulidad por inexistencia del pacto arbitral.

Entendemos como la caducidad de la acción la pérdida de la capacidad de iniciar acciones una vez ya ha pasado el tiempo estipulado por la ley para solucionar la controversia ocurrida. La jurisdicción y competencia de los procesos de arbitramento son determinadas en el mismo pacto arbitral siendo las partes las que deciden qué actuaciones o que límites van a establecer para la realización del arbitraje, siendo el tribunal de arbitramento en primera audiencia el encargado de verificar la jurisdicción y competencia del caso, pero en la eventualidad que se lleve un proceso fuera de la competencia establecida en el pacto se puede solicitar la nulidad del mismo, por encontrarse fuera del acuerdo anteriormente convenido.

En el pacto de arbitramento dentro de las condiciones establecidas para el desarrollo del arbitraje se determina la selección de los árbitros y las cualidades que estos deban poseer al igual que el tribunal de arbitramento en el que se va a dirimir el conflicto, entendiendo que cuando la selección de dichos árbitros no se llevó en las condiciones pactadas ya sea por el número las calidades o características de cada uno de ellos y de igual forma que los centros de arbitramento no cumplen los requisitos o características establecidos puede solicitarse la nulidad de los laudos proferidos ya que estos se desarrollaron en condiciones no pactadas en la relación contractual.

A pesar que el arbitraje es una institución con autonomía el legislador le pide respetar los principios procesales al realizar actuaciones públicas, es por ello que el debido proceso debe estar garantizado en las actuaciones que se realicen para no vulnerar ninguno de los derechos procesales de las partes del proceso con respecto a las nulidades por faltas

de notificación la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma; las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnandolas decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria". Por consiguiente, la ausencia de notificación de las providencias judiciales podría generar violación del derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia (Colombia. Corte constitucional, sala plena. MP: Monroy Cabra, Marco Gerardo. Sentencia T-489 de 29 de junio 2006, Expediente:T-1278619).

En los casos donde se haya solicitado el decreto de pruebas en el tiempo oportuno o no se haya practicado la prueba decretada sin justificación legal que amerite la situación se dará una insuficiencia probatoria por una de las partes violando el derecho a la defensa y al debido proceso siendo causales de nulidad de lo actuado, para lo anterior deben cumplirse los siguientes requisitos; a) que se rechace la orden o la práctica de una prueba, sin cimiento legítimo para esa negación. b) que el recurso de reposición sea invocado oportunamente por alguna de las partes en los tiempos establecidos dentro del trámite arbitral. Y c) que se relacione una prueba que pueda tener efecto concluyente en la solución de este (Restrepo 2015, pág. 75).

Todas las actuaciones que se realicen fuera de la etapa procesal o de las oportunidades procesales para actuar generan nulidad de las de las actuaciones en aras de respetar el conducto procedimental establecido por la norma. El pacto arbitral establece las características del laudo de arbitramento, una de estas es la forma como se profiere y el contenido del mismo si se ha establecido que este pueda proferirse en conciencia o en equidad la decisión se mantiene pero pone contrario si se ha estipulado en derecho o no se ha hecho mención del sentido del fallo la norma lo ubica en derecho presentándose en las situaciones donde se falla en conciencia o en equidad, nulidades por encontrarse fuera del pacto arbitral. Si bien es cierto que el arbitraje da una autonomía para establecer las características del proceso estos nunca pueden ir en contra de la ley y los principios

procesales, entendiendo con esto que los acuerdos que se realicen y estén fuera de la norma no operan siendo la misma norma el criterio para actuar. En esta causal se ataca los errores de proceso mas no de fondo, por eso no debe solicitarse la revisión de la argumentación equivocada.

Cuando por acción u omisión el contenido gramatical de los laudos generen contradicciones o poca claridad del sentido que pretenden obtener se podrá iniciar este recurso de anulación con el fin de corregir los errores o anular la capacidad de ejecución del mismo comprendiendo que los errores aritméticos o en el contenido de las palabras pueden dispersar o malinterpretar la intención de los árbitros distorsionando el sentido real de los mismos.

Cuando los laudos de arbitramento resuelven sobre temas que no son de su competencia o en aquellos en los cuales no se les ha solicitado su intervención, o en los cuales han ido más allá de lo solicitado, son laudos que se salen de la materia del arbitraje y de los pactos de arbitramento accionado totalmente la nulidad de los mismos.

Conclusiones

El arbitraje es un instrumento desarrollado por los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en el cual se prevé las partes de una relación contractual o extracontractual mediante un pacto de arbitramento acuerdan las condiciones y características en las cuales resolverán una controversia producto de una contingencia futura, partiendo desde el principio de autonomía que posee este instrumento, que caracteriza el acuerdo de voluntades y la intención de apartarse de la justicia ordinaria para mediar ellos mismos a través de un tercero imparcial que entra a dirimir el conflicto (Vallejo 2013, pág. 207).

Colombia ha reconocido a las MASC como herramientas para administrar justicia y ayudar a la descongestión judicial, al no llevar estas controversias a los juzgados, pero al reconocerlas entra a reglamentarlas, ya sin el carácter vinculante y coercitivo. Los resultados de los laudos de

arbitraje no serían más que simples hechos de razonamiento académico, por ello, el legislador desde la constitución de (1991), delega la función pública de administrar justicia en mano de particulares de forma temporal y bajo en llenó de ciertos requisitos, dándole un fundamento legal al funcionamiento del arbitraje, y con la ley 1563 de 2012 la cual establece el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional el legislador establece toda la reglamentación del funcionamiento del arbitraje estableciendo condiciones como jurisdicción y competencia del mismo, configurando las decisiones de los laudos arbitrales con sentencias judiciales, haciendo sus resultados trámite a cosa juzgada, equiparando al arbitraje con todo el peso legal de una administración de justicia formal, pero al mismo tiempo lo somete a todas las garantías procesales y constitucionales limitando la autonomía del arbitraje a los supuestos procesales que cada proceso debe respetar y garantizar, además de hacerlo susceptibles de los recursos procesales a los que haya lugar, queriendo decir con esto que el arbitraje pasa a ser una administración de justicia temporal en tercero administrada y regulada por el estado y el legislador, dejando en manos de los particulares voluntades formales que son válidas desde que se encuentren dentro del marco legal (Buritica & Vesga 2003, pág. 10).

Se constituyen como herramientas alternativas para la administración de justicia propuestas desde un marco internacional, el cual propone un marco de seguridad jurídica adaptable a cada país, pero con unas características esenciales, es así cómo se constituyen los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como opciones de vía legal alternativa a la justicia de la jurisdicción donde se encuentre la problemática, es uno de los primeros intentos en la unificación de un sistema globalizado de justicia, donde la autonomía es su principio fundamental ya que es voluntad de los individuos buscar una solución a una controversia jurídica, en el cual la sede de realización del arbitraje debe ser considerada, ya que esta puede variar la validez del resultado al momento de tratar de ejecutar la decisión en la legislación se encuentra la contraparte (Palao 2011, pág. 183).

En el ejercicio de buscar una solución a la problemática jurídica

aparecen vías de hecho y derecho para su resolución siempre siendo los mecanismos de derechos planteados por la constitución y la ley el camino para su resolución, pero cuando no hay la suficiente confianza en el mecanismo estatal ya sea por su eficiencia operacional o la ausencia de las garantías jurídicas establecidas o determinada razón propia de la diversidad socio jurídica de la nación, haciendo que he uso de la justicia ordinaria se configure como tediosa y deficiente, por ello los mecanismos alternativos de solución de conflictos se configuran como una herramienta de descongestión judicial en principio autónoma y administradora de justicia de forma transitoria logrando con esto llevar sus procesos a cosa juzgada con esto vinculando las consecuencias legales que ello conlleva, esta característica logra generar una expectativa de confianza a nivel social en la institución del arbitraje (Correa 2013).

Gozar del reconocimiento de cosa juzgada sin la necesidad de acudir a la justicia ordinaria, conlleva no tener que agotar toda la vía administrativa para tal procedimiento ahorrando considerables cantidades de tiempo y dinero, logrando resoluciones de conflictos de forma eficaz y eficiente, pero tener la seguridad del efecto vinculante de cosa juzgada lleva consigo un precio, el legislador no le va a delegar a un tercero sus funciones de administrar justicia sin diseñar un sistema de contrapesos que regulen y controlen los procesos realizados por estos mecanismos alternativos para la administración de justicia, pero las partes desde el acuerdo privado gozan de autonomía o plasticidad para diseñar o inventar la forma como cómo se va a desarrollar el proceso y de la materia que va a tratar, solo deben garantizar el orden público y las disposiciones generales en referencia al respeto del debido proceso y el control de legalidad (Gamboa 1994, pág. 131).

Dependiendo del conflicto jurídico y de las partes que se encuentren en la controversia el Arbitraje de Equidad en el derecho colombiano nos define los siguientes de mecanismos alternos de solución de conflictos; mecanismos de autotutela, mecanismos de autocomposición y mecanismos de heterocomposición (Guzmán 2003). El pacto arbitral es el acuerdo de voluntades el cual delimita todos los procesos y actuaciones

para el desarrollo del proceso de arbitramento siendo este en la mayoría de casos quien acciona las nulidades de los laudos de arbitramento al determinar competencia, pretensiones, partes, contenidos y características de los laudos.

Este al partir de una voluntad privada y de dos o más legislaciones para su ejecución no tiene en cuenta todos los deberes de ley que se deben cumplir para garantizar la legalidad del pacto de arbitramento y por ende de su validez, ya que si bien es cierto este es un acuerdo de voluntades privadas, en la realización de un negocio jurídico voluntario, donde se supone es la ley para la partes, disposiciones contrarias a derecho (Pineda 2017, pág. 32).

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos brindan a los ciudadanos la oportunidad de desarrollar los criterios con los cuales quiere se les administre justicia generando un mayor grado de confianza sobre la justicia ordinaria, donde está sometido a los tiempos y criterios de la misma. Pero todo tiene un precio, y esquivar la demora de la justicia ordinaria también trae consigo unos riesgos, el control de legalidad puede distorsionarse en el camino del proceso arbitral, y sin una autoridad judicial que constantemente vigile el control de legalidad, puede llevar a producir laudos que serán rechazados y anulados, al no cumplir cabalmente el marco de legalidad, el cual debe ampliarse cuando se desarrolla en dos o más legislaciones (Peña 2003, pág. 21).

El control de legalidad es el elemento fundamental para el rechazo y anulación de los laudos arbitrales, ya que este tiene inferencia directa sobre la materia del arbitraje como del proceso pactado, queriendo decir con esto, que si bien la voluntad privada es el elemento accionante del arbitraje el cual se protocoliza con el pacto arbitral, estos no tienen la libertad que el instrumento plantea, si bien el pacto arbitral es la ley para las partes, este queda nulo ante la ausencia o extralimitación de cualquier principio legal, esto en respuesta del legislador al brindarle al arbitraje estabilidad jurídica para administrar justicia, pero en el cumplimiento de disposiciones normativas.

Como citar el capítulo

Niño Villegas, P., Aguilar-Barreto, C.P., y Aguilar-Barreto, A.J. (2018). Circunstancias específicas para el desconocimiento de los laudos de arbitraje internacional en Colombia. En A.J. Aguilar-Barreto., V. Bermúdez-Pirela, y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 45-69). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

Aguilar-Barreto, A.J., Lizcano, K., Ascanio, J. y Machuca, P. (2017). Método de Sara Cobb en la conciliación: alcances, beneficios y limitaciones frente a la solución de conflictos. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.530-550). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>

Aguilar-Barreto, A.J., Aguilar-Barreto, C.P. y Aguilar-Bautista, Y.A. (2018). Políticas públicas para el conflicto armado, desde el enfoque de género. *Revista Espacios*, Vol. 39 (Nº 04) Año 2018. Pág. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n04/a18v39n04p11.pdf>

Barrera, L. & Pérez, C. (2015). Competencias Y Limitaciones De Los Tribunales De Arbitramento En La Resolución De Controversias De La Contratación Estatal, tesis de grado Universidad Militar Nueva Granada, facultad d e Derecho, Recuperado de; <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13750/2/TESIS%20ARBITRAMEN TO%2017-01-2015%20%283%29.pdf>

Bejarano, R. (2016). *Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Sexta edición. Bogotá.

Buritica, O.X y Vesga, I. (2004), *Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral del caso Termorio para el arbitraje internacional en Colombia*. Colombia: Editorial Temis S.A.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de

- Colombia (1991), Recuperado de; <https://www.constitucioncolombia.com/indice.php>
- Colombia. Congreso de la República, Ley 1563 de 2012 Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones., Diario Oficial 48489 del 12 de julio de 2012
- Colombia. Corte constitucional, sala plena. MP: MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-489 de 29 de junio 2006, Expediente:T-1278619), december 2012 Colombia, Recuperado de; <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/1741-1-5983-1-10-20121211.pdf>
- Correa Arango, G. (2013). *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición, ley 1563 de 2012*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Díaz, L. Y., Illera-Lobo, M. L.; Hernández, Y. K. y Aguilar-Barreto, A. J. (2017). Incidencia de la formación del estudiante de derecho desde las áreas de instituciones del derecho civil y familia en el ejercicio profesional de consultorio jurídico. En Gómez Vahos, J., Aguilar-Barreto, A.J., Jaimes Mora, S.S., Ramírez Martínez, C., Hernández Albarracín, J.D., Salazar Torres, J.P., Contreras Velásquez, J. C. y Espinosa Castro, J.F. (Eds.), *Prácticas pedagógicas*. Maracaibo, Venezuela. Ediciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2099>
- Gamboa Serrano, R. (1994). Los diferentes tipos de Arbitraje internacional, *Revista Jurídica Universitas*, N° 84 (Diciembre de 1994), Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Derecho.
- Guzmán, A.F. (2003). El Arbitraje de Equidad en el Derecho Colombiano, trabajo de grado Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, departamento de Derecho Procesal, Bogotá, 2003, Recuperado de; <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS20.pdf>
- Hernández Sampieri, R, Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*: Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio (6a. ed.). México D.F: McGraw-Hill. Recuperado de; https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%205ta%20Edici%C3%B3n.pdf
- Loaiza Zapata, A. (2012). La arbitrabilidad en el nuevo estatuto de arbitraje

- internacional en Colombia, *Universidad EAFIT Journal of International Law*, 3(2).
- Lozada Pimiento, N E., (2016). El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del Ciadi: qué es y para dónde va. *Revista de Derecho Privado*. Recuperado el 18 de octubre de 2018, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360046467003>
- Molina, C. (2008). Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En E. Silva Romero (Director) y F. Mantilla Espinosa (Coordinador), *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá, D.C., Colombia: Legis Editores S.A., Universidad del Rosario
- PalaoMoreno, G. (2011). El lugar del arbitraje y la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44(130), 171-205. Recuperado en 04 de noviembre de 2018, en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00486332011000100006&lng=es&tlng=es
- Paz Russi, C. (2015). Análisis al proceso arbitral. Ley 1563 de 2012. Segunda edición. Cali, Colombia: Editorial Bonaventuriana
- Peña Castrillón, G. (2003), Algunos aspectos generales del Arbitraje, Sinopsis entregada a los alumnos de la especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Universidad de los Andes, Bogotá
- Pineda, N. (2017). El arbitraje comercial en Colombia - pacto arbitral en el estatuto de arbitraje nacional e internacional frente a la jurisdicción ordinaria a partir del código general del proceso, Tesis de grado Universidad Militar Nueva Granada, facultad de Derecho, Recuperado de; <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/16386/PinedaLemusNelsonEnrique2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Restrepo Soto, D. (2015). El Juez dentro del Procedimiento Arbitral Internacional, Universidad EAFIT. *Journal of International Law*, 6 (1). Recuperado de; <file:///C:/Users/lenovo/Downloads/3353-1-13086-1-10-20151215.pdf>
- Rodríguez, S. & González, J. (2004). Análisis Económico del Arbitraje Comercial Internacional, su aplicación en el derecho mercantil colombiano, Pontificia Universidad Javeriana, facultad

de ciencias Jurídicas. Recuperado de; <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS64.pdf>

Vallejo, P. (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización.126 *Vniversitas*, 199-237 (2013) SICI: 0041- 9060(201301)62:126<199:AOJLFJ>2.0.TX;2-Q

4

CARACTERIZACIÓN DE LA REALIDAD MIGRATORIA, PERSPECTIVAS Y RETOS

Viviana Andrea Botello Pradilla

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar (Cúcuta, Colombia). contratista, IDS. E-mail: vivi_1227@hotmail.com

Ever Santafé Prada

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar (Cúcuta, Colombia). subintendente, Policía nacional de Colombia. E-mail: ever.santafe@correo.policia.gov.co

Paola Sánchez Jiménez

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar (Cúcuta, Colombia). E-mail: paolasanchezjimenez14@gmail.com

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>.

Yurley Karime Hernández Peña

Doctorando en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Magister docencia de la Química de la Universidad Pedagógica Nacional, Licencia en Biología y Química de la Universidad Francisco de Paula Santander, Docente Investigadora adscrita al grupo de investigación Educación y Ciencias Sociales de Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0798-5178>. E-mail: hyurley05@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

El objetivo de este artículo es caracterizar la realidad migratoria, y con ello, identificar las perspectivas y los retos frente al fenómeno migratorio desde una perspectiva jurídico-política. Corresponde a un estudio inscrito en el paradigma interpretativo y el enfoque cualitativo, y está basado en el tipo de investigación descriptiva. Se utilizan fuentes secundarias de las cuales se extrae información que es sistematizada y analizada conforme al objetivo del estudio. Se plantean tres apartados de discusión específicos: 1.

Un segmento dedicado a la noción del concepto migración y algunos datos sobre este fenómeno a nivel internacional con fines ilustrativos, 2. Una sección dedicada al análisis de la realidad migratoria a partir del abordaje de cuatro casos específicos de migración con especial énfasis en la situación de los venezolanos en Colombia, y 3. Otra sección destinada a relacionar los problemas que surgen en el marco de la realidad migratoria y los retos actuales.

Palabras clave: migración, inmigración, derechos humanos, políticas públicas, derechos de los migrantes.

A migratory reality characterization, perspectives and challenges

Abstract

The objective of this article is to characterize the migratory reality, and with that, to identify the perspectives and the challenges facing the migratory phenomenon from a juridical-political perspective. It corresponds to a study inscribed in the interpretive paradigm and the qualitative approach, and is based on the type of descriptive research. Secondary sources are used, from which information is extracted that is systematized and analyzed according to the objective of the study. Three specific discussion sections are proposed: 1. A segment dedicated to the notion of the concept of migration and some data on this phenomenon at the international level for illustrative purposes, 2. A section dedicated to the analysis of the migratory reality based on the approach of four cases specific migration with special emphasis on the situation of Venezuelans in Colombia, and 3. Another section aimed at relating the problems that arise in the framework of the migratory reality and the current challenges.

Keywords: migration, immigration, human rights, public policies, migrants' rights.

Introducción

El estudio de las migraciones desde un carácter científico ya tiene una tradición cercana a los 130 años, desde la publicación del texto de Ravenstein (1885) titulado *The laws of migration* de Ravenstein o *Las leyes de las migraciones*. Sin duda, se trata del primer intento por explicar los eventos migratorios desde el método científico. En efecto, la ciencia tiene por objetivo reconocer los elementos o aspectos que integran las realidades susceptibles de estudio, con el fin de proponer teorías o modelos que integren de una manera válida aquellos aspectos, facilitando su explicación causal, predicción o intervención (Dodds, 2009). Entonces,

resulta razonable que sea a finales del siglo XIX donde se origine el interés por estudiar las migraciones, pues el orden mundial de este período se caracterizó por las movilizaciones de grandes grupos humanos como producto del fortalecimiento y expansión de la industria. Y como, a la ciencia le corresponde explicar aquellos fenómenos significativos propios de la época, se entiende que sea a finales del siglo XIX que se presente un interés por parte de la ciencia en el estudio y análisis de las migraciones. Aun así, no se puede desconocer que desde finales del siglo XX se muestra un constante flujo migratorio alrededor del mundo (Kymlicka, 1996).

La migración representa un fenómeno inherente a la naturaleza humana, y por ello, la historia se encuentra caracterizada por el constante desplazamiento de los individuos (Blanco, 2006; Álvarez, 2012; Guillén, 2016). Sin duda, la migración debe interpretarse como un hecho conexo a la misma evolución del ser humano y a los cambios socio-culturales, políticos y económicos. Sin embargo, en las últimas décadas se ha despertado un interés amplio y significativo por el estudio de las migraciones, sus características, las relaciones de causa y efecto que se encuentran inmersas en estos procesos, y los grupos humanos que protagonizan los eventos migratorios (Arango, 2003; Nair, Cordón y Embarek, 2006; Blanco, 2006; Domenech, 2007). Varias razones parecen justificar el auge de los estudios en torno a la migración: 1. El aumento considerable de las migraciones en la época contemporánea, 2. Los conflictos multidimensionales que giran en torno a las migraciones, 3. La introducción del tema como ámbito de interés para el espectro de los Derechos Humanos, 4. El impacto de las migraciones para los Estados y las políticas públicas, y 5. Las graves consecuencias que traen consigo las migraciones para los migrantes y sus familias.

Sin duda, la migración constituye un tema prioritario para diferentes ciencias y disciplinas como la sociología, la antropología, las ciencias sociales, la psicología, la salud, el trabajo social, y claro está, el derecho. Como expone Aguilar-Barreto, Jaimes y Rodríguez (2017) cada campo del conocimiento busca analizar aspectos puntuales del fenómeno migratorio con el objetivo de ofrecer respuestas a problemas concretos. Desde el

ámbito del derecho, por ejemplo, el interés se centra en multiplicidad de problemas que surgen de la relación de los binomios migración/derechos humanos, migración/políticas públicas, migración/riesgos sobre los derechos fundamentales, migración/justicia, migración/delitos, migración/deber de los Estados de protección, migración/agenda política, entre otros. Y estas relaciones han impulsado la adopción de diferentes instrumentos internacionales, con el objetivo de que los Estados asuman compromisos y responsabilidades frente a los migrantes en el mundo.

El objetivo de este artículo es caracterizar la realidad migratoria, y con ello, identificar las perspectivas y los retos frente al fenómeno migratorio desde una perspectiva político-jurídica. Sobre el objetivo, resulta necesario como propone metodológicamente Aguilar-Barreto y otros (2018) precisar dos aspectos puntuales: por un lado, se requiere señalar el significado y lo que implica *caracterizar la realidad migratoria*, y por otro, reconocer el interés jurídico-político sobre las migraciones. Frente al primer aspecto, se entiende que la caracterización de una determinada realidad como la migración implica un ejercicio inductivo, donde se identifican las principales particularidades que se evidencian en la práctica mediante la sistematización e interpretación de diferentes datos e información cuantitativa y cualitativa, así como los efectos que encierran dicho fenómeno y los problemas que surgen como resultado del quiebre entre el ideal y la realidad que se manifiesta. En resumen, caracterizar la realidad exige poner en relieve los aspectos más significativos del fenómeno para una comprensión e interpretación del mismo.

Y en relación con el segundo aspecto, se entiende que la migración puede ser abordada desde el espacio jurídico-político, porque dicho tema ostenta una doble relación. Por un lado, la configurada por migración y derechos humanos (Domenech, 2007), y que significa que los migrantes son sujetos de derecho que merecen una especial protección, individuos que gozan de determinados derechos y garantías, y que activa la responsabilidad de los Estados en función de disponer medidas, estrategias y políticas que permitan la atención y amparo de los migrantes; y por otro lado, la que surge de la interpretación de la migración como un

tema clave de la agenda política contemporánea:

I also believe that it is time to take a more comprehensive look at the various dimensions of the migration issue, which now involves hundreds of millions of people and countries of origin, transit and destination. We need to understand the causes of international flows of people and their complex interrelationship with development (Naciones Unidas, 2002, p. 10).

Metodología

Corresponde a un artículo enmarcado en el paradigma interpretativo y el enfoque cualitativo de investigación. La orientación epistemológica interpretativa, surge en oposición a la racionalidad propia de los estudios positivistas para ofrecer parámetros y posturas pertinentes con los problemas del ámbito social y que faciliten su comprensión, y que se alimenta de diversas corrientes del escenario hermenéutico, simbólico y fenomenológico (Pérez, 2004). Por otro lado, el enfoque cualitativo centra su interés en los datos de naturaleza cualitativa como las palabras, las acciones, las dinámicas sociales y la conducta (Quecedo y Castaño, 2002, p. 7), en otras palabras, su interés no se centra en datos cuantitativos y/o estadísticos ni en el control de variables, sino en la descripción de los fenómenos partiendo de los hechos sociales y sus particularidades. Como bien lo describe Smith (1980), la investigación cualitativa se encarga del estudio de cualidades o entidades cualitativas puestas en contexto, y por ello, son objeto de análisis los significados, las descripciones y las definiciones rescatadas de personas, prácticas o textos.

Ahora bien, se trata de un estudio de tipo descriptivo. Este nivel de investigación, también denominado alcance dentro de los textos sobre metodología de investigación, tiene por objetivo identificar las características de un fenómeno o realidad según sus variables o categorías de manera independiente (Lafuente y Marín, 2008, p. 10). La información se recolectó a partir de fuentes secundarias, para luego ser sometida a un proceso de sistematización y análisis que permitiera brindar claridad sobre el objeto de estudio y la caracterización pretendida sobre la realidad migratoria.

Para el cumplimiento del objetivo se han planteado tres apartados específicos. En el primero se hace una descripción del concepto de migración y algunos datos sobre el fenómeno a nivel internacional con el objeto de ilustrar la situación; en el segundo apartado se analiza la realidad migratoria en el escenario de América Latina a partir de la descripción de cuatro países -México, Honduras, Argentina y Venezuela- con especial énfasis en el caso venezolano; y un tercer segmento donde se relacionan los problemas que surgen en el marco de la realidad migratoria de los venezolanos, a fin de reconocer aquellas particularidades de interés para el campo jurídico-político y los actuales retos.

Resultados y discusión

El fenómeno migratorio y sus dimensiones internacionales

La Organización Internacional para las Migraciones (2006), entidad intergubernamental con sede en Ginebra (Suiza) que tiene por objeto el problema de las migraciones desde 1951, interpreta la migración como el movimiento de la población, bien sea hacia territorios de otros Estados o territorios del mismo Estado de origen, sin importar el tamaño de los grupos, composición o causas. De esta manera, la migración representa un fenómeno que adquiere dicha naturaleza con tan solo el desplazamiento de poblaciones, y no resulta relevante si se trata de mil personas o cien mil. Así mismo, las causas pueden ser variadas: violencia, conflicto, agotamiento/escases de recursos, persecución, falta de oportunidades económicas, entre otras. Por ello, la Organización Internacional para las Migraciones (2006) expresa que bajo esta categoría se incluyen personas en situación de desplazamiento, refugiados, migrantes económicos y otros similares. Del concepto de migración se desprenden las nociones de inmigración y emigración, las cuales suponen el mismo movimiento de población, pero que permiten identificar la dirección del desplazamiento. De esta manera, será inmigración el proceso que siguen las personas no nacionales para ingresar al país y establecerse en el mismo, y corresponderá al proceso de emigración cuando nacionales se desplazan por fuera de su territorio para llegar y establecerse en otros países.

Ahora bien, Tizón (1993) interpreta la migración como el traslado que realizan grupos de individuos, bien sea de un país a otro o bien de una región a otra, pero añade como elementos particulares que la distancia debe ser significativa y que el tiempo debe ser prolongado, permitiendo el asentamiento y el desarrollo de actividades propias del quehacer cotidiano. En otros términos, el autor destaca la exigencia de determinadas condiciones para que se pueda considerar un desplazamiento de personas como migración: por un lado, la distancia entre el punto de origen y el punto de destino, y que debe ser lo suficientemente amplia, y por otro lado, el tiempo del abandono del lugar de origen el cual debe ser prolongado como para vivir de manera indeterminada en el lugar de destino.

En el mismo sentido se expresa Micolta (2005) al definir la migración. Para este autor, la migración son desplazamientos o cambios de residencia, y en dichos desplazamientos debe mediar una distancia significativa y una voluntad de permanecer en los otros lugares por parte de los individuos. Al parecer, estos autores -Micolta (2005) o Tizón (1993)- ponen énfasis en los cambios sociales y personales provocadas por el traslado, transformaciones que conllevan a nuevas relaciones entre los individuos con el territorio y los nuevos grupos sociales de los espacios que ahora habitan. Por ello, realzan los factores de tiempo y distancia como elementos *sine qua non* para comprender los procesos migratorios. En efecto, hay autores como Oso (1998), que consideran que en el proceso migratorio la permanencia de los individuos en otros territorios debe ser igual o superior a un año.

En ese orden de ideas, se observa que la migración se encuentra relacionada con el movimiento, el desplazamiento, el cambio de residencia o el traslado de poblaciones. Así mismo, se alcanza a verificar que no hay criterios específicos para calificar un desplazamiento poblacional como migración, pues la Organización Internacional para las Migraciones sólo define el fenómeno como movimiento de la población sin importar número y causas, mientras que otros autores describen que es necesario cumplir con ciertas condiciones de cantidad, distancia y tiempo. Aun así, hay un componente subjetivo que se encuentra inmerso dentro de la lógica

de las migraciones y que está representado en la intensión/voluntad de los individuos de reasentarse en otros territorios, siguiendo diferentes objetivos o fines, por ejemplo, algunos buscarán mejoras económicas, otros el acceso a recursos necesarios para sobrevivir, algunos otros oportunidades laborales suficientes, otros la salvaguarda de su libertad o el respeto de los derechos fundamentales, y algunos individuos proteger sus vidas. Por ello, Giménez (2003) considera que en la migración subyace como base la intención o propósito de satisfacer algún tipo de necesidad del individuo que decide emigrar.

Herrera (2006) ofrece una tipología de definiciones en torno a la migración, es decir, indica que hay dos corrientes o categorías sobre las cuales se pueden ubicar las diversas definiciones o nociones de migración construidas. La primera categoría de definiciones se ubican en un plano microanalítico, en otras palabras, resulta de interés para estos conceptos elementos como tiempo, distancia y cambio de medio que conllevan a transformaciones sociales y culturales respecto del *modus vivendi* de los sujetos. En ese orden, se trata de una mirada a la misma persona en cuanto a su vivencia y experiencia, y a las decisiones tomadas respecto a ese desplazamiento, guiadas por fines u objetivos de muy diversa naturaleza. La segunda categoría de definiciones reposan en una esfera macroteórica de análisis, y bajo esta corriente, la migración es entendida desde aspectos históricos y estructurales como la globalización, los cambios de los sistemas productivos, la lógica económica del mercado, entre otras.

Ahora bien, Irianni (2015) estima que entre el siglo XIX y comienzos del siglo XX emigraron más de 60 millones de personas desde Europa hasta América, convirtiéndose en un período de grandes movilizaciones sin precedentes. Se debe señalar que para esta época no se contaban con los medios de transporte de hoy, y por ello, resulta significativa esta movilización de personas, que buscaban en América una nueva residencia. En otras palabras, el análisis de los procesos migratorios debe considerar los contextos socio-históricos en los que se inscriben estos desplazamientos, y por ello, las migraciones que se adelantaron en el marco de la revolución industrial del siglo XIX y comienzos del XX,

tienen un impacto relevante en la reconfiguración del orden mundial de estos períodos.

Ahora, cien años más adelante, se calcula que cerca de 232 millones de personas se han movilizado de sus lugares de origen a otros países con la intención de residir en estos, y además, se estima que hay 740 millones de personas que se han trasladado de una región a otra dentro del mismo territorio -migrantes internos-. De acuerdo a la información estadística, cerca del 50% de los migrantes internacionales llegan a países con un alto grado de desarrollo y urbanización como Estados Unidos, Canadá, Australia, Francia, España, Alemania, Rusia y algunos países árabes (Organización Internacional para las Migraciones, 2015). Se puede señalar la etapa comprendida entre finales del siglo XX y lo que lleva de transcurrido el siglo XXI, como un período de grandes migraciones, la segunda gran oleada migratoria más importante de la época contemporánea (Wihtol, 2013).

Ahora bien, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2009) señala que en 1960 habían cerca de 75.4 millones de personas inmigrantes en el mundo sin que se presentara una mayor diferencia entre países desarrollados y menos desarrollados. Sin embargo, hay un significativo incremento entre 1985 y 1990 de migrantes: pasa de 110 millones a 160 millones de personas. A partir de la década de los 90 del siglo XX, hay un incremento sostenido hasta llegar al 2010 a 213.9 millones de personas migrantes, siendo más significativo en los países menos desarrollados.

Se resalta que es precisamente desde la época en que los Estados abandonan el papel proteccionista que las migraciones tienden a su aumento permanente. Ahora bien, otro indicador que permite comprender la realidad migratoria es el porcentaje de población migrante respecto de la población global: para 1960 los inmigrantes representaban el 3,4%, en 1985 el 4.1%, en 1990 el 7% y en el 2010 el 10.3%, es decir, se pasó de tener 3 migrantes a 10 migrantes por cada 100 habitantes en el mundo.

De acuerdo a lo anterior, se pueden inferir varios aspectos: primero, las migraciones de hoy corresponden a fenómenos complejos, difíciles de explicar mediante teorías o modelos que permitan su comprensión e interpretación a cabalidad, segundo, el número desbordante de individuos migrantes se debe a una confluencia de factores y elementos como el auge de las comunicaciones y los medios de transporte, la crisis socio-económica cada vez mayor, la defensa de los derechos de los migrantes, la apertura de los Estados y el crecimiento económico; y tercero, las migraciones de hoy parecen ser un elemento connatural de la lógica del nuevo siglo, por lo que es posible que las cifras de migrantes en el mundo aumenten de manera considerable en los próximos tiempos. Frente a esta última idea, valga señalar como en el 2014 se presentaron cerca de 2.9 millones de nuevos migrantes provenientes de países con agitadas democracias como Siria, Afganistán y Somalia (Meneses, 2016). Esto sirve de indicador para inferir el aumento de dinámicas migratorias en los próximos años en países donde los problemas socio-culturales y económicos tienden a agudizarse.

Una mirada a la realidad migratoria en América Latina y el caso específico de los migrantes venezolanos en Colombia

En América Latina se logra reconocer la realidad migratoria como un fenómeno complejo que se arraiga a las dinámicas de esta región. El abandono del Estado frente a los derechos sociales, económicos y culturales, los altos niveles de corrupción, la extensión cada vez mayor de la pobreza, el desempleo, la desigualdad y la inequidad, entre otros factores, han llevado a que se estime que más del 53% de la población en América Latina considere la posibilidad de migrar (Álvarez, 2012). En América Latina, el tema migratorio representa uno de los principales problemas de la agenda política e investigativa (Vásquez, Castillo y Lera, 2015; Martínez, 2011; Álvarez, 2012), y no es para menor, pues hay cerca de 20 millones de personas que residen fuera de sus países -migrantes internacionales-, y ello sin contar el número de migrantes internos en países con serios problemas sociales, políticos y económicos como Colombia, Venezuela y Honduras por nombrar algunos.

A fin de ofrecer algunos datos relacionados con la realidad migratoria, se escogen cuatro escenarios específicos de análisis: México, Honduras, Venezuela y Argentina. A partir de ello, se busca reconocer algunas particularidades que faciliten la comprensión e interpretación del fenómeno. En México, la migración ha sido un tema de especial interés político y académico. Muchos de los estudios se han esforzado por caracterizar los procesos migratorios de los mexicanos hacia Estados Unidos, aunque otros pocos abordan el caso de los inmigrantes que utilizan el Estado mexicano como lugar de recepción o de paso.

París, Ley y Peña (2016) y Coria (2011), describen que México es un territorio de origen, tránsito, destino y retorno dentro de las dinámicas migratorias, y estiman que cerca de 200 mil migrantes por año provenientes, principalmente, de Guatemala, El Salvador y Honduras, utilizan el territorio mexicano como espacio de tránsito hacia Estados Unidos, aunque muchos no logran alcanzar el destino trazado y terminan en México como territorio receptor. Así mismo, se cuenta que cerca de 80 mil y 100 mil trabajadores migrantes temporales llegan al sur de México para trabajar en tareas agrícolas, y en total, se estima cerca de 492 mil personas extranjeras residiendo en México (Coria, 2011). Ahora bien, al año 2015 se estimaba que cerca de 12.4 millones de mexicanos se encuentran en condición de migrantes internacionales, siendo Estados Unidos el principal país receptor con el 97% del total de esta población (Canales y Rojas, 2017).

El caso de Honduras es particular y diferencial al mexicano, pues presenta un flujo de migración negativo, lo que significa que el número de emigrantes supera a la cantidad de inmigrantes, y esto se debe a diversos factores, como la grave situación económica del país, los resultados de los desastres ambientales como la del Huracán Mitch en 1998, la crisis política, la criminalidad y la violencia, entre otras causas (Ham y Martínez, 2014). Durante la década de los 80 y 90 del siglo XX, Honduras representaba un territorio receptor para emigrantes de países convulsionados por los conflictos armados como El Salvador, Nicaragua y Guatemala (Suazo, 2011), sin embargo, en los últimos 20 años el panorama ha cambiado. Al

año 2015 se estimaba que cerca de 853 mil hondureños se encontraban en condición de migrantes por fuera del territorio nacional en Estados Unidos, del total de 860 mil de inmigrantes (Flores, 2017). Sin embargo, otras fuentes indican que un promedio de 100 mil hondureños intentan emigrar por año del país y que la cifra de migrantes de ciudadanos hondureños puede superar el millón y medio. Así mismo, Honduras por su posición geográfica, representa un territorio receptor de emigrantes que utilizan este espacio como escenario de tránsito, un promedio de 28 mil y 50 mil personas (Suazo, 2011).

Ahora bien, el caso de Argentina permite ilustrar una situación migratoria totalmente diversa a la de otros países. La Cámara Argentina de Comercio y Servicios (2018) indica que la población extranjera ha sido un factor determinante en el crecimiento del país, pues desde el siglo XIX ha servido como territorio receptor de inmigrantes. Inicialmente, recibió extranjeros provenientes de Europa que permitieron poblar la nación alcanzando el 29.9% del total de la población, y en el siglo XX se convirtió en espacio de recepción de personas de diferentes nacionalidades de América del Sur, principalmente, Paraguay y Bolivia. Al año 2017, se estimaba que cerca de 2.2 millones de extranjeros se encontraban residiendo en el país, lo que representa el 4.9% del total de la población de este país suramericano. Los principales territorios de salida de los extranjeros, aparte de los ya mencionados, son Chile, Brasil, Uruguay y Perú (Malella, 2014). Sin embargo, también se ha venido presentando una situación de aumento de emigrantes argentinos calculados en un millón de personas hacia Europa, principalmente España, y países limítrofes. Un aspecto particular de este fenómeno es que los emigrantes conforman una masa de profesionales altamente calificados (Instituto de Política de Migraciones y Asilo, 2017).

Por último, Venezuela al igual que Argentina, representaba un territorio receptor de inmigrantes, pero en los últimos años dicha dinámica migratoria se ha transformado de manera drástica. Reyes (2018) expone que entre el 2015 y el 2017 cerca de 2.3 millones de ciudadanos venezolanos han emigrado del país hacia diferentes destinos,

principalmente, Colombia, Estados Unidos, Chile, España, Italia, Panamá y Brasil, entre otros. Dada la profunda crisis social, económica y política del país, la emigración tiende a aumentar con el paso del tiempo. En efecto, los datos consignados en la tabla 1 evidencian un incremento superior al 100% de la cantidad de emigrantes entre 2015 y 2017, y para algunos países receptores las cifras alcanzaron un aumento superior a 1.000%, por ejemplo, en Colombia que paso de 48.714 emigrantes venezolanos a 600.000, en el caso de Perú que paso de 2.351 inmigrantes a 26.239 o en Brasil que llegó a 35.000 emigrantes venezolanos después de recibir tan solo 3.425 inmigrantes venezolanos en el 2015.

Tabla 1.
Emigrantes venezolanos en el 2015 y 2017 con países receptores

País receptor	No de emigrantes 2015	No de emigrantes 2017
Colombia	48.714	600.000
Panamá	9.883	36.365
Ecuador	8.901	39.519
Perú	2.351	26.239
Brasil	3.425	35.000
Chile	8.001	119.051
Uruguay	1.855	6.033
Argentina	12.856	57.127
Costa Rica	6.437	8.892
México	15.959	32.582
Estados Unidos	255.520	290.224
Canadá	17.898	18.608
España	165.895	208.333
Portugal	24.174	24.603
Italia	48.970	49.831
Total	697.562	1.622.109

Fuente: Autores a partir de Reyes (2018)

La grave situación económica manifestada en una inflación sin precedentes de 40.000% -y con el riesgo de llegar a 10 millones de puntos porcentuales para los próximos años, según el Fondo Monetario Internacional-, el alto índice de criminalidad y la profunda crisis política del Estado venezolano y sus instituciones, han generado un éxodo de ciudadanos venezolanos hacia el extranjero, y que tiende a convertirse en una verdadera tragedia humanitaria por la violación sistemática de los derechos humanos. Algunas investigaciones han buscado explicar esta tragedia, aunque resulta aún incipiente este campo de análisis. Para

Castillo y Reguant (2017) el fenómeno migratorio en Venezuela encuentra origen en la confluencia de factores políticos, económicos y sociales.

Dentro del primer factor, se encuentran las reformas constitucionales realizadas por Hugo Chávez desde la década de los 90 y que permitieron: 1. La adopción de un modelo de ideología socialista, y 2. La eliminación en la práctica de las fuerzas políticas opositoras y la división de las ramas del poder político. Como resultado de ello, se ha evidenciado una perpetuación en el poder por parte del ejecutivo, y con ello, una fuerte crítica por un sector significativo de la sociedad civil y la comunidad internacional, además de una evidente persecución política a los opositores y el aumento del uso de la fuerza como medio para imponerse el Estado. Todo esto, ha generado la violación sistemática de los Derechos Humanos dentro del territorio, porque se ha afectado el acceso a la justicia para esclarecer los hechos de las muertes en las protestas, se ha aumentado el uso de la fuerza de una manera ilegítima en contra de la población civil, se han producido muertes bajo la excusa de la seguridad del Estado, se han evidenciado detenciones arbitrarias con torturas y tratos crueles, y se ha profundizado en el menoscabo de derechos socio-económicos como la alimentación y la salud (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018).

Desde el escenario económico confluyen múltiples factores que conllevan a la crisis de Venezuela. Por un lado, se encuentra la ausencia de la empresa privada, elemento necesario para el desarrollo y crecimiento del país. La devaluación del bolívar, la baja del precio del petróleo y la inflación galopante, han generado un detrimento de las condiciones económicas de la nación. Normalmente, el salario devengado por un trabajador no alcanza para cubrir las necesidades básicas de alimentación y salud, y la precaria situación, se ha convertido en factor determinante de la emigración de los ciudadanos venezolanos. El índice de escases es superior al 40% y el de medicamentos bordea el 65%. Por otro lado, la constante crisis y la insatisfacción de necesidades básicas han aumentado los niveles de criminalidad en el país –hampa, robos, atracos, extorsiones, homicidios, extorsiones, entre otros- (Castillo y Reguant, 2017).

En la tabla 2 se hace una descripción de la migratoria de los cuatro casos analizados y que permiten brindar un panorama general de la realidad migratoria en América Latina. Como se observa, México presenta la mayor tasa de emigrantes seguido de Venezuela, Argentina y Honduras. Sin embargo, debe considerarse en la comprensión de estas cifras la densidad demográfica por cada uno de estos países, por ejemplo, México cuenta con una de las poblaciones más altas -192.2 millones de habitantes-, por lo que los emigrantes no alcanzan a representar el 5% del total de la población. Así, el nivel porcentual de emigrantes en comparación con el total de habitantes de un país, sirve de indicador para reconocer la profundidad de los conflictos y los problemas sociales, económicos y políticos de un Estado. Claro está, las causas para impulsar procesos migratorias son variadas, pero los casos de Venezuela y Honduras permiten señalar que se tiende a altas tasas de migración cuando los problemas estructurales se encuentran en los ámbitos sociales, económicos y políticos, más que en la interdependencia de los Estados, la globalización, las desigualdades en términos de desarrollo u otros factores causales señalados en la literatura (Geddes y Scholten, 2016; Blanco, 2006).

Tabla 2.
Síntesis de la realidad migratoria en América Latina a partir de los casos analizados: México, Honduras, Venezuela y Argentina

	Pob.	No de migrantes fuera del territorio	Principales territorios receptores	¿Territorio receptor?	No de migrantes internacionales dentro del territorio	Modalidad	Principales países de origen
México	192.2 millones	12.4 millones	Estados Unidos	Si	200 mil anual 100 mil trabajadores temporales 492 mil en total	Tránsito y destino	Guatemala Salvador Honduras
Honduras	9.2 millones	860 mil	Estados Unidos	Si	28 mil 50 mil	Tránsito	Costa Rica Nicaragua

Cont... Tabla 2.

Argentina	44.2 millones	1 millón	Europa – España Uruguay Paraguay Chile	Si	2.2 millones	Destino	Paraguay Bolivia Chile Perú Brasil Uruguay
Venezuela	31.9 millones	2.3 millones	Colombia Estados Unidos Chile España Italia Panamá Brasil	No	---	---	---

Fuente: Autores

Los problemas en el marco de la realidad migratoria de los venezolanos y los actuales retos

Los problemas en el marco de la realidad migratoria pueden clasificarse en dos grandes dimensiones. Por un lado, los problemas que afectan de manera directa a los migrantes en todo el proceso que siguen desde la partida hasta la llegada y asentamiento en el lugar de destino, y por otro, los problemas asociados con las políticas públicas y acciones de políticas públicas de los Estados, que están obligados a cumplir las normas de carácter internacional aplicables a las personas migrantes y que integran el ordenamiento jurídico que estructuran el derecho internacional de los derechos humanos. Dentro de estos se encuentran: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial de 1967, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en el que Viven, de 1985 y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990.

En la primera dimensión, es decir, los problemas inmersos en la realidad migratoria desde la perspectiva de los migrantes, se encuentran la falta de acceso a servicios y recursos de los Estados, la xenofobia, el

rechazo, las repercusiones psicofísicas, entre otros. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) expresa que hay cuatro tipos de problemas o dificultades a las que se ven expuestos los migrantes:

1. Los perjuicios ocasionados por la falta de acceso a recursos y servicios públicos de los territorios a donde llegan, tanto los de paso como el de destino. En este punto, el tema de las políticas públicas son prioritarias pues el acceso a unos servicios mínimos depende de la capacidad del Estado para organizarse y facilitar el disfrute de los mismos. En el caso de los venezolanos inmigrantes en Colombia se logra evidenciar una limitación seria para el acceso a servicios del Estado, aunque se han venido gestionando algunas acciones que de igual forma siguen siendo insuficientes por la magnitud de la tragedia.
2. Los perjuicios socio-culturales producto de la xenofobia, el racismo, la estigmatización, la impunidad frente a violaciones o delitos de los que han sido víctimas. Especialmente, en la zona de frontera donde se ha creado un imaginario que estigmatiza y excluye a los inmigrantes venezolanos, y que se manifiesta en situaciones de rechazo, discursos xenófobos o el uso del concepto venezolano como chivo expiatorio. Así mismo, la introducción indiscriminada con fines particulares del problema venezolano en el discurso político, ha llevado a una mayor estigmatización de los ciudadanos venezolanos, especialmente, en las zonas de frontera con Colombia.
3. Las limitaciones o problemas producto de las diferencias culturales y que impiden su adaptación y el goce de la vida con igualdad de capacidades y oportunidades, por ejemplo, la diferencia de idioma. Si bien los inmigrantes venezolanos en Colombia no se enfrentan a problemas por diferencia idiomática, la adaptación les resulta difícil por los diferentes factores ya señalados.
4. Los problemas asociados con el goce de derechos sociales y económicos, por ejemplo, vivienda, salud, trabajo, alimentación, entre otros. Los venezolanos en Colombia atraviesan serias limitaciones para acceder

a trabajos dignos y ello se debe a la crisis laboral que se hace presente en Colombia, y especialmente, en la zona de frontera donde la tasa de desempleo e informalidad es alta.

De acuerdo a Migración Colombia (2017), las principales ciudades en Colombia bien de destino o bien de tránsito de los inmigrantes venezolanos son Bogotá, Ipiales, Barranquilla, Cúcuta, Maicao, Medellín, Pasto, Cartagena, Bucaramanga y Cali. Por tanto, no resulta extraño que diferentes estudios se centren en la descripción de la situación de los inmigrantes venezolanos de manera contextualizada, limitando los análisis a diferentes ciudades, aunque resultan escasos todavía (López y Herrera, 2017; Zúñiga, 2017; Posada, 2017; entre otros).

Ahora bien, la literatura es amplia en señalar de manera general los problemas o afectaciones que produce las migraciones sobre las personas. Por un lado, se encuentran las dificultades relacionadas con el normal desarrollo psicológico y mental de las personas, los cuales conllevan a variados problemas como depresiones, emociones y sentimientos negativos, desequilibrios, y otros que afectan la capacidad emocional, cognoscitiva y adaptativa de los individuos (Meñaca, 2006; Noriega y Angel, 2007). Y no se trata de una afectación menor, pues estos problemas tienden a trascender a las familias de los emigrantes. Valga señalar que estas limitaciones son el punto final de todo un conjunto de desaciertos y problemas, como la incapacidad para acceder a trabajos dignos, la imposibilidad de obtener suficientes recursos, una escasa alimentación adecuada o la falta de una vivienda o residencia. En ciudades como Cúcuta, el panorama es reflejo de una verdadera crisis humanitaria que desborda la capacidad del Estado y sus instituciones.

Si bien el gobierno de Juan Manuel Santos, y ahora el gobierno de Iván Duque, han sostenido que el Estado colombiano brindará ayuda humanitaria a los emigrantes venezolanos, lo cierto es que la realidad solo refleja una violación sistemática de los derechos humanos. La ausencia de políticas públicas en Colombia para afrontar la migración conlleva a mayores riesgos que profundizan la crisis humanitaria y la afectación de

los derechos humanos de la población migrante. Respecto de ello, Posada (2017) indica que hay una falta de coordinación entre las entidades e instituciones como Migración Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Educación, entre otros; además de una escasa legislación que permita apoyar y proteger a los migrantes, y que conllevan a que sea muy difícil la inserción y adaptación social y económica de los venezolanos en el territorio.

En otras palabras, se reconoce la presencia de los emigrantes venezolanos en el territorio colombiano, se incorpora en el discurso político la promesa de ayuda y se diseñan protocolos de acción para la atención de emergencia, pero en la práctica, la inserción e inclusión efectiva de los nacionales venezolanos en Colombia dista del ideal. En el portal de gestión del riesgo del gobierno colombiano se describe la *“Ruta de atención para migrantes venezolanos en Colombia”* (Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, 2018). Varios aspectos se relacionan dentro de este documento: 1. Las formas para permanecer en Colombia (Permiso de Ingreso y permanencia PIP, Permiso Temporal de Permanencia, Permiso Especial de Permanencia PEP, Tarjeta de Movilidad Fronteriza TMF, Cédula de Extranjería, Pasaporte, Visa Visitante/Migrante/Residente) y las maneras para obtener la nacionalidad colombiana (por nacimiento y por adopción), y 2. Ayudas a venezolanos de diferente tipo.

En primer orden, se pueden encontrar las denominadas acciones humanitarias, las cuales se interpretan como ayudas temporales como entrega de refrigerios y bebidas, traslado de pacientes, consultas médicas, promoción de la salud, kits alimentarios, aseo o abrigos, apoyo psicosocial y restablecimiento de comunicaciones con familiares. Así mismo, se encuentra un Centro de Atención Transitoria al Migrante en el municipio de Villa del Rosario, donde pueden alojarse los migrantes venezolanos hasta por dos noches, además de otros alojamientos temporales ubicados en el Centro de Migración y el Hotel Amaruc con capacidad promedio entre todos para 640 personas.

En materia de salud, se ha dispuesto que todas las Instituciones

Prestadoras de Salud (IPS) del régimen subsidiado deben atender las situaciones de urgencias de los ciudadanos venezolanos, se encuentren estos o no en situación regular. Por otro lado, las IPS en coordinación con las secretarías de salud deben inscribir en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a los recién nacidos en las EPS del régimen subsidiado si los padres no cuentan con afiliación, y para ello, deben estos últimos declarar por escrito que no cuentan con capacidad de pago ni Sisben. En síntesis, se cubren servicios de salud de emergencia y servicios de salud para los recién nacidos, pero otro tipo de servicios no se cubren y por tanto, deben sufragarse con recursos propios, pudiéndose afiliar al Sisben extranjeros en situación regular, pero no los que se encuentren en situación irregular.

En lo referido al servicio educativo, niños, niñas y jóvenes pueden ser matriculados en instituciones educativas de carácter pública, y para ello, la matrícula se hace con la cédula de extranjería, el PEP o con número asignado por las secretarías de educación. En caso de que los estudiantes no cuenten con documentación legalizada y apostillada sobre los estudios realizados, para que se tengan en cuenta en las instituciones educativas en Colombia, estas últimas deben hacer validaciones o evaluaciones con el objeto de asignar el grado correspondiente. En caso de estudios universitarios, depende de cada institución de educación superior la homologación de materias y créditos, y la convalidación al Ministerio de Educación Nacional.

En materia laboral, los migrantes venezolanos pueden trabajar en Colombia siempre que cuenten con visa de trabajo o PEP, caso contrario, no pueden ejercer actividades laborales de carácter remunerado en el país. Y en lo relacionado con el acceso a la justicia en caso de agresiones a sus derechos, el emigrante venezolano puede dirigirse a la Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación o Personerías Municipales a fin de exponer su caso. Lo anterior, permite inferir que el Estado colombiano ha dispuesto de un conjunto de acciones con el objetivo de facilitar la permanencia de los emigrantes venezolanos en el territorio, pero representan medidas superficiales que no permiten una efectiva

integración de los emigrantes venezolanos en el territorio. En síntesis, la realidad se sobrepone al discurso, porque la tragedia humanitaria de la migración de venezolanos supera la capacidad del Estado colombiano y a la falta de definición de una política pública que permita enfrentar esta situación. Pareciera que el Estado colombiano hace todo lo posible por dar respuesta al fenómeno migratorio, pero resultan insuficientes las acciones desplegadas. Dicha inferencia se extrae de la violación y menoscabo de los derechos humanos de los migrantes venezolanos en el territorio colombiano, y dada la naturaleza de estos derechos se requiere de una política pública integral y no de meras acciones de gobierno. En efecto, se hace necesaria una política pública al menos por dos motivos: 1. El Estado colombiano debe cumplir con las obligaciones y los compromisos producto de los tratados internacionales suscritos, y 2. El fenómeno migratorio de los ciudadanos venezolanos tiende a aumentar, aspecto predecible dado que las condiciones que han dado origen al desplazamiento no muestran síntomas de modificarse.

Conclusiones

El estudio permite hacer varias conclusiones, algunas de tipo general y otras de naturaleza específica. Dentro de las primeras se encuentra que la migración conforma un fenómeno y un proceso complejo, multidimensional y multifactorial que en las nuevas épocas representan una realidad que tiende al aumento. En otras palabras, y como bien se expresa en la literatura, a finales del siglo XX y a comienzos del siglo XXI a nivel mundial, se presentan oleadas migratorias de grandes proporciones por muy diversas causas que pueden ser ubicadas en la globalización y en la interdependencia de los Estados, pero particularmente por las crisis sociales, económicas y políticas que aumentan a lo largo del globo. Desde la perspectiva latinoamericana, la migración parece configurar una realidad permanente y en aumento, aunque cada Estado representa un caso particular y diferencial. En todo caso, se estima que las migraciones en América Latina se acentuarán de manera general, y basta para ello observar casos donde tradicionalmente no se presentaban migraciones significativas como Honduras, Argentina y Venezuela.

Ahora bien, frente a este último caso, la migración de venezolanos representa una tragedia humanitaria con serias repercusiones para aquellos Estados que sirven como territorios receptores. Y no es para menos, pues se cuentan de manera formal cerca de 2.3 millones de emigrantes venezolanos en Colombia, aunque dicha cifra debe ser mayor dado el número de nacionales venezolanos en situación irregular en el país. Frente a ello, como proponen Aguilar-Barreto A y Aguilar-Barreto C (2017) se exige una política pública integral que permitan superar las meras acciones gubernamentales hasta ahora dispuestas y considerando el amplio marco de obligaciones del Estado colombiano frente al derecho internacional de los derechos humanos en materia de migración.

Como citar el capítulo

Botello Pradilla, V., Santafé Prada, E., Sánchez Jiménez, P., Aguilar-Barreto, C.P., y Hernández Peña, Y. (2018). Caracterización de la realidad migratoria, perspectivas y retos. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 70-95). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J. y Aguilar-Barreto, C.P. (2017). Enfoque de equidad de género: aplicación desde el marco jurídico colombiano. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.530-550). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Aguilar-Barreto, A.J., Jaimes, D. y Rodríguez, T. (2017). Educar: en el límite de la indiferencia y la desigualdad para humanizar. En *La Base de la Pirámide y la innovación frugal en América Latina*, Publicaciones Universidad del Zulia, Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. Recuperado en: <https://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2103>
- Aguilar-Barreto, A.J., Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, C.P. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander. *Revista Espacios*, 39 (30), 11. Recuperado en: <http://www.>

revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018). *Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*. Informe / Venezuela. Recuperado el 8 de octubre del 2018 en: <http://report2018.SP.pdf>
- Álvarez, I. (2012). *Mirando al norte: algunas tendencias de la migración latinoamericana*. San José de CR: FLACSO.
- Arango, J. (2003). La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra. *Migración y Desarrollo*, (1).
- Blanco, C. (2006). *Migraciones: nuevas movilidades en un mundo en movimiento*. Barcelona: Anthropos.
- Cámara Argentina de Comercio y Servicios (2018). *Informe de migraciones en Argentina*. Recuperado el 1 de octubre de 2018 en: http://www.cac.com.ar/data/documentos/11_Informe%20sobre%20Migraciones.pdf
- Canales, A. y Rojas, M. (2017). *Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Castillo Crasto, T y Reguant Álvarez, M. (2017). Percepciones sobre la migración venezolana: causas, España como destino, expectativas de retorno. *Migraciones* 41. 133-163
- Coria, E. (2011). *Estudio migratorio de México*. En: G. Bonnici, E. Coria, C. Girón, L. Zúñiga, y otros. (Ed.), *Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica, México y República Dominicana* (pp. 379-438). México D.F: INCEDES / IAP.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: Personas situación de migración o refugio*. Washington: CIDH.
- Dodds, W. (2009). *Laws, theories and patterns in Ecology*. Berkeley: University of California Press.
- Domenech, E. (2007). La agenda política sobre migraciones en América del sur: el caso de la Argentina. *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 23(1).
- Flores, M. (2017). Los migrantes hondureños en los nuevos tiempos.

- ResearchGate. Recuperado el 1 de octubre de 2018 en: https://www.researchgate.net/publication/315452560_Los_Migrantes_Hondurenos_en_los_Nuevos_Tiempos
- Geddes, A. y Scholten, P. (2016). *The Politics of Migration and Immigration in Europe*. Londres: Sage.
- Giménez, C. (2003): ¿Qué es la inmigración?, Barcelona, RBA Editores.
- Guillén, T. (2016). *Prologo*. En: N. Sanz y J. Valenzuela (Coord.). *Migración y Cultura* (pp. 15-19). México D.F.: UNESCO.
- Ham, A. y Martínez, A. (2014). Los patrones de migración en Honduras: evolución, tendencias regionales e impacto socioeconómico. *Revista de Economía y Administración*, 11(1), 85-114.
- Herrera, R. (2006). *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI.
- Instituto de Política de Migraciones y Asilo (2017). *Argentina se convirtió en un polo de emigración*. Recuperado el 1 de octubre de 2018 en: <http://www.untref.edu.ar/mundountref/argentina-se-convirtio-en-un-polo-de-emigracion>
- Irianni, M. (2015). El fenómeno de la inmigración. Breve repaso de los avances en las últimas décadas. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Lafuente, C. y Marín, A. Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (64), 5-18.
- López, A. y Herrera, J. (2017). Migración de ciudadanos venezolanos a la ciudad de Medellín Municipio de Bello. *Tesis de grado*. Tecnológico de Antioquía, Medellín, Colombia.
- Malella, C. (2014). Migraciones emergentes hacia la Argentina: colombianos y ecuatorianos. Breve panorama y estrategias de inserción cultural. *Si Somos Americanos. Revista de Estudios Transfronterizos*, 14(2), 15-46.
- Martínez, J. (2011). *Migración internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*. Santiago de Chile: CEPAL.

- Meneses, R. (Junio 22, 2016) Récord de desplazados: más de 65 millones de refugiados en el mundo. *Periódico El mundo*. Recuperado en: <https://www.elmundo.es/internacional/2016/06/20/5767ace122601d000a8b460a.html>
- Meñaca, A. (2006). Familias rotas y problemas de salud. La medicalización de las familias migrantes ecuatorianas. *Quaderns de l'Institut Català d' Antropologia*, (22), 161-178.
- Micolta, A. (2005). Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales. *Trabajo Social*, (7), 59-76.
- Migración Colombia (2017). *Radiografía de venezolanos en Colombia*. Bogotá D.C.: Migración Colombia. Recuperado el 10 de octubre de 2018 en: http://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/radiografia_web.pdf
- Naciones Unidas (2002). *Strengthening of the United Nations: an agenda for further change. Report of the Secretary-General*. Res. A/57/387 del 9 de septiembre.
- Näir, S., Cerdón, M. y Embarek, M. (2006). *Y vendrán...: Las migraciones en tiempos hostiles*. Barcelona: Planeta.
- Noriega, V. y Ángel, J. (2007). Condiciones psicosociales de los niños y sus familias migrantes en los campos agrícolas del noroeste de México. *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 9(1).
- Organización Internacional para las Migraciones (2006). *Derecho Internacional sobre Migración. Glosario sobre migración*. Ginebra: OIM.
- Organización Internacional para las Migraciones (2015). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2015*. Ginebra: OIM.
- Oso, L. (1998). *La migración hacia España de mujeres jefas de hogar*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales / Instituto de la Mujer.
- París, M., Ley, M., y Peña, J. (2016). *Migrantes en México. Vulnerabilidad y riesgos*. México D.F.: OIM.
- Pérez, G. (2004). *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*. Madrid: La Muralla.
- Posada, D. (2017). Jóvenes migrantes venezolanos en Colombia. Una mirada a sus actuales trayectorias migratorias bajo el enfoque transnacional.

- Trabajo de grado*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2009) Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos. Grupo Mundi-Prensa, Madrid.
- Quecedo, R. y Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, (14), 5-39.
- Ravenstein, G. (1885). The laws of migration. *Journal of the Royal Statistical Society*, 52(2), 241-305.
- Reyes, L. (2018). Venezuela a la fuga: análisis de la crisis migratoria. *Diario El Tiempo*. Recuperado el 3 de octubre de 2018 en: <http://www.eltiempo.com/datos/cuantos-venezolanos-estan-saliendo-de-su-pais-y-a-donde-se-dirigen-189354>
- Smith, M. (1980). Publihing Qualitative Research. *American Educational Research Journal*, 24 (2), 173-183.
- Suazo, M. (2011). *Estudio migratorio en Honduras*. En: G. Bonnici, E. Coria, C. Girón, L. Zúñiga, y otros. (Ed.), *Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica, México y República Dominicana* (pp. 323-378). México D.F.: INCEDES / IAP.
- Tizón, J. (1993). *Migraciones y Salud Mental*. Barcelona: PPU.
- Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (2018). *Ruta de atención para migrantes venezolanos en Colombia. Preguntas frecuentes*. Recuperado el 15 de octubre de 2018 en: <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/>
- Vásquez, R., Castillo, C. y Lera, L. (2015). Migraciones en países de América Latina. Características de la población pediátrica. *Revista Chilena de Pediatría*, 86(5), 325-330.
- Wihtol, C. (2013). *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales*. México D. F: Fondo de Cultura Económica.
- Zúñiga, F. (2017). El impacto social de los inmigrantes venezolanos y las incidencias en Colombia. *Tesis de grado*. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C., Colombia.

5

DERECHO A SER AUTÉNTICO: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS Y JURÍDICOS DESDE UNA SÍNTESIS ENTRE PERSONALIDAD JURÍDICA Y LIBERTAD DE DESARROLLO PERSONAL

Javier Antonio Alba Niño

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Diego Alexander Jaimes Monsalve

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Reynaldo Guarín Roa

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Resumen

El presente artículo, desarrolla cuatro conceptos distintos (personalidad jurídica, libertad, autenticidad y libre desarrollo de la personalidad), desde varias perspectivas, aludiendo a sus componentes, así como a las definiciones habidas para estos; en este sentido, se genera un aporte especial al terminar cada sección, los cuales han de ser retomados al final, a manera de síntesis. El resultado de este análisis es un insumo teórico para considerar a

la autenticidad, también llamada autonomía, como un derecho humano y fundamental, a pesar de no ser textualmente reconocido en el rango nacional e internacional. La metodología para esta investigación fue cualitativa, con inclinación hermenéutica, basadas en un paradigma interpretativo, la técnica para recolectar la información fue la observación y los instrumentos utilizados fueron notas físicas y virtuales.

Palabras clave: autenticidad, libertad, derecho fundamental, derecho humano, libre desarrollo personal, personalidad jurídica.

The right to be authentic: philosophical and legal bases through a synthesis between legal personality and freedom of personal development

Abstract

This article develops four distinct concepts (legal personality, freedom, authenticity and free development of personality), through several perspectives, alluding to their components, as well as the existing definitions for these; under this sense, it is generated a special input when finalizing every section, which will be retaken in the end, as a synthesis. The result of this analysis is a theoretical contribution for considering authenticity, also called autonomy, as a human and fundamental right, despite of being not textually recognized in national and international range. Methodology for this research was qualitative, with a hermeneutic inclination, both based on an interpretive paradigm, the technic to collect information was observation and the used instruments were physical and virtual notes.

Keywords: authenticity, freedom, fundamental right, human right, free personal development, legal personality.

Introducción

Dentro del ámbito colombiano, la discusión sobre derechos naturales y positivados ha trascendido a un nuevo punto, porque ya las necesidades básicas de la biología humana están, en su mayoría, cubiertas por alguna garantía expresa, la cual puede tener su origen en el cuerpo legal, que es la manera tradicional, o un precedente jurisprudencial, como es tendencia actualmente, en tanto la continua evolución social, así como la aparición de nuevos flagelos, exigen un derecho contextualizado y progresista, de modo que los órganos jurisdiccionales, dada la generalidad presentada regularmente por las leyes, adquieren el deber de desarrollar conceptos y fijar criterios interpretativos que permitan entender el contenido normativo, bajo un espíritu que propenda a la eliminación de obstáculos,

en cuanto al disfrute de derechos y préstamo de servicios públicos con calidad.

Hoy día, las facultades constitucionales son mucho más amplias, pues su generalidad se ha moldeado en pos de ofrecer protecciones más específicas, más directas; de allí que puedan observarse, más que la vida, el mínimo vital y la dignidad como derechos, también la paz bajo una nueva perspectiva, abarcando no solo la ausencia de conflicto o la sensación de tranquilidad derivada de la misma, sino toda una estructura de comprensión, respeto, retroalimentación, ayuda mutua, entre otros, fomentados desde todas las esferas sociales: familia, educación, trabajo, esparcimiento, política y hasta espiritualidad. Sin embargo, la pura producción judicial, si bien representa un espaldarazo al avance en derechos, no responde satisfactoriamente a la gran variedad de posibilidades que es posible captar mediante una visión filosófica.

Ello significa que, a pesar de los eminentes adelantos traídos por la jurisprudencia, aún existen interpretaciones extraíbles por cuenta de la profundización sintáctica hacia la norma, en otras palabras, quedan derechos por descubrir, ya que no se han hecho todas las apreciaciones que el cuerpo jurídico admite, probablemente porque la ley, al igual que la jurisprudencia, hoy día tienden a desarrollarse situacionalmente, como proponen García, Jaimes y Aguilar-Barreto (2017), es decir, para resolver, mitigar o prevenir problemas momentáneos o que, a la fecha, persisten en Colombia (tal es el caso del conflicto armado interno), mas no se da una iniciativa exploratoria que pretenda propiciar nuevos argumentos jurídicos, provenientes de la reflexión filosófica, como los aquí presentados, que buscan aportar la evidencia en torno a un derecho que no ha sido mencionado, a nivel legal ni jurisprudencial, sin necesariamente significar la reacción frente a un asunto de actual preocupación.

Metodología

La presente investigación, netamente documental, orientó su percepción bajo un paradigma interpretativo, con un desarrollo cualitativo, expuesto por Martínez (2004) y enfocado en el método hermenéutico-

dialéctico, que el mismo autor desarrolla, en tanto es lo más pertinente para un estudio donde la profundización conceptual es necesidad, en aras de comprender e interpretar, sobre una sólida fundamentación, las ideas aquí abordadas, desde posturas principalmente filosóficas y jurídicas. En este sentido, la técnica de recolección empleada fue la observación sobre cada referente, sometida a una posterior socialización entre el equipo de trabajo, con el objeto de llegar a un consenso interpretativo y retroalimentar las construcciones de cada miembro.

En términos de tiempo, el análisis es de tipo transversal y fue realizado durante el período académico 2018-2, de acuerdo con el calendario interno de la institución educativa a que pertenecen los investigadores; contando con tres etapas: (1) rastreo de información, (2) análisis individual y (3) discusión grupal. En el lapso inicial, cada miembro se enfocó en la búsqueda y discriminación de datos que representaran aportes para el trabajo investigativo; ya en la segunda parte, con una base referencial unificada, se procedió a un análisis de la misma en su totalidad, por cada uno de los investigadores; culminando así con la discusión general y específica sobre los insumos bibliográficos reunidos, uniendo también las notas y adelantos escritos (instrumentos) de todo el grupo de estudio.

Resultados y discusión

Doble perspectiva y componentes de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica internacionalmente es reconocida como un *derecho humano*, lo cual es evidenciable en textos normativos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su sexto artículo¹, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), desde su artículo tercero², por cuanto es inherente al individuo del género humano, en virtud de su naturaleza social y política, que, para el clásico Aristóteles

¹ En palabras exactas de esta disposición, “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

² Textualmente, el apartado consagra que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

(1988), tiene sustento en la capacidad única de aquel para representar y manifestar las dinámicas del vivir³, pudiendo distinguir “lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto” (p. 51); por ende, el derecho colombiano refuerza esta protección al acogerla para sí, asignándole el carácter de *derecho fundamental* en la Constitución Política, específicamente en su artículo 14⁴.

Pese a su garantía supranacional, el concepto válido de personalidad jurídica, al igual que su esfera de componentes, queda a discrecionalidad de cada estado, de allí que la normatividad civil sea la más adecuada para construir una definición para este derecho, sin embargo, como no resulta sorpresivo, no la hay, mas es posible llegar a una construcción hermenéutica a partir de los apuntes doctrinales y jurisprudenciales en esta materia, pues siempre se obvia el significado de la personalidad como un todo, mientras sí cabe determinar sus *atributos* y lo que cada uno es, así como la importancia que estos tienen, dado que inciden en el acceso a otros derechos, bien sean, o no, fundamentales y/o humanos.

Entonces, para llegar a una definición del todo, es necesario comprender su composición, la cual ha evolucionado con el devenir temporal, desde la muy conocida teoría de los *atributos de la personalidad*, que si bien ha sido expuesta en el rango doctrinal, aquí se tratará su desarrollo jurisprudencial, esto es, desde la Sentencia C-004 de 1998, que califica estos componentes como “inseparables del ser humano” y los ordena en: *capacidad de goce* (distinguible de la de ejercicio), *patrimonio*, *nombre*, *nacionalidad*, *domicilio* y *estado civil*, por lo cual resulta válido

³ El admirable filósofo de Estagira denominaba tal cualidad como “la palabra”, como puede observarse en la misma página citada.

⁴ El cuerpo de esta norma reza: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

denominar a estos como los *atributos básicos de la personalidad*⁵, en tanto son, al menos para el derecho colombiano, indiscutibles elementos integradores de la misma. (Corte Constitucional, Sala Plena)

En este sentido, cualquier forma de reconocimiento al conjunto aludido, necesariamente, se interpreta en la garantía sobre los seis atributos básicos que abarca, “cuya suma [junto a otros componentes hoy reconocidos] es igual a tal personalidad” (ibíd.), por ende, este es un derecho formado de otros derechos, el cual adquiere su importancia en la medida que influye en otras complejidades jurídicas, en cuanto a su goce efectivo, tales como la dignidad, la libertad y la integridad, pues gracias a la calidad de persona es que se accede a estos derechos, al igual que se dispone de otros. Es por ello, que la Corte Constitucional expresa:

[...] la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. (Sala Plena, S. C-109/95)

En consecuencia, esta es una facultad inalienable y perpetua, que tiene su génesis y perezimiento junto al ser humano mismo, pues “la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento o, incluso, en ciertos casos [...] desde la concepción” (Sánchez, 2011, p. 11) y, así mismo, desaparece cuando la persona muere, traduciéndose esto último en la

⁵ Claramente, la Corte se refiere indistintamente a todos los atributos de la personalidad, a pesar de interpretarlos en forma evolutiva con el pasar del tiempo; sin embargo, se emplea en este documento el término “básicos” debido a que estos seis atributos fueron los primeros en ser señalados como parte de aquella, no solo desde la jurisprudencia, sino también a partir de la doctrina. Además, al observar la norma civil, incluso de otros países, cuando se hace referencia a “personalidad jurídica”, es común el abordaje de algunas o todas las seis nociones relacionadas. En este sentido, aunque el concepto del todo evoluciona, los seis componentes inicialmente establecidos prevalecen siempre, lo que se traduce en que son imprescindibles dentro de esta materia.

sucesión o extinción, según sea el caso, de todos los derechos frente a los cuales el individuo era titular, donde cabe incluir, además de los atributos básicos, “el ejercicio de derechos civiles y políticos, la acreditación de la ciudadanía, la determinación de la identidad personal [...] entre otros” (Corte Constitucional, Sala de Revisión, S. T-623/14).

Ahora bien, la personalidad jurídica no debe confundirse con la identidad personal, dado que están relacionadas y ambas representan un conjunto de otros derechos con mayor especificidad, pero, al hablar de la primera, el significado es mucho más amplio y, de hecho, como se evidencia en el fallo T-623 de 2014, la segunda hace parte de esta, en referencia a todos aquellos medios útiles para distinguir, en términos legales, a una persona de otra, entre ellos inclúyase al nombre, el estado civil, el sexo, la identidad sexual, el género, la filiación y los números asignados para identificarse, expresos en documentos como el registro civil, la tarjeta de identidad, la cédula de ciudadanía y demás.

Bajo este orden de ideas, como expone Aguilar-Barreto (2017a) el derecho humano y fundamental a la personalidad jurídica constituye: por un lado, la facultad para acceder a todos los demás bienes jurídicos reconocidos por los órdenes nacional e internacional, lo cual significa que, igual que la vida, es uno de los primeros derechos adquiridos por todo individuo perteneciente a la humanidad, irrenunciable e intransferible dada la naturaleza que le origina, además indispensable para el desarrollo de cualquier persona; a su vez, un conjunto de facultades y bienes jurídicos inherentes al ser racional y social, donde resaltan seis evidentes partes que dan pie a la identidad, autenticidad y libertad, como factores característicos de dicho ser, quien debe ser reconocido por un sistema.

Moldeamiento conceptual de “libertad”

De acuerdo con lo postulado, aludir a la personalidad jurídica da cabida al abordaje de otros derechos, entre estos, resulta de especial interés para el presente escrito la *libertad*, siendo otra composición, cuya amplitud responde proporcionalmente a las distintas ópticas sobre sí cubre múltiples nociones y ámbitos de aplicación. En términos generales,

acuñados por la Real Academia de la Lengua Española (RAE, s.f.), es posible definir la libertad de varias maneras; por ejemplo: “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”, “condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes” o “contravención desenfrenada de las leyes y buenas costumbres”.

Así las cosas, queda en evidencia la diversidad de definiciones sobre libertad, al punto que pueden complementarse entre sí o, incluso, contradecirse; esto depende de la noción filosófica subjetiva hacia tal término, sin embargo, siempre hay algo en común para todos los conceptos sobre libertad y es la ausencia de impedimentos, lo cual se traduce en la capacidad de hacer algo, con alcances distintos según la postura elegida. Es cuando cabe citar al filósofo danés Kierkegaard (s.f.), cuyo pensamiento encierra la noción básica de esta palabra, al manifestar que consiste en la posibilidad de elegir entre una cosa y otra, o de abstenerse a escoger por razón propia⁶, como lo expone Sellés (2012). Consecuencia de ello, surge la ineludible responsabilidad por cuanto acto se cometa en uso de tal facultad, sin embargo, el alcance de su concepto es discutible.

Entonces, la verdadera y continua discusión radica en los límites de esta idea, según la propia concepción hacia ella; por ejemplo, si se concibe como la posibilidad para hacer cualquier cosa, la misma no existiría, en tanto las leyes naturales lo impiden; igualmente, bajo una visión de la libertad como capacidad de obrar como se desee, obviando los imposibles fijados por la lógica y la naturaleza, solo los animales podrían disfrutar de ella, en vista de que no están sujetos, como la humanidad, al gobierno de una autoridad que les precisa normas para la vida armoniosa en sociedad, pero en forma muy simple y precaria, por no tener el desarrollo cognoscitivo y racional que caracteriza a la raza humana. De este modo, para el presente equipo investigador, lo más acertado es percibir la libertad

⁶ Para Kierkegaard, la libertad existe en dos formas: *libre albedrío*, que es la noción referida en este párrafo; y *libertad verdadera*, consistente en el crecimiento personal y espiritual, lo cual se trata en un apartado posterior.

como la posibilidad de elegir entre opciones u optar por no escoger, sujeta a los márgenes impuestos por el universo, la razón y la ley.

La teoría por la que se inclina este grupo, encuentra un refuerzo en la época antigua, precisamente en Grecia, lugar de proveniencia de los primeros grandes pensadores. He aquí una visión democrática de la libertad, con sustento en la justicia y el bien común:

[...] dos son las cosas que parecen definir la democracia: la soberanía de la mayoría y la libertad, pues la justicia parece consistir en una igualdad [...] y la libertad y la igualdad en hacer lo que a uno le plazca. De modo que en tales democracias vive cada uno como quiere y va a donde desee [...] Pero esto es malo, pues no debe ser considerado una esclavitud el vivir de acuerdo con el régimen, sino una salvación. (Aristóteles, 1988, p. 329)

El apunte filosófico encauza, entonces, la noción de libertad dentro del respeto por el orden instaurado, siempre que este sea democrático y, por ende, justo, porque su potestad apunta a la protección de la libertad misma; esto se traduce en que el ente público no es un subyugador ni un verdugo, sino un salvador, que protege al ser humano de sí mismo, teniendo en cuenta el daño que un libre albedrío sin limitaciones ha de significar, especialmente para aquellos más vulnerables (Aguilar-Barreto (2017b). Trascendiendo a esta óptica básica, López, Bracho y González (2004) afirman que la libertad es un valor, de hecho, “uno de los valores más trascendentales” (p. 107), el cual “representa una lucha permanente por lograr a plenitud el goce de la vida personal y espiritual” (p. 110), reforzando así la idea *kierkegaardiana* de real y efectiva libertad, donde se emplea la ética para guiar a la razón y al actuar personal. Entonces, entendida la gran convergencia de dicotomías y complejidades que hacen al ser humano, que para Kierkegaard (1996) es una *síntesis*, asevera Binetti (2005) “la libertad es la autoconciencia de esta síntesis, capaz de asumir la totalidad de los elementos integradores de la existencia humana en la unidad superadora del yo” (p. 9), es decir, para ser libre es necesario reconocerse y aceptarse, con la meta de mejorar continuamente.

Sin embargo, no basta con existir éticamente, pues el mero

crecimiento personal, motivado por la conciencia sobre sí mismo, es insuficiente para abarcar totalmente el complejo significado de la libertad, aun cuando en él está inmersa la capacidad de decisión o abstención dentro de los límites naturales y jurídicos; de este modo, cabe completar la definición con un último componente, este es la autenticidad, cuya relevancia es eminente en un mundo globalizado y bastante comercial, colmado de banalidad e injusticia. Con todo esto, ya es válido hablar de una verdadera y contextualizada definición de libertad.

Autenticidad como fundamento de la libertad

El ser racional siempre ha estado rodeado por diferentes factores que han de influir en su pensar y actuar, incluso su propia persona es uno de ellos⁷, por esto, está en su decisión permitir, o no, tal influencia, que al final es imprescindible pero moldeable, en otras palabras, termina siendo un absurdo el emplear como única base del vivir a la razón propia, ignorando definitivamente al mundo exterior, del cual también se hace parte, cabe la posibilidad de rechazar ciertas incidencias, más nunca la de negarse a todas, no obstante, la manifestación de verdadera libertad se da cuando el individuo, en su capacidad de decisión, opta por construir su propio camino, con base en lo aprendido, pero distinguido frente a todo lo que anteriormente observó, añadiendo su propio estilo, su esencia, a su actividad interna y externa.

Pegueroles (2006) concuerda con lo anterior, al afirmar que “el acto libre no es causado, sino inventado. Por esto el sujeto que inventa no es una causa. Hablar de causa libre es contradictorio: es introducir en la libertad una causalidad que la destruye” (p. 203), sobre lo cual complementa Yepes (1997, p. 84) “la existencia auténtica es la conciencia y posesión intencional de la realidad de la propia vida, y de su destino”. Dichas afirmaciones se traducen en que, si bien, el ser pensante se topa, durante su existencia, con

⁷ Con ello, se hace referencia a las potencialidades, limitaciones e imagen física de cada individuo, las cuales lo diferencian de sus pares, haciéndole único e irrepetible, en términos superficiales.

diversas dinámicas e influencias, la única razón que debe determinarle un camino es él mismo, tras apropiarse de las enseñanzas que el mundo le ha dejado para usarles de manera única, estando implícita, en esto, una alteración, o bien, adaptación de las mismas, es decir, el estilo intrínseco gobierna sobre lo aprendido, no en un sentido contrario.

Hoy día, las relaciones de poder y la política ostentan una mayor complejidad, como lógicamente se esperaría, así vea las cosas, el individuo humano no siempre visualiza entre las letras pequeñas de los discursos que, poco a poco, le son implantados, para bien o para mal. La manipulación, a niveles colectivos, no es algo difícil para quienes pretenden gobernar u obtener algún beneficio proveniente de las masas, desde cosas notorias como diálogos directos y campañas políticas, por lo general carentes de honestidad, hasta cuestiones que no aparentan amenaza alguna, tales puedan ser la música y la moda. Por tanto, al permitirse asimilar indiscriminadamente toda la información que el exterior provee, la persona queda en riesgo de acabar siendo esclava de lo ajeno, en tanto esto logra sobreponerse a su esencia, alterando su destino. De allí que el presente conjunto investigador considere que se es libre en la medida en que se es auténtico, pues en el mundo actual existen nuevas formas de coartar la libertad.

Derecho a la autenticidad desde el libre desarrollo de la personalidad

Luego de comprender todo lo expuesto, es pertinente hablar de este otro derecho (libre desarrollo personal), al igual que la personalidad jurídica, humana y fundamental, cuya mención toca a otros bienes jurídicos también. Sabiendo ya el concepto de libertad empleado en el marco de este documento, queda solo un componente por definir, la personalidad, a la cual se hizo ya una breve aproximación, mediante las consideraciones iniciales. Por otro lado, cabe resaltar que esta facultad no es explícita en los instrumentos internacionales citados inicialmente (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 y Convención Americana sobre Derechos

Humanos, 1969), pero sí en la constitución colombiana en su artículo 16⁸.

Retomando la concepción de personalidad, debe mencionarse que alude a todos los elementos relativos al fuero interno, por ello, debe definirse como el conjunto de estos, explicada en diferentes términos por autores de la ciencia psicológica, cuyas posturas exponen Bermúdez, Pérez y Sanjuán (2017). Siendo así, la personalidad es aquella esfera íntima que diferencia a cualquier ser humano de sus iguales, a partir de la cual logra manifestarse la autonomía o autenticidad. Jurídicamente, esta tiene un estrecho lazo con la libertad, en vista de que esta última debe estar presente para su efectiva evolución y exteriorización. Por tal motivo, el ordenamiento jurídico tutela el *libre desarrollo de la personalidad*, el cual:

[...] conlleva a la construcción de la identidad personal como la facultad de decidir quién se es como ser individual. Es decir, la posibilidad de autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género [...] (Corte Constitucional, Sala de Revisión, S. T-413/17)

Esta postura es tan clara para el alto tribunal constitucional que, en varias oportunidades se ha pronunciado con un sentido similar, sin importar el paso de las épocas, esto puede observarse en las providencias SU-642 de 1998 (Sala de Revisión) y C-336 de 2008 (Sala Plena). En este orden de ideas, resulta, de aunar el concepto psicológico y el jurídico en torno a la personalidad, la siguiente inferencia: la personalidad, si bien es una composición de factores íntimos de identidad y diferenciación, su goce efectivo y completo radica en que pueda manifestarse mediante la acción humana, de otra forma, la originalidad representada por esta facultad queda prisionera y, aunque el individuo desee vivir distinto, no podrá hacerlo.

Por ende, el derecho en mención ostenta dos potestades personales

⁸ Estrictamente, las palabras de la norma son: “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

diferentes, la de desarrollarse interiormente y la de expresar tal desarrollo en el entorno propio, que resulta de mayor interés para la disciplina legal, tomando bajo consideración el hecho de que, por más restricciones y agresiones que le sean obligadas a padecer a un ser humano, mientras este sea consciente de su esencia, ella permanecerá, lo verdaderamente problemático es el mantenerla en cautiverio, atentando incluso contra la dignidad del individuo. Aquí, entonces, debe recordarse la personalidad jurídica, que no es ajena al sustantivo que la origina, siendo esta el medio indispensable para que el ser pensante exteriorice sus cualidades esenciales, de este modo, está la potestad de decidir sobre cualquiera de los atributos que la componen, según dicte el plano psíquico. En efecto, el libre desarrollo personal es el derecho a ser diferente, a ser auténtico.

Conclusiones

Dado el carácter hermenéutico de esta investigación, el producto obtenido al culminar las etapas estructurales propuestas, así como los procesos adicionales y complementarios emergentes en el desarrollo del estudio (por ejemplo, realizar adelantos a nivel escrito), no es otra cosa que una construcción cognoscitiva de utilidad para posibles análisis o creaciones normativas futuras, es decir, el aporte realizado es de naturaleza teórica y, siendo que el proceso investigativo fue una rigurosa interpretación sintetizadora de conceptos, en pos de sustentar la tesis de un nuevo derecho, sus resultados son, entonces, aquello concluido por el equipo de trabajo, en tanto es la producción intelectual lograda con las técnicas e instrumentos relacionados previamente.

En este orden de ideas, con la exposición analítica realizada, además de las discusiones de retroalimentación ocurridas en el ejercicio de la investigación se obtiene que: la libertad de desarrollo personal y la personalidad jurídica mantienen un vínculo directo, pues ambos tienen un rol de origen y fin entre sí, en la medida que no es efectiva la personalidad *libremente* (auténticamente) escogida mientras se dé la inexistencia o inutilidad de mecanismos que le dejen materializarse, ni trae provecho el reconocimiento legal de quien no tiene una propia identidad ni capacidad

autónoma para decidir, aunque sea en ámbitos simples⁹, así mismo, la garantía de cada cual simultáneamente comprende una protección hacia la otra. Sin embargo, desde otra óptica el equipo investigador también halla una relación de causalidad entre autonomía, que da origen a la libre personalidad, cuyo manifiesto termina siendo la personalidad jurídica y todos sus componentes, en coherencia a lo expuesto por Aguilar-Barreto y otros (2018).

Ya en síntesis, el derecho a un desarrollo personal libre, a pesar de no estar inscrito en célebres documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede ser válidamente calificado como un derecho humano, por ser indispensable para la humanidad en el plano social en que se arraiga, además de ser el cuerpo mismo de la libertad, cuyo ámbito encierra otras facultades como son la libre locomoción, conciencia, pensamiento, opinión y demás, en tanto el goce o prescindencia de las mismas parte de una decisión, motivada por la auténtica razón, de lo contrario, tales derechos eventualmente pertenecerán, indirectamente, a terceros, en tanto se es vulnerable a la manipulación ajena. Siendo así, la autenticidad también ha de ser vista como un derecho humano y fundamental, que permite un desarrollo personal *libre* y una personalidad jurídica *útil*.

Como citar el capítulo

Alba Niño, J., Jaimes Monsalve, D., Guarín Roa, R., Aguilar-Barreto, C.P., Aguilar-Barreto, A.J. (2018). Derecho a ser auténtico: fundamentos filosóficos y jurídicos desde una síntesis entre personalidad jurídica y libertad de desarrollo personal. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 96-112). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

⁹ Esto significa que si no se es libre y, por tanto, no se ha reconocido la esencia propia, la personalidad, no sirve de nada ostentar las facultades que abarca la personalidad jurídica, pues no serán propias sino de otro, por cuanto se es claramente vulnerable a la manipulación ajena. Por otro lado, esto no alude, para nada, a los impúberes ni a otros incapaces, siendo que, aún en espacios distintos y más básicos, pueden ejercer su libertad (el grupo investigador estima relevante esta salvedad).

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J. (2017a) La Política Pública Educativa: Desarrollo en el contexto Colombiano. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.475-492). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Aguilar-Barreto, A.J. (2017b) La Educación en Colombia: Históricamente elemento jurídico político para el desarrollo social. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.650-680). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Aguilar-Barreto, A.J., Fonseca, K y Carrillo, S. (2018). Política Educativa en Colombia: una mirada a la gestión comunitaria. En Aguilar-Barreto, A.J., Hernández, Y., Contreras, Y. y Flórez, M. (Ed.), *La Investigación Educativa: Reconociendo la escuela para transformar la educación*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Simón Bolívar.
- Aristóteles. (1988). *Política* [trad. Manuela García Valdés]. Madrid, España: Gredos.
- Bermúdez, J., Pérez, A. & Sanjuán, P. (2017). *Psicología de la personalidad: teoría e investigación. Volumen I*. Madrid, España: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Binetti, M. (2005). La posibilidad necesaria de la libertad. Un análisis del pensamiento de Søren Kierkegaard. *Cuadernos de Anuario Filosófico*, (No. 177), p.p. 1-117.
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de marzo de 1995). Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente (MP): Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336 de 2008. MP: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de agosto de 2014). Sentencia T-623 de 2014. MP: Jorge Ignacio PreteltChaljub.
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2017). Sentencia T-413 de

2017. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia. Corte Constitucional. (5 de noviembre de 1998). Sentencia SU-642 de 1998. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

García, K., Jaimes, P. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución”: a la luz de jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.493-508). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>

López, J., Bracho, C. & González, R. (2004). La libertad como valor. *Educación en valores*, (No. 1), p.p. 106-113.

Martínez, M. (2004). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*. México, D.F. México: Trillas.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Pegueroles, J. (2006). Libertad, creación y finalidad. *Espíritu: cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, Vol. 55(No. 134), p.p. 203-208.

Real Academia de la lengua Española (RAE). (s.f). Diccionario de la Real Academia de la lengua Española (DRAE) [definición de “libertad”]. Madrid, España. RAE. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=BCYeXUXxUDXX2qTTXaNd>

Sánchez, J. (2011). Inicio y fin de la personalidad jurídica. En Sánchez, J. (Editor.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010: conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario* (p.p. 1-24). México: Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3834-cien-anos-de-derecho-civil-en-mexico-1910-2010-conferencias-en-homenaje-a-la-universidad-nacional-autonoma-de-mexico-por-su-centenario>

Sellés, J. (2012). La libertad según Sören Kierkegaard. *Intus-Legere Filosofía*, Vol. 6(No. 1), p.p. 21-33.

Yepes, R. (1997). La persona como fuente de autenticidad. *Actaphilosophica*, Vol. 6(No. 1), p.p. 83-100.

6

DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y APLICACIÓN

Samuel Leonardo López-Vargas

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: leonarsamuellopez@gmail.com

Elizabeth Pérez García

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: perez.elizabeth1603@gmail.com

Erika Nathalia Ordóñez Mahecha

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: erika_nathalia@outlook.com

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Resumen

En el presente escrito se asume una discusión respecto a la noción de derecho fundamental innominado, partiendo desde su fundamentación epistemológica en cuanto a la naturaleza del ser persona y su relación con aquellos derechos inherentes que guardan relación directa con su dignidad, lo que exige determinar su axiología directa con el iusnaturalismo y su transformación a derecho humano mediante las diferentes revoluciones acontecidas durante la edad moderna. Para lograr este objetivo, se utiliza un método hermenéutico desde diferentes

corrientes del derecho como el iusnaturalismo e ius-positivismo para analizar el recorrido histórico-filosófico de la noción de derecho innominado, además, del razonamiento jurídico en la sistematización de ciertas facultades jurídicas no positivizadas por parte de los precedentes de la Corte Constitucional colombiana, mediante la ponderación de principios constitucionales.

Palabras clave: Derecho innominado – derecho natural – derecho humano - derecho fundamental

Innominate fundamental rights: evolution, concept and application

Abstract

This paper discussion is assumed about the notion of the innominate fundamental rights, starting from his foundation epistemology in terms of the nature of a person and his relationship with those rights inherent to the human being, that a hold a direct relationship with his own dignity, which helps to identify a direct axiology with the natural law and the transformation to a human right through the different revolutions that occurred during the modern age. To achieve this goal, we start use hermeneutics method from different currents of law such as iusnaturalism and iuspositivism to analyze the historical-philosophical journey of the notion of unnamed law, in addition, the legal argumentation for the systematization of certain rights not positivized by the jurisprudence of the Colombian constitutional court through the weighing of constitutional principles.

Keywords: Innominate rights - Natural right - human rights - Fundamental rights

Introducción

Entender el concepto de *derecho fundamental*, su epistemología en la dignidad personal y el poder, conlleva realizar una reflexión histórica y filosófica del mismo concepto. Antropológicamente esta noción parte del iusnaturalismo como aquellas facultades que eran intrínsecas de la persona por su condición de vida, donde los reyes y monarcas merecían el poder por su origen real, mientras que el pueblo debía ser oprimido, de lo anterior según como describe Castro (2015), nace “*un esquema dualístico del poder*” entre quien domina y los dominados, permitiendo establecer que la historia humana es una sucesión de violencia entre quien ostenta la autoridad y su resistencia por obtener el poder y derechos. (Foucault, 1981).

Mediante las revoluciones de los siglos XVIII al XX, se reconceptualiza la noción de iusnaturalismo en donde no importa el origen que tenga una persona, las facultades son otorgadas a los seres humanos por el hecho de haber nacido; mediante estos sucesos, los dominados adquieren derechos, los cuales deben ser respetados y acatados por el dominante, quedando estas facultades establecidas en instrumentos internacionales como: la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), mutando de esta forma del iusnaturalismo a la noción de derecho humano.

En el transcurso del siglo XX, fueron apareciendo las constituciones políticas y con ellas la positivización de los *derechos humanos* en los acápites de *derechos fundamentales*, siendo esta la esencia del presente artículo de investigación. El renacer del iusnaturalismo en Ronald Dworking (Neoiusnaturalismo), permitió que la metafísica vuelva a ser el centro para el derecho, permitiendo que las facultades de las personas se puedan establecer desde la norma positiva como de la natural; por esta razón, los Estados Sociales de Derecho, han introducido dentro de su constitución, una cláusula especificando que la mención de las facultades en las constituciones no niegan otros derechos que son inherentes a la persona, aunque estos no se establezcan dentro de ellas, ejemplo de lo anterior es el artículo 94 de la carta política colombiana o la enmienda novena de la constitución política de los Estados Unidos, de la anterior premisa se instauran los *derechos fundamentales innominados*, que no son otra cosa que aquellas facultades que no fueron positivizadas dentro del acápite de *derechos fundamentales* pero que son intrínsecas a la persona.

Metodología

Se analizó epistemológicamente y axiológicamente la noción de derechos mediante la evolución del iusnaturalismo, su transcurrir por el concepto de *derecho humano* hasta llegar a su positivización en *derecho fundamental* mediante las diferentes corrientes del derecho, abordando el paradigma dialógico de Sandoval (2002) donde “la subjetividad y la

intersubjetividad se conciben, entonces, como los medios e instrumentos por excelencia para conocer las realidades humanas” (p.29).

Se desarrolló, una interpretación desde un enfoque hermenéutico (Sandoval, 2002) para comprender la importancia que tiene los *derechos innominados* en la salvaguarda de la dignidad humana, principio fundamental en los Estados sociales de derecho por esto, la técnica de recolección de información fue el análisis del discurso por ser un factor que intercede en la “*constitución de la realidad social. Es lo que se conoce como la concepción activa del lenguaje, que le reconoce la capacidad de hacer cosas y que, por lo mismo, nos permite entender lo discursivo como un modo de acción*” (Santander, 2011).

En correspondencia con la técnica abordada, se construyeron protocolos de información en las siguientes condiciones: primero, la matriz de análisis documental (MAD), tendiente a recolectar e interpretar las diferentes posturas jurídico-filosóficas de la historia, que han hecho inferencia en la concepción de derechos inherentes al ser humano; segundo, se maneja la matriz de análisis jurisprudencial (MAJ), con ella se enlazan las tesis tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para garantizar la prevalencia de ciertos *derechos fundamentales innominados* que por su naturaleza o analogía deben ser considerados como fundamentales.

Fundamentación teórica

Concepción sobre los derechos humanos.

La característica fundamental que define a los *derechos humanos*, consiste en la afirmación de que todas las personas, por solo haber nacido; son titulares de algunos derechos que nunca podrán ser vulnerados por la sociedad; estos tipos de derecho son intrínsecos al ser humano,¹ no se justifican por su nacionalidad, cultura, religión, entre otras circunstancias

¹ Por tratarse de derechos intrínsecos al ser humano, los Derechos Humanos forman parte del Derecho Natural.

para ser reconocidos. Son de carácter *universal* porque se predicán a toda persona en el planeta; *inviolables* partiendo que deben ser respetados por todas las personas al igual que los Estados; de forma *imprescriptible* dado que es improbable perderlos, ni se pueden adquirir pasado el tiempo; de contenido *inalienable* teniendo en cuenta que es imposible renunciar a ellos; son *indivisibles* debido que no hacen distinción entre clases; por último, *absolutos* puesto que están por arriba de cualquier otra norma y su límite radica en donde empieza las facultades y la dignidad de las demás personas (Escobar, 2011; Pérez y Aguilar-Barreto, 2017).

Los *derechos humanos* o *derechos del hombre*, más allá de la polémica nacida por su concepción como derecho subjetivo, se asemejan en su “*anterioridad e independencia de la norma positiva*” (Suarez, 2016); así, el núcleo básico del derecho humano nace desde un contexto marcado por guerras civiles que permitieron el reconocimiento personal, social y político de los sujetos frente al Estado; como fue el caso de la *Carta Magna de Inglaterra (1215)*, siendo tal vez el primer Estado donde se sancionó los derechos del hombre libre frente al poder del Rey, quedando excluidos la mayoría del pueblo por ser siervos o esclavos; igual que el *Bill of Rights de Inglaterra (1689)*, donde el Rey renunciaba a su origen divino acatando las órdenes del Parlamento y se comprometía a respetar ciertos derechos a los ciudadanos; *la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*, este documento se enfatizó en el pensamiento burgués, afirmando que “*el poder reside en el pueblo*”; consecuentemente a estos acontecimientos, sobresalieron las revoluciones liberales en Europa y la independencia de América, permitiendo así, la creación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, dicha norma supranacional tiene como fin exponer como los Estados trabajando mancomunadamente con las personas logran la edificación de un orden social de carácter internacional, haciendo que las facultades proclamadas en este documento sean efectivas a todos las personas del planeta.

El cambio paradigmático de la noción de iusnaturalismo como una potestad divina de los monarcas por ser los representantes de Dios en la tierra, a la facultades que debe tener todo individuo por el hecho de

existir, desde una perspectiva humana², se da gracias a tres elementos estructurales según Ferreres (2011) primero, el origen de la supremacía constitucional en los recientes Estados de derecho; segundo, la relación entre regla y principio constitucional; y tercero, el activismo judicial de los modelos continentales europeos y el control norteamericano, lo cual permitió avanzar en la idea de un órgano que se encargasen de la interpretación, alcance y argumentación de la norma constitucional. Lo anterior, partiendo que al *derecho fundamental* se le debe atribuir un significado concreto y así poder proyectar solución a diversos problemas que surgen en las sociedades contemporáneas.

Mediante estos sucesos conceptuales e históricos de los *derechos humanos*, se pudo concluir una nueva categorización a partir de generaciones, teniendo en cuenta los decálogos constitucionales emergentes en los Estados, al igual que, el avance científico, económico, social y ambiental en el contexto social; autores como Escobar (2011) reconoce cuatro tipos de generaciones:

Primera generación. En esta generación se abarcan los derechos civiles y políticos, los cuales tienen como origen la disputa en contra del abuso al poder, estos derechos obligan a los Estados el respetar las facultades y libertades de sus habitantes; esta primera generación se plasmó en instrumentos tales como el *pacto internacional de derechos civiles y políticos*, donde se ven reflejados derechos tales como la vida, integridad física y moral, libertades, igualdad, justicia, participación política, entre otros.

Segunda generación. En ellos se agrupan derechos sociales y económicos, dirigidos a optimizar la calidad del vivir de los ciudadanos, donde los Estados juegan un importante papel en la satisfacción de

² A partir de las ideas humanista que se fueron concretando en Europa en el renacimiento y luego en América durante el periodo colonial, las clases medias empezaron a exigir el reconocimiento de ciertos derechos civiles, los cuales redujeron el poder de los monarcas; ejemplo de ello fue lo acontecido en Inglaterra durante el siglo XVII y XVII.

necesidades y prestación de servicios; esta categoría de derechos es frecuente en las *Constituciones de Estados Sociales de Derecho*, donde se encuentran derechos como la seguridad social, el trabajo, salario justo, sindicatos, salud, entre otros.

Tercera generación. Conocidos también como derechos de pueblos o derecho de solidaridad, ellos nacen de problemas de carácter internacional como réplica a la necesidad de cooperar con diferentes Estados; el derecho de tercera generación, refiere a la preservación del ambiente natural, al igual que el desarrollo de los pueblos y su determinación; documentos tales como *la declaración de Estocolmo, la carta mundial para la naturaleza o la convención de Río de Janeiro*, son ejemplos de esta categorización.

Cuarta generación. Estos derechos engloban a todo individuo en una sola familia, para el fin, que entre todos busquen su bienestar general, así como la plena integración de la humanidad en el disfrute total de sus derechos, sin distinción por nacionalidad, orientación sexual, opción política, entre otros; de la forma anterior se deben identificar a estos derechos como supranacionales.

Derecho humano a derecho fundamental.

A finales del siglo XX, el contorno jurídico estuvo subyugado por el iuspositivismo mediante las nacientes teorías jurídicas, esta doctrina empezó a perder su posición frente a los nuevos ideales del derecho que intentaban explicar de forma concreta los diferentes problemas jurídicos-sociales; la crítica más notable al iuspositivismo tuvo lugar en la década del sesenta, formulada por Dworkin, en contra de Hart, el argumento vinculante a esta sátira recae en que puntualizar al derecho como el conjunto de normas formales y auxiliares resultaba improcedente (Suarez, 2016), para Dworkin el derecho no está integrado por reglas jurídicas, y por principios, estos tipos de normas se identifican porque su fuerza jurídica no está atada a actos institucionales de poder para volverse vinculantes, a contrario sensu, dependen de su propio contenido, puesto que sus mandatos son jurídicos y por ende deben ser cumplidos, como en los principios, los cuales se definen como “*un mandato de optimización*”

(Bernal- Pulido, 2009) es decir, los principios no establecen taxativamente lo que debe hacerse, simplemente son una guía para que las cosas se hagan lo mejor posible, de acuerdo a posibilidades existentes.

La crisis del iuspositivismo, condescendió la modificación de una vertiente jurídica anterior a esta; el neo-naturalismo jurídico, consintió en entender que el derecho debe estar formado por normas positivas y naturales, las primeras creadas por las realidades sociales, las segundas, son independientes a la voluntad del ser humano, teniendo en cuenta que son inherentes a la persona, lo que para el pensamiento contemporáneo denomina como *derechos humanos o derechos del hombre*, sin embargo, este tipo de derecho no se compensa con ser abstracto a los ordenamientos jurídicos, por su esencia exigen su positivización, es decir, conglomerarse en la diversidad de sistemas normativos (Suarez, 2016) de esta forma permite que los órdenes jurídicos tengan una mayor unidad y estabilidad respecto al método de mantener protegidos los principios y valores constitucionales.

La positivización de *derechos humanos*, admite el origen de *derechos fundamentales*, siendo estas normas positivas las que reconocen facultades jurídicas fundamentales a las personas Como expresa Robert Alexy, (citado por Bernal-Pulido, 2003) diversos fenómenos pueden ser catalogados bajo la expresión de derechos, sin embargo, la noción de *derecho fundamental* es el "*derecho a algo*", por consiguiente, existe una relación normativa entre el titular, el destinatario y el objeto de las facultades jurídicas, estableciendo un derecho exigible por parte del titular y una obligación relacional al derecho; la noción de *derecho fundamental* puede también definirse en tres sentidos diferentes: sentido formal, sentido material y sentido procedimental. Desde un sentido formal, *derecho fundamental* se concibe como todos aquellos catalogados como tales dentro de una constitución.

En sentido material, se establece mediante la relación intrínseca que guarda con los *derechos humanos*, los cuales, en ocasiones, se transforman en derecho constitucional positivo. De lo anterior, es de resaltar que no todo *derecho fundamental* se encuentra explícitos en la carta política

(Derecho positivo) existen ciertos derechos que, aunque no se establezcan dentro de la Constitución, son inherentes a la persona, a estos tipos de facultades, se les denomina como *derecho fundamental innominado*.

Finalmente, en coherencia con García, Ibañez y Aguilar-Barreto (2017) un *derecho fundamental* puede también verse desde un sentido procedimental, desde esta perspectiva, limitan el proceso democrático, al establecer que son vinculante también para el legislativo, es decir, el congreso o parlamento, al momento de crear la norma jurídica, no puede desconocer los derechos intrínsecos de la persona, teniendo en cuenta que los derechos constitucionales regulan aspectos necesarios en el desarrollo de la vida digna, por esta razón, una vez dada la positivización, deben ser respetados por el legislador (Cainciardo, 2001) de aquí, nace como pregunta ¿Quién y de qué manera tiene competencia para decidir sobre los *derechos fundamentales*? El encargado de establecer la norma es el poder constituyente.

Ni siquiera su interpretación vinculante definitiva puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria, dado que esta, en todo caso, debe estar vinculada por los derechos fundamentales... por consiguiente, la idea de una jurisdicción constitucional está ya implícita en el concepto de derecho fundamental. (Bernal pulido, 2003)

La jurisdicción constitucional, puede entonces considerar que cierto derecho pueda ser o no positivizado en la Carta Política, dependiendo de su trato e importancia con la dignidad del ser humano; en caso de aquellas facultades que no fueron introducidos en la Constitución, no es excusa para no adquieran esta categoría por acceso de la jurisprudencia. (Cecilia, 2012). El desarrollo del pensamiento de los *derechos fundamentales*, parte de reconocer históricamente las realidades sociales, pero no desde una mirada abstracta, sino como la forma de entender y poder satisfacer las necesidades de los individuos que habitan un territorio, cuanto que esto constituye la base fundamental del Estado.

En América Latina, alrededor de los años ochenta, se originó un fuerte retorno de las democracias representativas, conllevando el restablecimiento del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso

se llevó adelante por medio de reformas constitucionales, identificándose por la incorporación de cantidad de facultades y herramientas jurídicas que permitieran proteger integralmente estos derechos; consintiendo en este sentido una transformación en las estructuras de los Estados que se evidencia en la reducción del poder, la tipificación de *derechos humanos*, permitiendo su ampliación a dimensiones como lo social, económico y cultural, además, la afiliación de tratados internacionales y la consolidación de la jurisdicción constitucional (Landa, 2002).

Resultados y discusión

Noción de derecho innominado y su relación con los derechos fundamentales en el Estado colombiano.

No todos los *derechos humanos* están claramente reconocidos por el ius-positivismo, pues su sustento no depende en la positivización como derecho fundamental, pese a ello, es cierto que los derechos naturales son tan significativos para las personas, que dificultosamente pueden ser excluidos del catálogo de *derechos fundamentales*; de tal manera, establece una relación estrecha entre los conceptos de *derecho humano* y *derecho fundamental*, permitiendo concluir que, aunque se puedan instituir diferencias entre estos conceptos, comparten características que permiten hablar de un florecimiento de la noción de iusnaturalismo. (Suarez, 2016)

Derecho fundamental innominado es aquel que no está positivizado como tal en la constitución, sin embargo, ha sido reconocido por instituciones jurídicas como fundamental por estar inmerso en el ámbito de amparo de principios constitucionales; por medio de los precedentes de la Corte Constitucional, se han acogido varios derechos fundamentales innominados que expresamente no están en la Carta Política o en la ley³, pero son vinculantes a las personas dentro del Estado colombiano, según

³ Como es el caso del derecho a la salud, a partir de la Constitución de 1991, la salud en el Estado colombiano se entiende como un derecho del catálogo de aquellos que son sociales, económicos y culturales, sin embargo, mediante la ley estatutaria 1755 de 2015, la salud se transforma en derecho fundamental en Colombia.

lo establece la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 94 superior⁴ y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (1991) en el artículo 2 del Decreto 2591⁵.

En los precedentes de la Corte Constitucional, es recurrente la aseveración de que la dignidad de una persona se concierne como el cimiento que da fuerza a los *derechos fundamentales* tanto innominados como positivizados, es aquí donde la ponderación juega un papel importante para el afirmación y desarrollo de los derechos constitucionales por parte de esta jurisdicción, así la Corte constitucional (1992) en Sentencia T-401, M.P. Eduardo Cifuentes, establece que la dignidad “*Más que derecho en sí mismo*” se debe entender como eje central de todas las facultades y garantías jurídicas contempladas en la carta política, ejemplo, la Corte constitucional (1996) en Sentencia T-645, M. P. Alejandro Martínez, da cuenta de la conexidad entre el derecho de la integridad física con la facultad jurídica de la vida, las cuales tienen una “*manifestación directa del principio de la dignidad humana*” a contrario sensu, la Corte constitucional (1996) Sentencia T-472, M.P. Eduardo Cifuentes, limita la dignidad de las personas jurídicas al establecer que ellas no pueden disfrutar de la titularidad de ciertas facultades jurídicas como la honra y el buen nombre.

Buena parte de las facultades innominadas reconocidas y desarrolladas por el Estado colombiano, han sido mediante la jurisdicción constitucional, mediante la ponderación de principios se ha consolidado un conjunto de argumentos sólidos para la estipulación de ciertas sub-reglas constitucionales que permitan mediante la irradiación del principio de la dignidad de la persona, el amparo de derechos inherentes y no positivizados del individuo para su desarrollo

⁴ Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁵ Artículo 2o. Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

pleno como persona. Algunos de estos derechos innominados son:

Derecho al mínimo vital. Este derecho innominado, cobija diversas prestaciones, como es el salario y la seguridad social; si bien, la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 53 constitucional, contempla la facultad jurídica que tiene todo trabajador a percibir una “*remuneración mínima vital y móvil*” como contraprestación por su trabajo, no es el único que desarrolla este derecho, se ha reiterado mediante el precedente de la Corte Constitucional, que el mínimo vital es una facultad jurídica fundamental atada con la dignidad humana, dado que compone la guarda de los ingresos que serán presupuestados a la subvención de las necesidades indispensables para lograr que la persona viva en dignidad. (Corte constitucional, 2011, sentencia T-211, M.P.: Juan Henao).⁶

De igual forma, la noción de *mínimo vital* no puede verse solo desde un enfoque cuantitativo, por el contrario, ha de verse desde lo cualitativo, considerando que su naturaleza depende de las circunstancias particulares; así, el *mínimo vital* no se asemeja al salario mínimo que percibe mensualmente el trabajador, en cambio, depende del entorno personal y familiar de cada individuo, partiendo directamente del status socioeconómico que la persona alcanzó a lo largo de su existencia (Corte constitucional, 2012, sentencia T-378, M.P.: María Guillen)⁷

Derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios. Se ha desarrollado mediante el tiempo, una amplia jurisprudencia, en relación a los individuos que pueden hallarse expuestos a inseguridades extraordinarios contra su vida o integridad personal, por tal razón, son *sujetos de especial protección*; estos hechos, ha destacado el órgano constitucional, debe revestir características específicas para que estas

⁶ Este enunciado, se puede encontrar también en sentencia SU-995/99, M.P.: Carlos Gaviria.

⁷ Este enunciado, se puede encontrar también en sentencias T-184/09, M.P.: Juan Carlos Henao.

personas, puedan ser parte de la protección de la facultad jurídica de la seguridad personal.

Debe tratar un nivel de inseguridades extraordinarios, el cual, las personas no están jurídicamente forzadas a soportar, en consecuencia, tienen derecho a recibir amparo especial a sus derechos por parte de las autoridades frente a estos hechos. La corte Constitucional en la sentencia T-719/2003 (M.P.: Manuel Cepeda), detalla características para establecer si un riesgo tiene la intensidad suficiente para ser extraordinario:

(i) debe ser específico e individualizable, es decir, no debe tratarse de un riesgo genérico; (ii) debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas; (iii) debe ser presente, esto es, no remoto ni eventual; (iv) debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor; (v) debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable; (vi) debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso; (vii) debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no es uno que deba ser soportado por la generalidad de los individuos; y (viii) debe ser desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo. (Corte Constitucional, 2003)

Cuando estas características asistan, determina la corte que se debe fijar si es un riesgo que no es necesario que una persona tolere, en consecuencia, será ajustable la facultad jurídica de la seguridad personal. Entre mayor sean las características confluyentes, mayor debe ser el nivel de amparo por las autoridades a la seguridad personal del afectado.

Esta regla se ha aplicado, entre otras circunstancias, a miembros de diferentes partidos políticos como fue el caso de un integrante del Partido Comunista y de la Unión Patriótica estudiado por la corte, el cual fue víctima de agresiones contra su vida por parte de corporaciones del Estado; por ello, solicitó el amparo a la vida de él y de su familia, dicha solicitud se basaba en el hecho que estas agresiones se hacía presente en situaciones de conflicto armado entre

la fuerza pública y los grupos armados al margen de la ley, el Estado debe ser considerablemente sensitivo con sus intervenciones, con el fin de poder preservar una moderación política y social, mediante el amparo a grupos minoritarios. (Corte constitucional, 1992, sentencia T-439, M.P.: Eduardo Cifuentes)

Derecho al olvido. A partir del derecho fundamental de *habeas data*, se desprende el *derecho al olvido o a la caducidad del dato negativo*, consistente que, las sanciones o informaciones negativas de un individuo no tienen disposición de perpetuidad, sino que, transcurrido un lapso de tiempo razonable, la información negativa de las personas debe desaparecer de registros y cesar cualquier efecto. A diferencia de otros Estados, en Colombia, la facultad jurídica del *habeas data* está positivizado de acuerdo con la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 15 constitucional, en él, se consagra el derecho que tiene toda persona a su intimidad y al buen nombre, de igual modo establece que el sujeto tiene la facultad de actualizar y rectificar las informaciones que existan en las bases de datos; siendo este el argumento jurídico del *habeas data*, el cual, cuenta con un núcleo básico compuesto por el derecho a la independencia informática y por la libertad; de igual forma, existe la facultad jurídica de la caducidad del dato negativo, no positivizado expresamente en el artículo 15 de la Constitución, pero se deriva de la misma independencia informática, y también de la libertad. (Corte constitucional, 2010, sentencia T-168, M.P.: Gabriel Mendoza.)⁸

El insolvente tiene derecho a que la información personal se actualice, que contenga los hechos nuevos que le benefician, por ello, se debe fijar un término sensato para eliminar información negativa de los sujetos, pues no es lógico, ni tampoco justo que el buen comportamiento de los últimos años por parte de las personas, no borrasen la mala conducta pasada; la persona, después de pagar sus deudas, con su buen comportamiento por un lapso determinado y razonable ha creado un buen nombre, una buena fama, que en el pasado no tuvo (ibíd.); el término establecido por

⁸ Este enunciado también se puede encontrar en sentencia T-713/03, M.P.: Jaime Araujo.

la ley para la caducidad del dato negativo es de cuatro (4) años, según lo establece el Congreso de la República (2008) con el artículo 13 de la ley estatutaria 1266⁹.

Importancia de los derechos innominados

Los ordenamientos jurídicos de los Estados sociales de derecho, son conglomerados de normas que deben obedecer al principio de constitucionalidad, por consiguiente, sus postulados no pueden ir en contra de su carta política; en ella, se agregó un catálogo detallado de facultades jurídicas y libértales fundamentales; sumariamente, los órdenes jurídicos internos guardan respaldo en las normas internacionales de *derechos humanos* que introducen facultades de las personas en el ordenamiento de un Estado, también, cobija con el “*mismo valor y jerarquía*” con que disfruta los derechos enunciados en la constitución (Carpio, 2000).

En las normas positivas se intenta acoger la mayor cantidad de facultades jurídicas fundamentales de la persona, sin embargo, varios derechos acordes a la naturaleza humana quedan por fuera de los decálogos constitucionales, es aquí donde los innominados se priorizan, teniendo en cuenta que la exposición de derechos en las constituciones no se debe entender como negación de otras facultades de la persona que le son inseparables; los innominados remiten a la dignidad del ser humano y trasciende la normatividad y hermetismo de los Estados, permite solucionar vacíos jurídicos por el método de la analogía cuando se promedian con otros de su mismo entorno (morir con dignidad – vida digna) o se entrelazan con los principios y valores de un Estado (mínimo vital – trabajo).

Con las nuevas vertientes del derecho, especialmente el

⁹ **Artículo 13. Permanencia de la información.** La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.

... El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida.

neoconstitucionalismo, pensamiento que realza los principios de la carta política por encima de cualquier otra norma jurídica mediante la ponderación de principios constitucionales, trabajo que le es atribuido expresamente al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, el cual, mediante sus precedentes, esboza un marco normativo para brindar jurídicamente a los *derechos fundamentales innominados* que por naturaleza o analogía se entiende que son facultades fundamentales, de esta forma reconociendo, que el derecho contemporáneo sigue la vertiente de la filosofía del iusneoconstitucionalismo, porque se compone por normas positivas y naturales cuya fundamentación debe ser la salvaguarda de la dignidad humana.

Conclusiones

La historia de las facultades jurídicas inherentes a la persona, ha estado marcada por la disputa de poder entre dominantes y dominados según como expresa Michel Foucault (citado por Castro, 2015) es por medio de las revoluciones por el poder que se adquirió derechos sociales, además de reconceptualizar el significado de derecho natural; con la aparición de los *derechos humanos* y su positivización en los acápites de *derechos fundamentales*, varias facultades inherentes del sujeto quedaron sin plena representación en las constituciones, por consiguiente, el término de *derecho fundamental innominado* tomó valor en los diferentes órdenes jurídicos.

La ponderación, como método de análisis y aplicación en casos concretos de los principios constitucionales de un Estado, ha permitido, mediante el discurso jurídico de la Corte, y por medio de la irradiación de la dignidad humana, reconozca distintas facultades jurídicas innominadas desde un sentido material; este órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, le fue atribuida la función de guardar la integridad y supremacía de la constitución¹⁰ (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) mediante dicha función, tiene la potestad de legislar por medio de sub-

¹⁰ Artículo 241 de la constitución política.

reglas constitucionales el reconocimiento y protección de facultades jurídicas innominadas en casos concretos, además de definirlos y establecer su alcance (Aguilar-Barreto y otros, 2018).

El reconocimiento de la dignidad de la persona, parte de la protección de aquellas facultades que son inherentes a los sujetos, entre estos derechos se encuentran un gran catálogo de normatividad naciente desde el ámbito jurídico internacional, como son las declaraciones de *derechos humanos*, al igual que en el contorno nacional con la positivización de estas facultades del hombre en *derechos fundamentales*, desde un sentido formal dentro de la constitución y desde un sentido material, germinando facultades fundamentales innominadas mediante la creación de sub-reglas constitucionales en los precedentes de la corte constitucional.

Como citar el capítulo

López-Vargas, S., Pérez García, E., Ordóñez Mahecha, E., Aguilar-Barreto, C.P., y Aguilar-Barreto, A.J. (2018). Derechos Fundamentales Innominados: Evolución, Concepto y Aplicación. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 113-131). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J., Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, C.P. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander. *Revista Espacios*, 39 (30). Pág. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html>
- Bernal Pulido, C. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia
- Bernal-Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Externado de Colombia.
- Cainciardo, J. (2001). Los límites de los derechos fundamentales. *Dikaion*. 15(10), 53-73.
- Carpio, E. (2000). El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones constitucionales*. Núm. 3. pp. 3-25.

- Castro, S. (2015). *Historia de la gubernamentalidad I: razón de estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Siglo de hombre editores.
- Cecilia, M. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Salud y derecho*. Vol. 148. pp. 406-410.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República (2008). Ley estatutaria 1266. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.
- Colombia. Corte Constitucional. (2 de julio de 1992) Sentencia T-439. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (20 de agosto de 2003) Sentencia T-719. [MP Cepeda, M]
- Colombia. Corte Constitucional. (22 de mayo de 2012) Sentencia T-378. [MP Guillen, M]
- Colombia. Corte Constitucional. (24 de septiembre de 1996) Sentencia T-472. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (26 de noviembre de 1996) Sentencia T-645. [MP Martínez, A]
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de marzo de 2011) Sentencia T-211. [MP Henao, J]
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de junio de 1993) Sentencia T-401. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (8 de marzo de 2010) Sentencia T-168. [MP Mendoza, G]
- Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (1991). Decreto 2591. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.
- Escobar, R. (2011). Los Derechos Humanos: concepto, visión Y recorrido histórico. *Revista Republicana*. Número 11. pp. 85 – 100.
- Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo Europeo de control de Constitucionalidad*. Editorial Macial Pons.

- Foucault, M. (1981). *“no al sexo rey” en un dialogo sobre poder*. Alianza.
- García, K., Jaimes, P. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución”: a la luz de jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.493-508). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales Cuestiones Constitucionales. *Universidad Nacional Autónoma de México*. (6), 17-48.
- Pérez, C. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la corte constitucional colombiana. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.356-378). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Sandoval, C. (2002). Investigación Cualitativa. Santafé de Bogotá: Icfes.
- Santander, P. (2011). Por qué y cómo hacer análisis del discurso. *Revista Cinta de Moebio*, 41, 207 – 224.
- Suarez, J. (2016). Derechos naturales, humanos y fundamentales. *Díkaion*, 25(2), 157-159.

7

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AMBIENTAL DE LA TÉCNICA FRACKING

Linda Katherine Murcia Sanabria

Abogado en Formación, Universidad Simón Bolívar

Michael Javier Guerrero

Abogado en Formación, Universidad Simón Bolívar

Leidy Yasmin Quintero Ortega

Abogado en Formación, Universidad Simón Bolívar

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Yurley Karime Hernández Peña

Doctorando en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Magister docencia de la Química de la Universidad Pedagógica Nacional, Licencia en Biología y Química de la Universidad Francisco de Paula Santander, Docente Investigadora adscrita al grupo de investigación Educación y Ciencias Sociales de Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0798-5178>. E-mail: hyurley05@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

En Colombia, la explotación del subsuelo es uno de los trascendentales productos sobre el cual se cimienta el desarrollo económico. En el presente, estos, son usados como líquido vital, pues es el combustible energético más utilizado en los medios de transporte. Sus compuestos en la combustión, generan calor y a su vez energía e incluso es utilizado para la fabricación de derivados que son utilizados en todas las ramas económicas. Para acceder a su extracción se debe contar con los permisos exigidos por las autoridades ambientales y la CAR, pues de ahí se partió para la presente investigación. Para la autoridad minera, la implementación de esta

técnica, buscando generar un crecimiento económico considerable, admitiendo una mayor inversión en sectores económicos importantes, debido al actual precio del barril de calidad Brent, hace muy atractivo elevar la producción de barriles. Por otro lado, se encuentran que cierto grupo de colombianos, refutan sobre la habilidad de extraer crudo mediante el *fracking*, pues para algunos, el realizar este procedimiento puede generar una sucesión de desgastes reveladores y concluyentes al medio ambiente a la salud humana. Es claro que la ejecución del *fracking* en el país debe considerarse de conformidad con las nociones constitucionales ambientales; en el instante en que se efectúa este estudio se pudo probar que en ciertos casos estos principios han sido obstruidos por la práctica predicha.

Palabras clave: Exploración, Explotación, Fracturación Hidráulica, Hidrocarburos, Ilegalidad, Inconstitucionalidad, Medioambiente, Nulidad.

Jurisprudential analysis of the environmental law of the Fracking technique

Abstract

In Colombia, the exploration of hydrocarbons is the main tool under which economic development has been based; nowadays these are used as a vital liquid, since it is the most used energy fuel in the means of transport. Its compounds, in combustion, generate heat and in turn energy and is even used for the manufacture of fertilizers, plastics, medicines, among others. According to the author Montoya (2015), "the authorizations recently granted by the Government, have spoken in relation to the extraction called fracking, where this concept has generated discussion and debate regarding its implementation." That is why the mines ministry, seeks the implementation of this technique, seeking to generate considerable economic growth, allowing greater investment in important economic sectors, due to the current price of Brent quality barrels, makes it very attractive to increase the production of barrels. On the other hand, there are some sectors of society, which argue that the technique brings with it a series of significant and irreversible damages in the environment and in human health. It is clear that the implementation of fracking in Colombia, should be analyzed in accordance with environmental constitutional principles, at the time of conducting this study, it could be shown that in some cases these principles have been contradicted by the anticipated practice, in some cases, of This technique of extraction of unconventional hydrocarbons called fracking.

keywords: Exploration, Exploitation, Hydraulic Fracturing, Hydrocarbons, Illegality, Unconstitutionality, Environment, Nullity.

Introducción

El presente artículo procura determinar cuáles deben ser las medidas que conviene seguir en razón de su aplicación, se partirá de

las bases precisando lo que son las riquezas de hidrocarburos, el tipo de explotación realizada en la extracción, pues existen dos tipos de ellos.

Colombia es uno de los principales países de Suramérica que ha buscado trabajar en el procedimiento para la competencia petrolera, consiguiendo ajustarse a las disminuciones del precio en el mundo, adquiriendo una representación y responsabilidad de las compañías petroleras y manteniendo la producción en todo el país, es ahí donde el sector presenta características de volatilidad comercial, trayendo con ello la debilidad de los almacenamientos en Colombia, pues estos todavía podrían obtener para cinco años más en donde el país pasará de ser productor a importador.

En efecto, como propone Aguilar-Barreto, Remolina y Pérez (2016) es importante numerar que los hidrocarburos en la primera clasificación se dan según la ANH, el cual los describió en convencionales y no convencionales, la definición dada, trata de que las mayores categorías son las que se ocasionan de manera convencional, pues estos recursos son el petróleo y gas, que son obtenidos mediante la perforación de las rocas, su extracción no es completa y se pierde mucho de estos recursos al quedar impregnado en las rocas.

Según las características del hidrocarburo y de acuerdo al tipo de extracción del mismo, se establece con mayor destreza a partir del almacén rocoso al pozo y los hidrocarburos no convencionales son aquellos que se extraen mediante técnicas de presión de agua, pues como se mencionó inicialmente en los hidrocarburos convencionales no es posible su extracción total, quedando una parte en las rocas (esponjas). Por tal motivo se creó una metodología de extracción total de dicho material llamado *fracking*, el cual utiliza químicos altamente contaminantes que ayudan al agua inyectada a licuar la roca y extraer totalmente el petróleo, provocando aguas contaminadas que son difíciles de tratar o de utilizar en otra actividad industrial.

El presente proyecto busca analizar los efectos que genera el *fracking*

en el ambiente (aguas, suelo, aire), pues en la actualidad el gobierno colombiano busca mejorar los niveles de producción, extrayendo la totalidad del petróleo existente en pozos ya explorados; pues ahí no se tienen en cuenta los estudios científicos generados en Europa sobre los efectos que genera el *fracking* en las áreas donde se utiliza y el deterioro ambiental que sufrirían sobre todo las reservas de agua subterránea existente en mayor porcentaje.

Metodología

La presente investigación se realiza a través del paradigma interpretativo o método cualitativo en donde se utiliza el diseño hermenéutico, en donde se buscó desarrollar un sentido de análisis jurídico, sobre la explotación convencional y no convencional en Colombia, analizando la afectación de los derechos ambientales a los que son sometidos los habitantes que se encuentran en las cercanías, pues para ello es necesario iniciar analizando las normas (leyes) proferidas en el congreso para resaltar las perturbaciones del *fracking* en el ambiente.

Para tal análisis, se toma como base a Costa et al., quien realizó un análisis utópico sobre este tema, pues en ella se entrevió una clasificación de los factores que afectan jurídicamente la sociedad colombiana en la cual se pretende emplear el *fracking*, especialmente los recursos hídricos; emisiones gaseosas; usanza de superficie; movimientos de tierra; SISO, salud social y seguridad, otras señales. De igual manera, analiza el cambio de paradigma que la reforma supone al supeditar el crecimiento económico del país a la dependencia de sus recursos fósiles, en lugar de transitar hacia una economía baja en carbono, lo que implicaría el incumplimiento de los deberes internacionales de México en factores de cambio climático.

Resultados y discusión

Mediante resolución número 181495 de 2009, el máximo ente regulador, pretende crear las normas que sirvan como un precepto sobre el sondeo y usufructo de los elementos subterráneos, planteando algunos

principios básicos para la realización de dicha actividad, clasificando el tipo de producto como hidrocarburo convencional o no convencional (Aguilar-Barreto, Remolina y Pérez, 2016).

Sin embargo, dicha norma, indica que las actividades de abducción de material a la superficie generan cambios físicos y químicos del suelo. De esta manera se ha planteado manejar un marco normativo que procure regular las actividades, maximizando las operaciones sobre estos. Esta regulación pretende que las empresas del sector, presenten ante las autoridades una serie de requisitos que coadyuven a la prevención mediante planes de contingencia en caso de un desbordamiento. En este sentido, se consume, si bien existe un avance imponente en materia de hidrocarburos, la resolución no incorpora un análisis detallado de estos hidrocarburos, ni tampoco los métodos de exploración y extracción de estos.

En este instante de certeza existe un acceso inmediato a un problema de inseguridad jurídica, el Ministerio de Minas y Energía mediante el Decreto 2730 de 2010 posteriormente abolido en el año 2011 por el Decreto 2100, es así que primeramente se debe esclarecer que este enuncia sobre la propiedad del Min. de Minas en pautar y crear los tipos que concuerden para la investigación y utilización de los hidrocarburos no convencionales, como el decreto del gas natural.

Se habla en la norma técnica, en donde se busca reglamentar los papeles de concesión y contrato para la búsqueda y usufructo de yacimientos de gas natural no convencional. El ente regulador, propone un tiempo no mayor a los tres (3) meses, después de firmada la norma y entrada en vigencia de la misma. Para ello, libraré los criterios para la aplicación de técnicas para la búsqueda y usufructo de depósitos de gas natural y la regla tradicional de coexistencia con actividades mineras, considerando la especificidad técnica y operativa de estas actividades.

Las empresas como proponen Pérez y otros (2017) deben presentar los procesos que van a utilizar para la explotación de dichos pozos, los

métodos ante alguna eventualidad y cuidado ambiental, estos deben ser presentados ante las autoridades ambientales, las cuales expedirán los permisos para la utilización de dichos métodos de cuidado.

Así perjudica el fracking la naturaleza

Mediante el Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, en el artículo 3, define como todos aquellos elementos naturales y artificiales o inducidos, que hacen posible la presencia y mejora de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinado.

Diversos estudios presentados por defensores del ambiente subrayan las secuelas dejadas por el uso del *fracking* sobre la salud y el medio ambiente. Como explica Castillo (2014) *“brinda pruebas de afectaciones al agua potable por gases asociadas a este tipo de extracción, como a continuación se lee: Un equipo de la Universidad de Duke, analizó 68 pozos de agua subterránea en cinco condados de Pensilvania y Nueva York. Por su parte, un estudio de la Universidad de Cornell apunta que el proceso global del fracking produce más gas de efecto invernadero de lo que se esperaba (el metano es más potente que el CO₂)”*. Esta industria ha generado estudios en donde busca convencer que dichos procedimientos son limpios y amigables con el ambiente.

Al final solo se impidió en toda Europa la utilización de la fractura hidráulica de la roca para extirpar cualquier hidrocarburo del fondo, así como la anulación de los permisos ya concedidos, basándose en el principio de precaución. La contravención se sostiene en los peligros que esta técnica conlleva para la salud humana y el medio ambiente, no por los riesgos asociados al posterior uso del combustible.

El *fracking* se ha incrementado en distintos países y en Colombia, presentando un nuevo paradigma, que es discutido, pues aún se estudian los efectos que este trae al medio ambiente y al subsuelo, sin embargo, pues este tema aun en Colombia no ha presentado trabajos científicos de los suelos que puedan ayudar a la toma de decisiones, sobre la prohibición del método de extracción, ya que aún se manejan trabajos aportados por

otros países, en tanto que no se logra conciliar de manera transparente ante los intereses de las naciones, que se encuentran posiciones que en principio parecen irreconciliables Aguilar-Barreto y otros, 2017).

El Gobierno Colombiano, ha presentado trabajos que son la base para la legalización del *fracking*. Para ello creó el instrumento conpes 3517 de 2008. En el impugnan las medidas para la concesión de derechos de búsqueda de gas metano en betas de carbón y reveló ventaja de dicho asunto. Inmediatamente se organizó el Decreto 381 de 2012 el cual logró transformar las prácticas que instauró la cartera de minas y determinó la función de formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en cuanto a la exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles. Mediante la Resolución 180742 de mayo de 2012 el Min de minas instauró los ordenamientos para la búsqueda y explotación de petróleo y en el del Decreto 3004 de diciembre de 2013 facultó explícitamente la práctica *fracking* creando los lineamientos y ordenamientos para la extracción petróleo. En ese sentido, la regulación se da en la Resolución 90341 de marzo de 2014 del Ministerio de minas, en ella se dan las obligaciones los procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.

También, en la Resolución 0421 de marzo de 2014 esa potestad dada la cartera de ambiente, revela y extiende el contenido del estudio de impacto ambiental requerido para otorgar la licencia ambiental para todo proceso de extracción de hidrocarburos.

Es por eso que se presenta una amplia jurisprudencia constitucional sobre la materia, es posible que se pueda concluir que los componentes se deben dar por medio de la protección al medio ambiente que se perturbarían, al vulnerar el cuidado ambiental mediante la autorización prematura del *fracking*. Existe un núcleo mínimo de protección del ambiente a partir de la publicación en la gaceta oficial. Las sentencias de la Corte Constitucional no se han hecho a un lado en la promulgación de dichos estudios de impacto.

Cabe resaltar, que en el nivel más frágil de amparo, en los primeros años de la legislación se le concedió un mínimo de garantías. Desde el año de 1991 se dio un amparo al medio ambiente, convirtiéndose así en la apertura de un derecho, a una obligación. También, se creó la defensa del medio ambiente, pues, cada año, el congreso, vela por mejorar las acciones que se deben generar para evitar el deterioro ambiental, modificando los estándares mínimos, logrando incrementar los razonamientos para salvaguardar el ambiente.

Una de las primeras sentencias que trató el tema ambiental fue la revisión de tutela T-411 de la Corte Constitucional (1992). En esa sentencia, se buscó otorgar una amplia protección a los derechos ambientales, se relacionó tempranamente el ambiente con la vida al señalar: “De la concordancia de estas normas, e inscritas en el marco del derecho a la vida, de que trata el artículo 11 de la Carta, se deduce que el ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro”. En esta sentencia, en una interpretación más prudente, se reconoce el derecho al medio ambiente sano como un derecho colectivo cuya protección, en principio, se realiza por medio de acciones populares.

De igual forma se instauró una regla específica de conexidad, pues ante ciertos casos, se puede vulnerar un derecho constitucional fundamental a través de la afectación del derecho al medio ambiente sano. En ese sentido, se debe proceder mediante un mecanismo legal denominado en la constitución como la acción de tutela. Dicho mecanismo, busca la protección del derecho público en materia de ambiente. Esa conexión entre los derechos sociales y los derechos esenciales prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz. Lo que muestra esta definición, es el amparo que debe realizarse de carácter mínimo, pues, el ambiente sano constituye la condición necesaria para el crecimiento adecuado del ser. La implantación de los principios básicos de protección al medio ambiente es fundamental porque indica que, mientras la naturaleza sea para bien de la humanidad, su falta de protección será inconstitucional.

La fracturación con agua provoca peligros importantes de contaminación de las de consumo, ya que a su vez, este es imprescindible para el desarrollo la vida. Se puede decir que, la autorización de este método sin unas pruebas necesarias puede soslayar que las fuentes de agua se contaminen, afectaría correlativamente la vida humana, y por tanto es inconstitucional. Lo anterior, incluso desde la interpretación del núcleo mínimo de protección, es decir, que el medio ambiente sano representa una condición necesaria para el desarrollo adecuado del ser humano. Empero, hoy en día la Corte maneja una interpretación más amplia de la protección al medio ambiente, como se expone a continuación.

Para el desarrollo de esta lógica, se pretendió buscar las mínimas normas de resguardo al ecosistema, el alto tribunal, en la sentencia C-535/96 promulgó una ilustración sobre el ambiente, ya que este debe es la cuestión de interés social más alta; que dado la globalización, las afectaciones en cualquier parte afecta los distintos ecosistemas, por tal razón dicha sentencia se pretende buscar una responsabilidad por parte de las oficinas centrales y que el Estado se vincule por ciertos deberes en materia ambiental que ninguna ley, por importante que parezca, puede desconocer. Asimismo, el origen de este deber debe estar convenido por el Estado, el cual debe fundamentar todo en los compromisos de las naciones (Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 14) y en la Constitución (arts. 49, 79, 80 y 334). La providencia obliga a que es un deber de todos (industriales, agricultores y sociedad en general) salvaguardar el ambiente (arts. 8, 58 y 95 cn).

Dentro del adelanto y establecimiento de un marco normativo, la Corte Constitucional (C-059/94, M. P.: A. Martínez) constituyó el ambiente sano como un elemento de doble forma, manejándolo como derecho y como obligación. También la Corte marcó dentro de esta sentencia, que debe ser un deber, pues así se advirtió en la Asamblea Constituyente en el texto final de la Constitución, en ese sentido, dependen de él directamente derechos de los ciudadanos, como la salud y la vida, agregando, que el derecho al ambiente sano debe generarse a través de mecanismos concretos para su protección, como es el caso de las acciones populares de

que trata el artículo 88 según lo ha establecido la normativa emitida por la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado implemento el principio de cautela en las decisiones administrativas afines con el medio ambiente. Sin embargo la totalidad de las decisiones tomadas por el colegiado gozan de este principio, al menos una vez resolvió en contra de sus postulados. En sentencia del 19 de octubre de 2004 resolvió *“cerrarse a la banda ante los medios interpuestos popularmente, en donde se solicitaba suspender las fumigaciones de cultivos ilícitos utilizando el herbicidas potentes y no selectivos, pues las pruebas reseñadas no evidencian, que el glifosato empleado genere problemas”*. En este caso, se ha evidenciado que muchos de los lugares en donde se aplicó el químico, ha generado cambios drásticos en la flora y fauna pues nunca existió un principio de precaución. Conjuntamente se demostró ese momento, se debía al crear el derecho ambiental, pues se estaba en la necesidad de reconocer que los inconvenientes ambientales presentados eran provocados generalmente por el hombre.

Por su parte, los organismos judiciales pretenden requerir a través de una medida normativa, promover los lineamientos de comportamiento, con el fin de resguardar el ambiente. Así que se ha indicado que todos los proyectos de las llamados súper construcciones de explotación, deben realizarse mediante el análisis de los impactos que se pueden generar en el proceso de exploración y explotación de los hidrocarburos en general, allí se deben establecer mediante una matriz las amenazas y los efectos que podrían presentarse en un posible caso de daño al ecosistema, pues se pueden ver alterados, trayendo consigo un aumento de niveles de contaminación, por uso inadecuado de los recursos naturales, generando en las comunidades aledañas al proyecto afectaciones directas al derecho a la vida.

Durante años, se ha sentado la discusión respecto la cual, el derecho ambiental es o no una rama interdisciplinaria del Derecho. Para fines de este estudio se analizará esta rama como interdisciplinaria, en primer lugar por su carácter de tutelar los intereses públicos y por lo tanto su

especial incidencia con el derecho público. De allí que las normas jurídicas ambientales, busquen regular las conductas individuales o colectivas que tengan incidencia en el medio ambiente. Por otro lado, ésta rama del derecho, tiene fines preventivos e incluso de reparación de daños particulares, con lo cual constituye un capítulo importante del derecho privado. (Menéndez, Sánchez y López, 2012).

Solo hasta el año 2011, con la expedición del Decreto Ley 3573 de 27 Septiembre del mismo año, se organizó una institución que avalaba los requisitos para poder generar explotaciones de hidrocarburos, esta autoridad se conoció como la ANLA (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales), en ella se vela por realizar un ordenamiento de las zonas en las cuales se pueden realizar labores extractivas, la forma y los planes ambientales, originados como requisitos para la aprobación de los permisos ambientales. Dicha oficina administrativa nace con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, para el desarrollo económico del sector de los hidrocarburos, minas y energías, amigables con el ambiente y desarrollo sostenible. Esta entidad es la garante de que aquellas actividades que estén sujetas a licencias o permisos, en efecto, cumplan con la normativa ambiental, como lo señala el Artículo 2 nace como la herramientas para la obtención de las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos y la de realizar el seguimiento de las licencias, permisos y trámites ambientales¹¹.

Por otra parte, la naturaleza se encuentra dentro del marco legal que regula la licencia ambiental, como un proceso utilizado para la planeación y administración de proyectos que asegura que las actividades humanas y económicas se ajusten a las restricciones ecológicas y del inventario ambiental del país, constituyendo de esta manera un mecanismo clave en la promoción y el desarrollo sostenible. En todo el estudio, se logró probar que las autoridades y los sectores productores, no poseen una efectiva agudeza, ni mecanismos propios que logren alcanzar totalmente el licenciamiento ambiental, pues al ser la ANLA una oficina netamente administrativa, ha convertido el proceso en un simple trámite, perdiendo

así su importancia y naturaleza constitucional.

Para Rodríguez (2011) *“la jurisprudencia ha señalado naturaleza jurídica de la licencia ambiental, ya que la Corte Constitucional ha señalado que la razón de ser de la licencia ambiental es la protección de los derechos individuales y colectivos”*. En donde debe ser deber de la corte, la prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, buscando a través de la presentación de los estudios de impacto, la denegación o cancelación de licencias ambientales, pues es ella quien debe velar por el cumplimiento de las normas aplicando los instrumentos jurídicos para dicha labor.

Colombia se ha visto la necesidad, de generar un impulsar desde el explicación es necesario la preservación de yacimientos no convencionales y convencionales, para su extracción, si quieren que sigan siendo una parte fundamental de la economía, sin embargo, también se debe repetir, que se debe tener en cuenta, que dicha actividad productiva debe contar con la compañía de las corporaciones autónomas, para que apliquen la normatividad, proporcionado el cuidado de las poblaciones, los ecosistemas, que generalmente pueden verse afectados. Esto puede ser posible mediante el seguimiento de a las obligaciones jurídicas a las que se deben comprometer las empresas petroleras.

En tal asunto, se debe precisar que también se debe promover la minería, señalando que este es otro sector importante y que para este sector también se dictan medidas, las cuales se contemplan en el Código Minero del Congreso de la República (2001). Buscando regular la explotación estos recursos, pues, en esta explotación, se evidencia diferentes formas de extracción, además el sector en Colombia presenta un déficit, pues es más la minería ilegal que la legal, provocando la afectación ambiental, ya que los que actúan de esta forma, no cumplen con los parámetros mínimos para el cuidado del ecosistema.

Según la resolución 90341 de 2014 del ministerio de minas y energía se debe analizar punto por punto cual será la técnica de rompimiento llamada *fracking* o fracturamiento si se prefiere. Lo anterior debido a que

es allí en donde será pertinente dar aplicabilidad a unos u otros de los conceptos y requisitos exigidos por la ley, lo cual de igual forma permitirá adentrarse en el estudio del método denominado *fracking*.

Por tanto el gobierno del saliente de Juan Manuel, presento el factor más importante bajada de los precios mundiales del petróleo en el 2014 se presentó al súbito aumento de la producción estadounidense. Luego de varias décadas limitando la explotación de sus reservas, este país empezó a recurrir al método de fracturación hidráulica mejor conocido como *fracking*, catapultándose un año después como el primer productor de petróleo del mundo por primera vez desde 1975.

En el mundo cada día crece la incertidumbre sobre si es cierto que pueden generarse temblores o terremotos como consecuencia del *fracking* y sobre los huellas que este procedimiento en ambiente por dicha actividad. Por tal motivo, se desconoce cuáles son los efectos que genera en la tierra o el agua, pues en algunos países las aguas loticas presentan gas, provocando en estas incendios espontáneos que pueden transmitirse hasta las tuberías de los hogares que reciben por medio de la potabilización; por otra parte aún no se sabe, cuáles son las implicaciones que va a tener en la fauna y en la flora asociados a los territorios donde existen, y también sobre el tema de contaminación las posibles afectaciones en la salud que puedan tener este tipo de actividades. Por tal razón las comunidades requieren, de un estudio sobre las actividades de extracción, es decir que se apliquen métodos de análisis reales utilizando el principio de precaución en esa materia, ya que Colombia debe mostrar un tipo de prueba basado en acciones extractivistas, demostrando, el impacto social, el impacto ambiental e inclusive, el impacto económico teniendo en cuenta otras alternativas para el desarrollo del país.

El ministerio de minas junto con la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, deben establecer los parámetros que indiquen a las empresas petroleras, cuales son las medidas que deben tener al momento de realizar el *fracking*, presentando ante estas instituciones los estudios geológicos y de impactos al subsuelos y las afectaciones graves al ambiente, pues a

través de estos estudios, se basará la expedición de una licencia ambiental por parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Según la nueva ministra de Minas y energías María Lorena Gutiérrez y el ministro de Ambiente Luis Gilberto Murillo, prevé que Colombia aún no está preparada para ese tipo de actividades en el país y hace falta claridad sobre cómo se va a dar su conducción. Pero a partir de esto se presentan dos posiciones pues inicialmente las empresas del sector productivo que está muy interesado en este tipo de actividades y una inquietud por parte de las comunidades muy fuerte de rechazo hacia este.

En la actualidad, se pretende demostrar que el país tiene la necesidad de iniciar el proceso de *fracking* de manera frontal, pues es necesario según algunos miembros del gabinete ministerial, otorgar las licencias ambientales a toda empresa que vaya solicitando licencias de fracturación, sin alegar que todavía está actividad, está en etapa de exploración y estudio. Pues muchos de los estudiosos del tema del *fracking*, aseguran que ya se han hecho actividades de este tipo en el país pero no existen estudios determinantes en el campo de su impacto.

En cuanto a estudios no ha habido mucho, pues en gran cantidad, estos los han realizado entidades no gubernamentales, a partir de estudios europeos, sin tener en cuenta la topografía y los suelos colombianos, haciendo así que los estudios sean más cercanos a la realidad, presentando los impactos de manera real y provocando los cambios de vista que poseen los directivos de que dan licencias ambientales. En tal caso las autoridades ambientales deben tener apoyo de red de magistrados adscritos a la justicia ambiental en Colombia.

Así, países europeos del primer mundo como Alemania, han contradicho el *fracking*, buscando esperar hasta que haya más evidencias sobre sus impedimentos. Por eso se espera que Colombia siga el ejemplo de estos países, mostrando que no necesariamente debemos entrar en la onda de explotación sin ningún estudio técnico, pues si estos últimos, se estaría abriendo la puerta sin medir del todo la incertidumbre que existe y a sabiendas que muchas veces en el país valen más los intereses de las

empresas multinacionales sobre los derechos civiles de los pobladores, pasando por encima hasta de las leyes y sentencias que avalan el derecho ambiental sobre la necesidades económicas del gobierno nacional.

Conclusiones

Las observaciones generadas en el presente trabajo, busca poner una perspectiva de la industria petrolera del país, en donde se logró reconocer que los hechos presentados a lo largo del último periodo presidencial, pues esa industria mueve un cuarto de la economía, siendo esto una condición propia de muchos intereses por parte de una amplia porción de los ministerios, por tanto ellos opinan que se debe promover este sector financiero, a modo que el desarrollo económico y social pueda reorganizar y mejorar el poder económico de la nación. Para esto se debe buscar que las instituciones, expedición reglamentaciones que atiendan a la ordenación técnica de la actividad del *fracking*, convirtiéndola en uno de los estandartes del gobierno nacional.

Obligatoriamente el aspecto jurídico, como explica Aguilar-Barreto y otros (2018) debe presentar una homogeneidad en el procedimiento, incluyendo, la técnica de aprovechamiento mediante *fracking*, exhibiendo los mecanismos ambientales, económicos; pues la aplicación de la ley debe realizarse de manera directa, ya que se debe mantener la preservación del ambiente, a partir del acatamiento del principio de cautela, generando la necesidad de prosperar en la cimentación de este marco legal, teniendo como finalidad la compensación ambiental ante una posible afectación del ecosistema.

El reconocimiento del sector, debe presentarse con posibilidades de incremento de la producción, pues el gobierno busca velar por la seguridad de todos implicados, en la medida que se vayan aprobando dichas normas, pues en últimas la nación no puede salirse de las reglas establecidas, ya que deben buscar la estabilidad y seguridad de quien invierte en el país. Las autoridades estatales, deben propender la protección ambiental la aplicación del *fracking* para la extracción, pues con el empleo de dicho

método, según los estudios científicos, se incrementan la complejidad en materia legal, debido a que las autoridades en su afán de incentivar la producción del sector, pueden provocar que se traspasen los límites de extracción, deben apoyarse en las sentencias emanadas por la Corte Constitucional, pues es ella quien debe brindar la claridad sobre en el tema cuestión.

Para el docente de derecho, el tema legal del cuidado del ambiental, debe explicar la aplicabilidad del decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, pues en este se examinan los requisitos que deben presentarse por parte del explorador, sobre la licencia ambiental para yacimientos no convencionales, dando así vía libre para la actividad, en él, debe especificar el método de producción utilizado, pues el *fracking* tiene una serie de requisitos para su aplicación en Colombia. El crecimiento de adeptos a la aplicación del *franking*, no han tenido en cuenta los estudios realizados en países europeos, en los cuales este método, fue erradicado, pues era evidente que en dichas naciones, su aplicación género temblores, además dejo huellas que fueron imborrables para el ambiente. Por tal motivo, en Colombia se excluye los efectos que genera en la tierra o el agua, sin tener en cuenta la emanación de gas, lo cual genera incendios espontáneos que pueden transmitirse hasta las tuberías de los hogares; en otro sentido no se sabe sobre los impactos que traerán en la fauna y en la flora.

Es por esta razón que las poblaciones demandan, un aplazamiento de dichas actividades hasta que no se presenten pruebas científicas, sobre la aplicación de dicho método, en donde se abarque la realidad para que así se pueda aplicar el principio de precaución, ya que Colombia debe presentar un modelo de desarrollo basado en actividades extractivas, que muestren, tanto impacto en lo social, como el impacto ambiental e inclusive, el impacto económico teniendo en cuenta otras alternativas para el desarrollo del país.

Como citar el capítulo

Murcia Sanabria, L., Guerrero, M., Quintero Ortega, L., Aguilar-Barreto, C.P., y Hernández Peña, Y.K. (2018). Análisis jurisprudencial del derecho ambiental de la técnica fracking. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 132-149). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J., Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, CP. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander. *Revista Espacios*, Vol. 39 (Nº 30), Pág. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html>
- Aguilar-Barreto, A.J., Lizcano, K., Ascanio, J. y Machuca, P. (2017). Método de Sara Cobb en la conciliación: alcances, beneficios y limitaciones frente a la solución de conflictos. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.530-550). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.
- Aguilar-Barreto, A.J., Remolina, Y. y Pérez K. (2016). El principio de oportunidad frente al contrabando de hidrocarburos en zona fronteriza de Cúcuta N.S. *Revista Codex*, 2(2), pp. Nariño (Colombia). Recuperado en: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/3394>
- Colombia. Congreso de la Republica (2001) Ley 1382 de 2010. Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas. Diario Oficial, no 47618, (09-02-10).
- Colombia. Corte Constitucional (1992) Sentencia T-411/18, MP. Carlos Bernal Pulido Menéndez Pérez, Emilio; Sánchez Sánchez, Patricia y López Santiago, César (2012), "Cautivos del petróleo. Un breve repaso histórico", 20 Mitos y realidades del fracking Pablo Cotarelo (ed), Agrietando el futuro. La amenaza de la fractura hidráulica en la era del cambio climático, Ecologistas en Acción, Madrid.
- Pérez, C., Vargas, M., Estéves, X. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017).Aplicabilidad

del marco jurídico ambiental: caso barrio San Rafael De Cúcuta. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.85-102). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia.

Resolución 0421 de (2014). [Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible]. Por la cual se adoptan los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para los proyectos de perforación exploratoria de hidrocarburos y se toman otras determinaciones. DO n.º 49.205 de 7 de julio de 2014.

Resolución 180742 de (2012). [Ministerio de Minas y Energía]. Por la cual se establecen los procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales. DO n.º 48657 de 28 de diciembre de 2012. 87.

Resolución 90341 de (2014). [Ministerio de Minas y Energía]. Por la cual se establecen requerimientos técnicos y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales. DO n.º 49106 de 28 de marzo de 2014. 88.

Rodríguez, G.A. (2011). Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia. Bogotá: Foro Nacional Ambiental; 2011.

8

SÍMIL ENTRE LOS ARREGLOS DE PAZ ENTRE EL ESTADO COLOMBIANO CON LAS FARC Y LAS AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA

Karol Stephanie Cabrera Poveda

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar.

Martha Isabel Jáuregui Hernández

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar.

Oscar Leonardo Medina González

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar.

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Yurley Karime Hernández Peña

Doctorando en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Magister docencia de la Química de la Universidad Pedagógica Nacional, Licencia en Biología y Química de la Universidad Francisco de Paula Santander, Docente Investigadora adscrita al grupo de investigación Educación y Ciencias Sociales de Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0798-5178>. E-mail: hyurley05@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un paralelo comparativo entre los convenios forjados con el grupo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas (FARC) y las negociaciones provocadas hace ya diez años con las AUC, en donde se busca recolectar las similitudes y desigualdades que se generaron en ambos postulados de paz, inquietudes y críticas que se poseen en torno al primer paso elaborado con las autodefensas unidas de Colombia, en donde en hipótesis, se acogió un componente de justicia transicional en el sistema legislativo

colombiano. Se realizará un análisis acerca del inicio del conflicto armado colombiano y la situación vigente. Por lo tanto, se procura efectuar una investigación hipotética de la elaboración detallada y compuesta de la justicia transicional y los dispositivos legales utilizados en ella, comparándolos con la JEP, en donde intenta la búsqueda de elementos similares que se manejaron en los pactos ejecutados en las mesas de diálogo. Según sea el caso, se debe prestar atención en el énfasis y en las definiciones de los comentarios de la Corte Constitucional con relación a las peticiones de inconstitucionalidad que han suscitado las mismas. Para esta situación se intenta determinar cuáles son los componentes iniciales para la instauración y puesta en marcha de la Ley de Víctimas, trazando reflexiones sobre la inflexibilidad de estos dos valores en la norma, cuyos discernimientos buscan enmendar los daños ocasionados a millones de colombianos víctimas del conflicto armado.

Palabras clave: justicia transicional, conflicto armado, Ley de Víctimas, justicia, paz, reparación, víctimas.

Similar between the peace agreements between the Colombian state with the Farc and the self-defense groups together from

Abstract

The present work intends to make a comparative comparison between the agreements forged with the FARC group and the negotiations that took place ten years ago with the AUC, where the aim is to collect the similarities and inequalities that were generated in both postulates of peace, concerns and criticisms that are held about the first process carried out with the united self-defenses of Colombia, where, in theory, a transitional justice mechanism was adopted in the Colombian legislative system. An analysis will be made about the origin of the Colombian armed conflict and the current situation. Therefore we intend to carry out a theoretical investigation of the detailed and organized elaboration of transitional justice and the legal devices used in it, comparing them with the JEP, where it tries to find similar elements that were handled in the pacts executed in the tables of dialogue. Depending on the case, attention should be paid to the emphasis and definitions of the jurisprudence of the Constitutional Court in relation to petitions for unconstitutionality that have aroused the same. For this situation we try to determine which are the initial components for the creation and implementation of the Victims Law, raising introspections about the rigidity of these two values in the norm, under whose criteria they seek to compensate the damages caused to millions of Colombian victims of armed conflict.

Keywords: transitional justice, armed conflict, Law of Victims, justice, peace, reparation, victims.

Introducción

Todo acuerdo de paz se debe efectuar por medio del desarme, la desmovilización y la reintegración, para ello como exponen Aguilar-Barreto y Barbosa (2015) se debe buscar realizar las negociaciones entre las partes en conflicto (el gobierno colombiano y las FARC), las cuales utilizaron como base, el diseño de las mesas de negociaciones practicadas entre las autodefensas unidas de Colombia, con las cuales se establecieron pautas de la Justicia para la Paz. En esta se vislumbraba que los alzados en armas deben recibir un trato equivalente al recibido por los grupos armados desmovilizados al principio de la década de 1990.

Las conversaciones realizadas en la Habana para alcanzar el proceso de paz con las FARC, generó la desmovilización y la entrega de armas, además, se proporcionó un cambio en las políticas internas del grupo guerrillero, pues pasaron de ser un grupo al margen de ley, a ser, un grupo político naciente. Esto no hubiese sido posible, sin el pre diseño del proceso de paz desarrollado con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en mandato de Uribe.

En esta marcada coincidencia entre uno y otro, han provocado discusiones legislativas, pues para que sea aprobada la JEP, tiene que pasar por ambas cámaras gubernamentales, pues en el proceso anterior (con las AUC), se dieron algunas prebendas a los implicados, que crearon malestar entre la comunidad en general; pues por eso se debe esperar en este, que dichas prebendas, no sean tan flexibles y que muchos paguen por los delitos cometidos, en donde dichas aprobaciones creen jurisdicciones especiales para facilitar una salida jurídica de los desmovilizados (Aguilar-Barreto, Villamizar y Ruiz, 2018).

El diálogo creado por el gobierno de Uribe con los paramilitares, concibió el Estatuto de Justicia y Paz, la cual incluyó alternativas disciplinarias (cesación de operaciones, interrupción de la pena y condenas indulgentes de cinco a ocho años de prisión, incluidos los delitos de lesa humanidad). Para tal asunto con las FARC, se pretendió promover una

situación parecida, pues, se buscó que, en el modelo de acuerdos, no se aplicaran castigos severos por casos de lesa humanidad, también, se pretendió que los líderes de dicho grupo, pudieran realizar campañas políticas y accedieran a puestos de elección popular. A todos estos acuerdos se le denominó Jurisdicción Especial para la Paz, la cual tendrá aplicaciones de castigos similares, aunque aún está por sancionar. Los cambios en dichos acuerdos, podrían acarrear, muchas más disidencias armadas, provocando el inicio de una nueva era de conflicto armado, como sucedió en el proceso con las AUC, pues estas crearon más violencia después de fracasar las negociaciones que estando en ellas.

Después de tantos años de conflicto, el presidente en curso en el año 2017, reconoció que el país ha enfrentado un conflicto armado, lo cual provocó una serie de críticas, pues el plantear conflicto, abre la puerta para poder negociar con más herramientas jurídicas. Estos mecanismos provocan la adición de dineros para el patrocinio del conflicto, así se puede solventar el posible resarcimiento de las víctimas. En ese sentido, los negociadores enviados a la Habana por el presidente Juan Manuel Santos, examinaron alternativas para la instauración de políticas públicas, las cuales coadyuve a la implementación y creación de espacios de paz en todas las instituciones educativas y de aprendizaje del estado, en donde se busca implantar providencias en donde estas repercutan las necesidades de aquellos menos favorecidos por la contienda de grupos al margen de la ley.

Como efecto, los procesos de paz promovidos en Colombia presentan a cada uno de los implicados en el conflicto, como una parte más de la solución, pues con ellos se inicia la negociación (tanto las partes del gobierno como los grupos armados), pues, estos son los directamente relacionados con dicha problemática; de igual manera, se debe involucrar a la sociedad civil, pues sobre ellos recae la victimización, ya que, ellos ponen las víctimas (los muertos). Del mismo modo, se deben involucrar otros participantes, como los agentes internacionales, pues ellos son los que contribuirán al cumplimiento de las promesas pactadas en la mesa de negociación. En consecuencia, la política se debe fundamentar en los

puntos negociados entre las partes, además de ponerlos en práctica, es ahí donde se demuestran las verdaderas intenciones de los involucrados.

El presente Trabajo tiene como finalidad realizar un examen al Proceso de Paz que se efectúa entre el Gobierno colombiano y las FARC-EP, haciendo una comparación con el proceso efectuado por el gobierno del anterior mandatario Álvaro Uribe Vélez, quien consiguió que las AUC, se desmovilizaran, entregando las armas y comprometiéndose a contar la verdad y reparando las víctimas del conflicto paramilitar; analizándolo a través de los instrumentos que resultaron de la negociación mostrando los diferentes rasgos del proceso, así como predecir futuras consecuencias, para no incurrir en los mismos errores que se suscitaron en San José de Ralito.

Para esto se debió proponer y expresar las condiciones en la cuales se llevó la negociación, debiéndose fortalecer con las partes, pues por mantener un ambiente de cordialidad fue necesario olvidar quienes eran los que se encontraban en el recinto. Entonces así, se beneficiaron las partes y pudieron avanzar vertiginosamente en la agenda de paz y firmando un acuerdo esperado por los colombianos y la comunidad internacional.

En este proceso de paz se han podido observar avances que nunca antes se habían visto en intentos anteriores de diálogo, como lo es el reconocimiento de las víctimas por parte de las FARC y el Estado colombiano, así como la representación de ellas en la mesa de negociación. Según esta argumentación, el análisis que puede practicar al proceso de paz, debe iniciar a través del análisis de políticas públicas, permitiéndolas equiparar con la resolución del conflicto mediante las negociaciones, utilizando mecanismos con los que lo pretende hacer, los actores implicados, sus intenciones, entre otras.

Metodología

Este estudio se aborda desde el análisis y evaluación crítica de las posturas que ha asumido la rama judicial en especial la corte suprema de justicia, frente al desarrollo de la Ley de Justicia y Paz y frente al

actual proceso de Desarme, Desmovilización y Reinserción en Colombia e igualmente se realiza un análisis al abordar dicho papel dentro del concepto teórico de multilateralismo y de los principios que rigen la política exterior europea.

La presente investigación socio jurídica se enfoca mediante un paradigma histórico hermenéutico y que tiene un diseño hermenéutico, pues en él se plantea el análisis de las partes de textos, diferenciando cada uno de los procesos de paz (AUC y FARC), en donde se pueden comprender, las concepciones de cada uno de los procesos, buscando su totalidad si existe alguna similitud o una diferencia marcada, es decir, se realiza un estudio de textos y su adecuada comprensión. Además En la recolección de información se utilizaron las siguientes técnicas: 1) Interpretación de documentos oficiales y otras fuentes acerca de las características aportadas a la política de paz del gobierno colombiano y 2) Interpretación y análisis de documentos, para describir su posición frente a este proceso.

Resultados y discusión

En los acuerdos iniciados por el gobierno Colombiano (el primero por el expresidente Álvaro Uribe, denominado justicia transicional reparación y el segundo por Juan Manuel Santos, denominado Justicia Especial para la Paz), se buscó ampararlos a través del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), creando una serie de normatividades, que deben ser aprobadas por el congreso en pleno. Aún no se han aprobado la totalidad de acuerdos instaurados y firmados. Aunque, en los decretos iniciales de la JEP, se ha buscado crear en las instituciones de educación mecanismos propios de la justicia transicional, que garanticen los derechos de los jóvenes, buscando que no se conviertan en víctimas y faciliten el estudio del conflicto.

En el acuerdo inicial, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), promovió la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la

no Repetición (CEVCNR), presentando inicialmente características fundamentadas en lo dispuesto de incorporar un órgano de carácter transitoria y de medio extrajudicial, gestionando un análisis, en donde se toque a cabalidad la verdad de lo ocurrido durante el conflicto, intentando proporcionar con esto, una explicación completa a la sociedad colombiana, en cuanto a los contextos que históricamente han envuelto el problema, se requiere de la contribución, basada en la cimentación de unas condiciones de convivencia social, la tolerancia, la aceptación y el respeto, en aras de evitar una eventual regeneración de hechos victimizantes.

El componente auxiliar del sistema integral de justicia se basa en la fundación de la Unidad Especial, en donde se procura encontrar a quienes fueron víctimas (UEBP), pues esta unidad complementará la comisión de verdad y no repetición, las cuales se presentaran al inicio de la aplicación de la ley, estableciendo la coordinación y la ejecución de operaciones benefactoras de aquellos ciudadanos, vivos o muertos, que hayan sido considerados como desaparecidos como consecuencia directa o indirecta del conflicto; y el último componente es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), esta se compondrá por dieciocho magistrados divididos en tres salas de justicia, con ecuanimidad para conceder amnistías por delitos políticos y conexos; por otra parte, se evidencia una sala para la administración de justicia por medio del análisis, el juzgamiento y la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, ocurridos con ocasión al conflicto e imponer medidas penales que prevén sanciones especiales que incluyen penas reducidas y sanciones alternativas.

En ese sentido la JEP, como proponen Díaz, Aguilar-Barreto y Barbosa (2018) busca generar medidas de reparación integral, induciendo la indulgencia de las víctimas, rehaciendo el tejido social en aquellas zonas donde la guerra provocó la pérdida de hombres y mujeres cabeza de hogar, haciendo que la paz sea estable y duradera, incluyendo, el derecho a la restitución, la reparación colectiva en aquellos territorios, poblaciones y colectivos de individuos que hayan sido afectados en gran medida por el conflicto, la indemnización monetaria, la rehabilitación psicológica y

social, la satisfacción de sus derechos y las garantías necesarias de no repetición. Precisamente estas garantías en torno a la creación de unas condiciones transformadoras que impidan la ocurrencia futura de nuevos hechos victimizantes, se constituye como el último componente de este sistema integral de justicia, como el resultado natural de la implementación coordinada de todas las medidas y mecanismos establecidos en el acuerdo adoptado finalmente entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

Todos los procesos efectuados en la historia, demostraron que presentaron las mismas características entre cada uno, por ejemplo, el proceso con el M-19, se planteó una de las soluciones adoptadas en el proceso actual, pues los desmovilizados lograron acceder al ámbito político del país, pero, a diferencia del ejecutado con las AUC, ahí, se propuso que los líderes y combatientes pagaran con cárcel, anexándole la reparación y la verdad y la no repetición; pero este sistema no surtió el efecto pretendido, pues aquellos, que pasaron a la vida civil, se rearmaron porque, nunca se les cumplió lo convenido.

En la actualidad, este proceso busca no repetirlos errores del pasado, provocando un resarcimiento por parte del gobierno hacia los reinsertados, de los violentos con las víctimas y del país con todos aquellos que fueron afectados de igual modo. Lo que más preocupa es que mientras los paramilitares tuvieron que acogerse a la estructura del Estado para su desmonte, ahora son las instituciones fortalecidas las que tienen que acomodarse a la interpretación que hagan las FARC de los acuerdos.

La comparación de un proceso con otro, genera que muchos den su opinión al respecto, trayendo consigo la injerencia de otros actores, como lo son los militares, pues ellos también han cometido hechos de violencia contra los civiles, pues al estar en una confrontación bélica entre grupos armados, los civiles tienden a quedar en medio. Por tal motivo, en la actualidad existen militares detenidos por esos delitos, también buscan acogerse a esta norma, planteando que se cree una estructura parecida a la que están armando en base a la JEP.

Por tal motivo se muestran diferencias marcadas entre el proceso de Santa Fe de Ralito y el de La Habana es el juzgamiento, pues mientras en el primero se juzgó y se pagó cárcel en el segundo se darán dadas a quienes confiesen sus delitos, por eso la Justicia y Paz se promulgó para sacar a los paramilitares; pero la JEP busca incluir a todos aquellos que estuvieron en el conflicto sin importar su filiación armada.

En esta Jurisdicción Especial para la Paz, se localiza la **Corte para la Paz, en esta, es posible que aquellos que se acojan y cuenten los delitos cometidos en su época de guerrillerología** recibirán ayudas, entre éstas, la de reducir las penas, pero el meollo está en estos desmovilizados, deben reconocer su culpa total, presentando las pruebas que lo incriminen y pidiendo a las familias de las víctimas perdón absoluto, así, el magistrado de turno, será quien podrá dar un castigo ejemplarizante según su confesión, en donde el castigo más extremo sería ir a la cárcel.

Todo aquel que desee acceder a una posible reducción de pena, deberá acudir al Tribunal superior de la JEP, en donde los magistrados en sala plena, evaluará si su contribución ha sido cierta y su reconocimiento exhaustivo, completo y detallado. Siendo esta una herramienta vital para poder traspasar y mantener la JEP, aquellos que se acojan, no asumirían la pena máxima generada por cada uno de los delitos, al igual que en la justicia de la Verdad, y Reparación, las penas son alternativas, pues estas presentan un máximo de ocho años de cárcel, teniendo beneficios como los de pagar solo cuatro años de condena en centro penitenciario y otros cuatro años con una sanción propia y restauradora.

La guerrilla de las **FARC y el Gobierno**, en estas negociaciones de paz, han hablado de temas que levantan ampollas, pues, para el gobierno, según Ambos (2009). *“todo proceso de paz, debe tener puntos de acuerdo y sedición, pues la rigidez del mismo, provocaría la ruptura total del diálogo y la vuelta al crimen en el campo, así se logra un máximo de verdad, que sería acorde con los principios del Acuerdo de Paz, pues mantener fuertes sanciones de hasta 20 años de cárcel”*.

Esto haría que quienes sean vencidos en juicio, provocarían escapes de los centros de reclusión y volvieran al delito, sin tener en cuenta que quienes no se presenten ante la justicia sigan el ámbito delictivo sin reconocer su responsabilidad. Algunos agregaron que no van a dejar de ser procesados ni promover la ilegalidad, pues tendrán que cumplir con unos mínimos de colaboración con la justicia y restauración del daño ocasionado a las víctimas.

Argumentaciones proferidas en el transcurso de la negociación

La **Justicia Especial para la Paz**, no presenta claridad en temas como las investigaciones penales adelantadas por la Fiscalía, pues estas deben ser revisadas y analizadas por los jueces de la JEP y **magistrados, pues, a través de ellos se deben analizar si todos los casos son o no de su competencia.**

Estas contradicciones presentadas en las negociaciones y aprobaciones del acuerdo, están fundadas en el ejercicio de investigación de la **Fiscalía, pues ésta**, necesitaría realizar diligencias para la indagación sobre los procesos, como los prevén los lineamientos de la JEP, pues no todos los miembros de las FARC, pueden ser allanados, interrogados o llevados a la cárcel si están acogidos a la Justicia Especial. Esto alcanza a convertirse en un problema, pues así quedó plasmada e interpretada dentro del texto que será analizado por el congreso, convirtiéndose en un tema ambiguo, pues al realizar la diligencia judicial, todo lo investigado debe ir exclusivamente a las audiencias que debe adelantar la Fiscalía para procesar a una persona ante la justicia ordinaria. Sin embargo, este es uno de los principales puntos que se deben resolver en el congreso en pleno para que los procesos no naufraguen al momento de la aprobación y sanción.

Ante todo lo que respecta a la financiación utilizada para la reparación de las víctimas, no hay claridad, pues se habla de un respaldo internacional, junto con una adición de dineros del erario público, es decir, se deben realizar recortes al presupuesto nacional para poder generar dicho programa, ya que los dineros aportados por las FARC, según sus estados financieros no poseen los recursos para trasladar los bienes de las FARC

al Fondo de Reparación a las Víctimas, por lo tanto se tendrá que buscar un mecanismo como las reformas económicas para ajustar el presupuesto de financiación de la JEP.

Este debate también se adelanta en estos momentos en la Corte Constitucional, pues solo existe un mecanismo, como lo es la extinción de dominio para recuperar un bien de origen ilícito. En tal caso las FARC, **deben declarar todos sus bienes (a nombre propio y de terceras personas) para así, poder tener un mayor volumen financiero para reparar a quienes han sido víctimas** de la guerra, teniendo en cuenta los delitos desde el inicio del conflicto hasta la época actual. Estos bienes pueden considerarse ilícitos y deberán ser expropiados mediante la figura de extinción de dominios, pues la gran mayoría de estos fueron adquiridos con dineros de extorsión, droga, secuestros, entre otros.

Es decir, la JEP, **debe poseer una ley** estatutaria, en donde se definan con claridad este tema, pues el gobierno se vería obligado a tramitarlo de forma independiente ante el Congreso, otros mecanismos de financiación, lo que retrasaría más las cosas. La dificultad mayor, que crea un halo de complejidad, podría ser, la de crear el mecanismo en donde las FARC, trasladen o moneticen los capitales, para reparar a sus víctimas, pues este no ha sido generado de forma legal, es allí donde estos bienes pueden restringir la normalidad de los donativos, pues según sea su procedencia se evidencia que en algunos casos estas no se encuentran habitadas, provocando que se inicie una extinción de dominio, por estar en manos de los grupos ilegales. De ahí, se propone que se creen estrategias para la devolución de dichos bienes a sus dueños originales.

En las negociaciones causadas, se pretende iniciar una idoneidad sobre a aquellos que buscan ser reparados por los agentes del conflicto armado. También, se requiere tener en cuenta las condiciones señaladas para reparar a las víctimas, es decir, en esas negociaciones, no se produjo un derrotero para que quienes juzgan, se pueden generar sanciones acorde al delito, pues se deben escuchar tanto a las víctimas como a los victimarios reinsertados, pues estos últimos, deben cumplir condiciones

para definir el papel que jugaron dentro del conflicto armado y así promulgar un acuerdo de paz acorde a lo pactado en Cuba.

Ante esta problemática se presiente un choque de trenes, donde la **Corte Suprema** puede tener un perfil jurídico muy distinto a los magistrados de la JEP, en ese sentido, las vicisitudes en las cuales se sancionaron a personas que se han vinculado legalmente con agentes del terror en Colombia, estos buscan tener beneficios, pues con la colaboración ante los tribunales, también estarían colaborando en la reparación de las víctimas. Ante ese escenario, ya se presenta un análisis de ese escenario, se está utilizando lo pactado con las AUC, para formalizar los pasos que se van a dar en estas nuevas negociaciones. En ese sentido los que han sido condenados por para política, pretenden acogerse a la JEP, pues con este sistema pueden contar la verdad y reparar a las víctimas, sin pagar un día de cárcel, es decir quedarían en libertad de forma inmediata.

Ante esa situación, la Corte Constitucional, se pronunció ante tal circunstancia y ha querido tumbar algunos estatutos del régimen de libertades condicionales, imputando la nulidad ante la condena de militares por delitos de lesa humanidad, a este procedimiento le están dando tratamiento especial, pues la corte considera que los militares, desempeñaron un papel importante en la contención de las FARC, ante el crecimiento exponencial de este grupo en todo el país y por lo tanto sus delitos deben ser juzgados por la justicia militar y no por la JEP. Posteriormente ante este inconveniente estaría la **Corte**, pues son ellos quienes debieron aprobar los decretos que fueron desplegados por el anterior gobierno (Juan Manuel Santos), pues estos decretos se consideraron como inconstitucionales, ya que los beneficios afectaban los derechos fundamentales de las víctimas, en donde solo se deberían otorgar a través de un proyecto de ley estatutaria.

Para las instituciones defensoras de derechos, realizar un proceso de esta manera, se trataría de una jugada del Gobierno, que busca blindar y beneficiar a los militares que, de cierta forma, estuvieron inmiscuidos dentro de la guerra u otro delito de lesa humanidad, en donde estos

pueden obtener la libertad condicional, si se presentan ante el sistema de justicia transicional, pues su exigencia para acogerse a la JEP es la de llevar más de cinco años reclusos, así, los magistrados podrían conceder la libertad condicional, beneficiando también a militares prófugos de la justicia porque suspende las órdenes de captura en su contra si se acogen a la JEP. Una situación que, de acuerdo con las víctimas de crímenes de Estado, genera impunidad.

Muchas de las estructuras armadas de la guerrilla de las FARC no se acogieron al proceso paz con el Estado, rechazando cualquier posibilidad real de renunciar a las armas y cesar su papel victimizante, mientras que otras estructuras, después de haber entregado tan solo parte de su arsenal, optaron por dejar disidencias en sectores estratégicos de los corredores de drogas. Al igual que en el proceso con las AUC, en el de las FARC-EP, el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016) enfatizó en su insistencia en no hablar de entrega de armas, sosteniendo que ello implicaría el reconocimiento de una derrota frente a un adversario militarmente muy superior, cosa que no ocurrió.

En ese caso, la figura de la extradición por parte del Estado solo será aplicado a aquellos que no estén acogidos al sistema, también se extraditaran aquellos que estando incluidos en el proceso de paz, sigan delinquiendo; aunque la aplicación de este mecanismo de cooperación judicial fue suspendida respecto a la cúpula paramilitar como consecuencia de la negociación en que se encontraban el Gobierno y las AUC, pues en aquel momento varios de los más emblemáticos líderes paramilitares que participaban en las negociaciones, se encontraban pedidos en extradición por parte de los Estados Unidos.

Este caso hizo evidente que muchos de las cabecillas de bandas criminales se hicieran pasar por comandantes paramilitares, pues fue muy fácil la compra de franquicias y estructuras armadas al interior de las AUC, iniciando para ellos penas alternativas por su largo prontuario criminal en el marco del instrumento de justicia transicional acordado

con el Gobierno. Este hecho fundó críticas masivas, pues este proceso, no se generó una transformación de los grupos paramilitares, además, al interior de estas células, era muy fácil permearlas, ya que estaban inmersas en el negocio de la droga, haciendo que grandes capos del narcotráfico aprovecharan esta brecha para finalizar teniendo beneficios, haciendo que no todos los paramilitares se desmovilizaran, pero adicionalmente a eso, no todos los que se desmovilizaron eran paramilitares.

Esta circunstancia, sin duda le imprime una connotación diferenciadora a este reciente modelo de justicia, que no tuvo la experiencia transicional de las AUC. En este sentido, se debe señalar cómo el modelo de justicia concertado con esta organización paramilitar adoleció de este tipo de acompañamiento y participación por parte de las víctimas del conflicto armado, tanto en su etapa de diseño como en su proceso de implementación.

El rol jugado de los victimarios frente a sus víctimas, pudo ser determinado en la Ley 975 de 2005 donde dice que: “ha quedado rezagado principalmente a su participación en las audiencias judiciales de juzgamiento y reparación. Las exigencias de las estructuras de víctimas y de derechos humanos por el derecho a la verdad, rectitud y resarcimiento, no contaron con la visibilidad y el respaldo político que parecían tener las propuestas de seguridad y orden lideradas por el gobierno de Álvaro Uribe”. (Gómez, 2012).

Se debe mencionar que los acuerdos, pretenden impulsar la no regeneración de los comportamientos, pues ellos buscan dos posibilidades, la primera se debe dar a través del restablecimiento de la paz y después se debe dar la promoción de juicios y condenas contra los responsables, aunque lo que podría vivir el estado colombiano, es una vuelta con más fuerza y el recrudecimiento de la guerra, o un caso que ya estuvo presente en los diálogos con el M-19, el cual consistió en el abandono del estado y el asesinato sistemático de los líderes del desmovilizado grupo guerrillero.

La corte ha entendido que un proceso de paz suele tener el vocabulario técnico de paz y justicia como adverso, pues quienes ponderan

por uno y otro presentan diversos argumentos que pueden verse como contradictorios, pero no es así, con el trabajo conjunto de los diferentes mecanismos de la justicia transicional, estos objetivos son complementarios y se promueven mutuamente, esto no puede registrarse en la carencia y tampoco en compaginaciones de poder. Se debe dar importancia a la dignidad de las partes afectadas. Es fundamental mostrarse de acuerdo con la verdad de lo sucedido, igualmente suministrar cierta justicia. No es prudente esperar que la población, y especialmente las víctimas, confíen en ver protegidos sus derechos por un distinto régimen cuando, después de las injusticias más inhumanas, no se ha realizado ningún esfuerzo por reivindicarlas.

Para destacar el análisis, se debe pensar que la atribuciones especiales de la Paz, quedarán conformadas por un conjunto de recintos de imparcialidad, existe la sala de Amnistía e Indulto y un Tribunal para la Paz, para orientar en las normas e investigar, explicar, precisar y sancionar las arduas violaciones de los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que adquirieron lugar en la trama y en razón del conflicto armado.

La corte de amnistía e indulto de la Justicia Especial para la Paz, extiende funciones judiciales de modo autónomo e influyente sobre las cuestiones de su competitividad, especialmente relacionadas con las conductas consideradas peligrosas, transgresiones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Comenzará a regir en los términos determinados en el Acuerdo Concluyente. Se interpondrán únicamente a conductas ejecutadas anteriormente a su entrada en vigor. Se puede decir, que los discursos muestran la situación real que tiene el proceso, pues en ella aparece una rescritura de la historia reciente, principalmente sobre los procesos de paz preliminares, los cuales con su frustración originaron una apreciación negativa de esta forma de resoluciones dialogadas al conflicto.

Lo sucedido en este presente proceso de paz, no se había visto antes, pues el gobierno buscó hablar y pregonar sobre la orientación y

la percepción hacia un análisis de un presente superando todo obstáculo y presentando positivamente todos sus proyectos, motivando a más de un escéptico de una manera contrastiva. El grupo guerrillero maneja la revisión histórica para desatar su propio adeudo en los equivocaciones del pasado y culpar claramente a sus antagonistas, auto legitimando la validez de su desacuerdo al reivindicarse como grupo social de oposición. Una y otras discursividades esgrimen la redefinición del pasado reciente como herramienta de auto presentación positiva con funciones políticas, a través del mecanismo de la implicatoria.

La situación de legitimidad del Estado y de las FARC-EP hace que exhiban dos propuestas, en donde se converse de los diálogos de paz. Para la primera propuesta, se debe arriesgar a la democrática dentro del propio propósito gubernamental, la guerrilla se escuda en la paz como su bandera política en búsqueda de la creencia de su conflicto. La arenga de la paz y su retórica no se puede percibir como una sátira, pues esto establecería un muro entre el Estado y la guerrilla, de esta manera se deben enfrentar dos fuerzas armadas en espacios ideológicos polarizados, con actores claramente opuestos en su situación socioeconómica y política, y con tácticas discursivas que discrepan en las formas de convencer a la colectividad nacional e internacional, y confluyen en las formas de corroborar sus gestiones, decisiones y posiciones políticas.

Los dos discursos enlazan el proceso de paz con la jurisdicción que confiere la representación de la población: ocurre con el Estado que su legitimidad institucional se utiliza para establecer los significados de los sucesos y proveer de carácter ético a las decisiones; por su parte, la guerrilla dice ser la vocera de un pueblo dominado y denuncia el umbral de ese dominio en el poder gubernamental. Las enunciaciones del proceso de paz que asoman menos manifiestas en las alocuciones de los actores, pueden colegirse como implicatorias desde las relaciones de lo dicho y lo callado con las situaciones políticas del conflicto armado en Colombia.

“Definir la situación es, entonces, un movimiento discursivo que funciona políticamente: los modelos de contexto orientan la forma estratégica en que

se estructuran los discursos y la manera como se adaptan a cada situación comunicativa" (Van Dijk, 2004, p.71), esto es así, en razón de que se desempeñan análogamente a los modelos de experiencia y de interacción diaria. El acomodo a las necesidades políticas de los actores se muestra en sus definiciones sobre el proceso de paz.

Dentro de la negociación, las partes tienen un acuerdo referente a la pérdida de la libertad de los comprometidos en los crímenes de guerra y de lesa humanidad han establecido dos escenarios, en el primero el acusado acepta los cargos y rinde versión para entregar la verdad del caso y reparar a las víctimas, por lo cual la justicia transicional otorgará una pena entre 5 y 8 años dependiendo de la gravedad del crimen.

Conclusiones

Los acuerdos tácitos, buscan que la justicia y las víctimas acuerden un modelo de justicia transicional absolutamente diferente al implementado con las AUC, que en esencia, contenga instrumentos para desarrollar el contexto de violencia generalizada, respondiendo a los contenidos.

La justicia transicional aplicada en Ralito sirvió para concertar con las FARC-EP, basándose en esos puntos factibles tanto para ellos como para los negociadores oficiales, pues se debe generar un acompañamiento tanto del congreso en pleno, como de entes internacionales de veeduría, así se puede garantizar la aprobación de un marco normativo y la futuras vigencias económicas por parte de veedores internacionales (Aguilar-Barreto y otros, 2018).

Mientras que el proceso de paz realizado con las AUC, presentó discrepancias en los puntos de sometimiento a la justicia parcial, desarrollado de espalda al país, ya que en este, no hubo intervención de las víctimas; además no se presentaron mecanismos de refrendación, provocando el desbordamiento de las capacidades de las autoridades judiciales. Pues este fue un modelo diseñado sin tener en cuenta otros actores que intervenían en el conflicto; es por eso que se puede afirmar que la justicia transicional diseñada entre el Estado colombiano y las

Fuerza Armadas Revolucionarias de Colombia, tiene los elementos necesarios para poder establecerse como la experiencia transicional más desarrollada y completa en la historia actual del país.

Los acuerdos contienen de manera expresa la conducción de procesos penales y de las sanciones que estos procesos van a generar, los cuales pueden ser la competencia de la CPI y además las instancias con que va a contar la JEP, lo que en primera medida permite afirmar que no sería necesaria la intervención de la corte. Aunque en algunos sectores inconformes con el texto final del acuerdo, se ha mencionado la existencia de impunidad por la inexistencia de penas carcelarias, se hace preciso mencionar que los acuerdos contemplan dichas penas, además de mencionar que no existirán amnistías de ningún tipo para los delitos que son competencia de la CPI y la protección encontrada en el Protocolo adicional II de los convenios de Ginebra en el tema de la amnistía extensiva.

Como citar el capítulo

Cabrera Poveda, K., Jáuregui Hernández, M., Medina González, O., Aguilar-Barreto, C.P., y Hernández Peña, Y.K. (2018). Símil entre los arreglos de paz entre el estado colombiano con las Farc y las Autodefensas Unidas de Colombia. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 150-168). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J., y Barbosa, C.(2015). Justicia Transicional y Educación: Prácticas Profesionales y Responsabilidad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar en la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar. *Revista Mundo Fesc*, edición 9 de 2015, pp.69-78. Cúcuta (Colombia). Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5286660>
- Aguilar-Barreto, A.J., Villamizar, H., Ruiz, K. (2018). La corte Interamericana de Derecho y aplicación de Justicia transicional: Un estudio de caso. En: Aguilar-Barreto, A.J. & Hernández, Y (Ed.), *La Investigación Socio jurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el Derecho* (pp.154-189). Barranquilla, Colombia: Ediciones

- Simón Bolívar. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2274/Investigasociojuranaliaspec.pdf?sequence=11&isAllowed=y>
- Aguilar-Barreto, A.J, Aguilar-Barreto, C.P., y Aguilar-Bautista, Y.A. (2018). Políticas públicas para el conflicto armado, desde el enfoque de género. *Revista Espacios*, 39 (4), 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n04/a18v39n04p11.pdf>
- Ambos, C. (2009) La falta de disposición y de capacidad de los sistemas judiciales domésticos, en el marco del principio de complementariedad. A propósito del Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Revista Civilizar*, 9(17), 79-88.
- Colombia. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, (2016). Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/12-1479102292.11-1479102292.2016nuevoacuerdofinal-1479102292.pdf>
- Díaz, Y., Aguilar-Barreto, A.J. y Barbosa, C. (2018). Fortalecimiento de la responsabilidad social universitaria: desde la concertación de espacios dialógicos en la región fronteriza de Norte de Santander. En Aguilar-Barreto, A.J. & Hernández, Y. (Ed.), *La Investigación Socio jurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el Derecho* (pp.54-64). Barranquilla, Colombia. Ediciones Simón Bolívar. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2274/Investigasociojuranaliaspec.pdf?sequence=11&isAllowed=y>
- Gómez, G. (2012). Asimetrías del poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de justicia y paz. *Revista Estudios De Derecho*, 69(153), 89-112.
- Van Dijk, T. A. (2004). La retórica belicista de un aliado menor. Implicaturas políticas y legitimación de la guerra en Iraq por parte de José María Aznar. *Oralia*, 7, 195-225

9

FALENCIAS EN EL SISTEMA LEGISLATIVO EN LA UNIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES INFORMÁTICAS EN COLOMBIA

Edison Giovanni Medina Ramírez

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar

Nereyda Johana Quintero Bayona

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar

José Iván Silva Rincón

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Yurley Karime Hernández Peña

Doctorando en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar, Magister docencia de la Química de la Universidad Pedagógica Nacional, Licencia en Biología y Química de la Universidad Francisco de Paula Santander, Docente Investigadora adscrita al grupo de investigación Educación y Ciencias Sociales de Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0798-5178>. E-mail: hyurley05@unisimonbolivar.edu.co

Resumen

La globalización y el progreso de la tecnología han desencadenado fenómenos que actualmente mueven masas, al punto de ser indispensables en la cotidianidad del ciudadano promedio, se trata de la internet, en especial los portales brindados por todos los sistemas digitales y las redes sociales; ya que ha generado importantes avances creando una proyección y un desarrollo en toda la población moderna. Con este desarrollo se busca traspasar las barreras que existían frente a la necesidad de comunicación, pues antes eran necesarios utilizar el

traslado de los hombres o manejar medios de información como las cartas a través del correo, que generalmente demoraban semanas y meses para llegar a su destino; por tal razón la innovación y la evolución de estos medios trae grandes beneficios en optimización de tiempo y otros elementos, también comporta serios riesgos como lo es la presencia de delitos informáticos; el presente artículo aborda los delitos y el cómo el mundo, ha tenido que avanzar en la normatividad jurídica para hacer frente a esos *ciber* delitos. Además, se buscó analizar la evolución de estos sistemas de comunicación pero enfocándose en el marco conceptual y jurídico necesario para incluir las infracciones informáticas, teniendo en cuenta los planteamientos y estudios realizados por diferentes juristas nacionales e internacionales quienes han establecido la base jurídica y normas sobre este tema en Colombia, por tal razón se planteó y creó la ley 1273 de 2009, con la cual se buscó que el país se equipare con las normativas internacionales sobre la *ciber* criminalidad que ha venido infringiendo las distintas áreas de sectores tan esenciales e importantes como el de las comunicaciones personales, las empresariales e incluso institucionales. Cada día aumenta la tendencia a presentar denuncias ante la rama judicial pues con esta modalidad de delitos no sólo se transgrede el campo tecnológico sino también con este modus operandi los delincuentes han encontrado la manera de acceder a otros campos como el económico, social e incluso político; de acuerdo con algunos autores como Ojeda J., Rincón F., Flórez, M. y Daza L. (2010) el delito *"debe ser conocido, evaluado y enfrentado, por lo cual el análisis de la norma, su aporte y alcance puede dar otros elementos de juicio para entender la realidad de nuestras organizaciones y visualizar sus políticas y estrategias, a la luz de la misma norma y de los estándares mundiales sobre seguridad informática"*

Palabras clave: Delito informático, *ciber* delincuencia, derecho penal, globalización, tutela judicial efectiva.

Failures in the legislative system in the unification of computer infractions in Colombia

Abstract

Globalization and the progress of technology have triggered phenomena that currently move masses, to the point of being indispensable in the daily life of the average citizen, it is about the Internet especially the portals offered by all digital systems and through social networks; what has generated important advances creating a projection and a development in the whole modern population. This development seeks to overcome the barriers that existed in the face of the need for communication, since previously it was necessary to use the movement of people or to use means of communication such as letters through the mail, which generally took weeks and months to reach their destination; for this reason the innovation and evolution of these media brings great benefits in optimization of time and other elements, also involves serious risks such as the presence of computer crimes; This article deals with crimes and how the world has had to advance legal regulations to deal with these cybercrimes. In addition, it sought to analyze the evolution of these communication systems but focusing on the conceptual and legal framework necessary

to frame computer crimes, taking into account the approaches and studies carried out by different national and international jurists who have established the legal basis and rules on this issue in Colombia, which is why Law 1273 of 2009 was designed and implemented, which sought to make our country equate with international regulations on cyber-crime that has been violating the different areas of such essential and important sectors such as personal, business and even institutional communications. Every day there is an increasing tendency to lodge complaints with the judicial branch, since this type of crime not only transgresses the technological field but also with this *modus operandi*, criminals have found a way to access other fields with economic, social and even political; according to some authors such as Ojeda J., Rincon F., Flórez, M. and Daza, L. (2010) this crime “must be known, evaluated and confronted, for which the analysis of the norm, its contribution and scope can give other elements of judgment to understand the reality of our organizations and visualize their policies and strategies, in light of the same norm and of the global standards on computer security”

Keywords: cybercrime, Criminal Law, globalization, effective judicial protection.

Introducción

Los cambios acaecidos por la globalización han creado un fenómeno que ha permeado varias áreas del derecho, presentando retos ante la formulación de garantías que concuerden con las metas que ha traído consigo la globalización y la disposición del transporte de información por las redes en especial la internet; gracias a la acogida que ha tenido en las poblaciones actuales ya que cada día se vuelve más accesible, lo cual a su vez ha ofrecido una forma para manejar mejor el tiempo y por ende el dinero, mediante las soluciones rápidas que proporciona esta novedad y demostrando el desarrollo en el área tecnológica e informática, así lo detallan Aguilar-Barreto y Ibañez (2017). La internet, facilita cada día que este desarrollo se vea reflejado en otros elementos de comunicación como lo son los teléfonos celulares ya que en general la comunicación satelital se encuentra en pleno auge; esto hace que estos elementos sean indispensables al agregarles múltiples beneficios, pero también es necesario tener claro que dicha facilidad para su acceso a hecho surgir una gran variedad de delitos con los cuales se viola un derecho constitucional y es protegido por el derecho penal.

Por esto, Colombia ha obtenido gran reconocimiento debido a los avances legislativos de gran importancia logrados en la legislación

nacional y colocándonos como uno de los países pioneros en América latina en seguridad informática, al afrontar de este modo los nuevos retos que aparecen en esta era informática y los cuales se logra al tipificar estos tipos de delitos y crear una categoría para estos como delitos informáticos como lo explican desde el desarrollo tecnológico Aguilar-Barreto e Ibañez (2017). Sin embargo, Mc Luhany Fiore (2009) habla sobre:

“los desarrollos informáticos y el uso del internet se encuentra en su índice máximo, y afirma que estos son un exponente en materia de comunicaciones, trayendo múltiples beneficios y consigo resultados adversos para los derechos de los usuarios”.

Adquiriendo estadísticamente, esto genera una serie de impedimentos que deben tener en cuenta y encomendar cada día más del resguardo de la intimidad personal; en un segmento tan impreciso como el *ciber* espacio, estos delitos terminan afectando directamente a los cibernautas quienes ven vulnerados muchos derechos esenciales como el bien jurídico para salvaguardar la información y los datos. En el presente artículo se visualiza el panorama de la *ciber* delincuencia, evidenciando que los delincuentes sacan provecho de las equivocaciones que cometen los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que es tan restrictivo el tema de la territorialidad que tiene como consecuencia la imposibilidad de la identificación real o precisa de quien realiza el delito y entre otros aspectos; así mismo se abordarán temáticas atadas a la alteración de documentos profundizando en las leyes que rigen estos delitos en Colombia.

Metodología

En el presente artículo se plantea el paradigma interpretativo o método cualitativo en donde se utiliza el diseño hermenéutico, y la decisión de los lineamientos existentes del Derecho Penal, para los casos en donde se presentan delitos informáticos y se hace necesaria la defensa del bien legal de la información y los datos personales.

Este método también se puede caracterizar como método documental, ya que para ello se debe realizar una revisión documental

tanto de la norma como del análisis relacionados con el tema propuesto, donde se tiene en cuenta algunas categorías como la *ciber* delincuencia, analizada desde un punto de vista que se ha definido como fenómeno actual de afectación de derechos, en ese sentido se pretende analizar las falencias en portales digitales para la aplicación o amparo de los derechos con lo ofrecido en el ordenamiento penal actual.

Resultados y discusión

Para Rodríguez (2002): “La ciber delincuencia son aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan la integridad, confidencialidad y/o disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, sin perjuicio de que además puedan suponer una puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos distintos”.

Por lo anterior, se puede diferir que el *ciberdelito* se puede entender como la ejecución de una operación que reuniendo las particularidades que definen el concepto de delito, se lleva a cabo utilizando un dispositivo informático, o quebrantando los derechos del titular de un aparato informático ya sea hardware o software. Para que un delito sea configurado dentro de los ciber delito es estrictamente necesario que en su realización o en alguna de sus partes sea utilizado algún mecanismo electrónico, para que esta conducta sea considerada punible y como resultado dicha acción es traducida o entendida como la violación a un método informático. Los tipos de delitos más frecuentes son la creación y utilización indebida de información que se halla recopilada en operaciones informáticas, y se presenta en otros como la transformación y destrucción de estos en sistemas informáticos.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, el bien jurídico que se protege se encarga de tipificar y puntualizar las amenazas informáticas para que la ley que lo reglamenta lo considere como un bien jurídico nuevo, con una característica esencialmente virtual pero orientada hacia la protección de la información sensible y la confiabilidad de datos personales recopilados en los sistemas de información virtual. Dentro de la delincuencia cibernética el fraude informático es considerado como

estafa y establece que: “*esta consiste en la transmisión no consentida de activos a través de la manipulación o alteración de datos informáticos*”. Rodríguez (2002).

Por consiguiente, según los criterios doctrinales se está ante un comportamiento simultáneo a una conducta enmarcada como estafa, en donde el actuar del sujeto activo se encuentra guiado hacia un fin lucrativo y se dirige al usufructo patrimonial, donde el fraude es un desafío mediante engaño lo cual no se debe a un error de la víctima sino a la estafa que se hace mediante un sistema informático. Además, se encuadra dentro de los *ciberdelitos*, la clonación de las tarjetas de débito, crédito o de cualquier sistema de pago similar con tarjetas magnéticas o con chips, ya que esta acción en años posteriores ha tenido un aumento progresivo en la frecuencia con la que denuncia o detecta estas actividades, por lo cual se revelan la existencia de organizaciones criminales especializadas en el encargo hacia este tipo de delitos; por tal motivo los establecimientos bancarios se han visto abocados a realizar las correspondientes previsiones en sus sistema informáticos de manejo financiero, para bloquear y restringir al máximo el acceso a estos datos.

Desde una perspectiva más enfocada a la legislación penal actual, las conductas conocidas como el *phishing* y *pharming* se encuentran tipificadas en la nueva modalidad de estafa a través de medios informáticos; las jurisprudencias buscan principalmente definir que todas estas acciones son destinadas a duplicar páginas web con la conclusión de atraer de esta manera la información financiera de los usuarios para con ésta hacer transferencias, compras o avances en efectivo, lo cual hace una disminución patrimonial no autorizada y de este modo están perjudicando a un tercero, produciendo un engaño en el titular de la cuenta mediante el envío de mensajes falsos que les termina generando pérdidas económicas.

La forma más usada por los delincuentes en estos casos es la elaboración de un sitio web falso o la réplica de un ciberespacio, pero cuya finalidad es engañar al usuario y es por esta razón que esta labor se

considera como delito de falsedad documental, y a su vez es tipificado como delito de recepción de información íntima y personal de datos en medios informáticos y esto pretende precisamente la creación de toda una estructura criminal que generalmente la mayor parte de los casos se propagan internacionalmente, lo cual incrementa la pena para quien realiza este tipo de actos fraudulentos de acuerdo a lo establecido en cada normatividad territorial actual, en Colombia, la ley 1581 de 2012 que recientemente ha entrado en vigor y con la cual a través de ésta se protegen los datos sensibles. Al estar en ella bien especificado y tipificando los delitos y con esto volviéndolos punibles y sancionándolos con multas económicas e incluso de acuerdo al daño causado con prisión (Aguilar-Barreto y otros, 2018).

En Colombia, se viene presentando un preocupante aumento en la denuncias por falsificación de documentos digitales, que son usados como instrumentos de pago electrónicos debido a esto ha tenido que ser determinado como un delito del ciberespacio, provocando que este sea considerado dentro de las conductas delictivas de tipo penal y entendido como uno de los nuevos delitos adoptados por las cortes como delitos punibles y juzgables. En general, todo documento donde se incluyan características electrónicas podría incluirse dentro de los *ciber* delitos o delitos informáticos; y con la sentencia T-277/15 la Legislación Colombiana contempla sustancialmente salvaguardar el derecho a la intimidad personal y familiar, donde se vea afectado su imagen, la dignidad y el pleno ejercicio de sus derechos.

Asimismo, para darle aplicación al ejercicio del derecho colombiano, el habeas data es una vía de acceso al reajuste y rectificación de la información dentro del proceso del método dado en medios electrónicos, ya sea con un carácter público o solamente privado que tiene todo ciudadano en Colombia, no sólo las personas naturales se ven directamente afectadas por los delitos informáticos, también las empresas se convierten en víctimas diariamente y lamentablemente la preparación para contrarrestar estos delitos o ataques es mínima, llevando consigo que los datos de millones de usuarios sean vulnerados, pero el gobierno busca

crear en este momento dentro de los organismos judiciales unidades especializadas, las cuales hacen énfasis sobre la seguridad actuando en la prevención, corrección, detección efectiva en los casos o violaciones a la intimidad a través de su información, como lo aborda Díaz, Aguilar-Barreto y Bonilla (2018).

El criminólogo Edwin Sutherland, (1943) fue “el primero en manejar el término delitos de cuello blanco además presentó dos puntos exactos para incluir al autor del delito: primero que el sujeto activo del delito debe ser un individuo de cierto estatus social y económico; segundo que el cometido nunca podrá justificarse en la falta de medios económicos, carencia en la educación, poco conocimiento al contrario son individuos con una gran especialidad en informática que conocen muy bien las particularidades de la programación de sistemas computados, de esta manera es como logran un manejo técnico de las herramientas necesarias para quebrantar la seguridad de un sistema automatizado”.

Por otro lado, en los niveles corporativos la confidencialidad opera de manera que dependiendo del usuario y el rol dentro de la organización se le otorgan diversos permisos, por ejemplo, en un banco se denotarían diferentes niveles de acceso que se le otorgan a cada usuario, dependiendo de la labor que ejerza dentro del banco ya que la información financiera tiene un tratamiento confidencial. Para el caso específico de las corporaciones financieras, esto depende del rol que tiene el autor del delito dentro de esa organización ya que se les otorgan diversas claves, accesos o permisos, a cada usuario dependiendo de la labor que desempeñe dentro del banco ya que como es bien sabido la información financiera tiene un tratamiento muy confidencial.

Por consiguiente para lograr este propósito, estas corporaciones financieras hacen uso de diversas herramientas de seguridad informática, como las aplicaciones y programas, los cuales permiten encriptar toda esa información para reducir al máximo la debilidad de los datos confidenciales de los beneficiarios; en estos casos la información es sensible, por tal motivo no todas las personas tienen acceso a la información y

en los procesos de que esta sea extraída por terceros son manejadas con fines delictivos. Por esta razón el Estado colombiano vio la necesidad de derogar ciertos artículos de la ley 1273 de 2009, para proteger derechos y con la elaboración de la ley 1581 de 2012 permitió salvaguardar los datos íntimos y reglamentar los derechos que tienen los Colombianos al habeas data y la importancia que se tiene del mismo.

De igual manera, mediante la sentencia 748 de 2011 se establecieron controles Constitucionales a la ley 1581, buscando que todos los antecedentes asentados en cualquier base de datos sean protegidos y permitan efectuar operaciones, recolección, acaparamiento, circulación, uso o supresión por parte de entidades de carácter privado y público. Es por esto que la Corte Constitucional anunció el habeas data como garantía del derecho fundamental a la intimidad, y por ello la defensa de los datos hace referencia a la vida familiar y personal, lo cual se considera específicamente impenetrables, pues son entendidos como fundamentales para efectuar su proyecto de vida y ningún otro particular puede interferir o apoderarse de éstos, ya que se evita el desarrollo normal de los ciudadanos colombianos e incluso extranjeros dentro del propio territorio.

En la actualidad, el habeas data es un derecho independiente, combinado por la independencia económica e independencia informática; este derecho es considerado fundamental y debe ser eficaz al momento de la protección se deben generar los mecanismos que la garanticen, los cuales no sólo deben ser reafirmados solo por jueces, sino también por parte de una institución administrativa, que además de controlar y vigilar a todos los sujetos aplicando tanto el derecho público como al privado, obedeciendo que cada caso en particular desempeñe su función de una manera efectiva, buscando siempre el resguardo de datos en razón de su carácter técnico, y que éstas tengan la capacidad de instaurar políticas públicas encaminadas a este factor, pero sin el preámbulo del carácter político para el acatamiento de estas disposiciones.

Así mismo, la Ley obliga a todas las entidades ya sean públicas o

privadas a revisar y mantener mecanismos de seguridad sobre el uso y manejo dado a toda la información de carácter personal contenidos en sus bases de datos, para con ello cumplir lo expuesto por Rodríguez (2015). “Al promover un sistemas de información en donde está, no presente fugas que puedan fortalecerse de manera puntual utilizando herramientas dadas por la ley haciendo que estas entidades, definan la forma y la manera que pueden darse los tratamientos y cuáles son los fines y medios esenciales para el tratamiento de éstos, solicitando a los usuarios o titulares quienes deben fungir como responsable y qué tipo de datos pueden transferirse a otras entidades respondiendo así a los principios de la administración de datos y a los derechos a la intimidad y el hábeas data del titular del dato personal”.

Según otro autor: *“existe una clasificación de delitos informáticos, la cual está dada por el Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa firmado en noviembre de 2001 en Budapest”*. (Pabón 2013). Por dicha clasificación se puede deducir que los delitos informáticos, se dividen en cuatro grandes grupos: acceso ilícito a sistemas informáticos, interceptación ilícita de datos informáticos, interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos; se debe tener claro que esta clasificación se encuentra fundamentada en tres pilares muy necesarios para la seguridad informática que son: la confiabilidad, la integridad y la disponibilidad de los datos en sistemas informáticos, al respecto, también estos pilares solo pueden ser alterados por expertos con un alto conocimiento sobre el tema de programación y seguridad informática los llamados hackers, pero incluso estos también tiene una clasificación definida ya que hay algunos hackers de cuello blanco que son expertos programadores orientados a violar la información de un sistema informático con libertad, con el único fin de evidenciar las fisuras de una determinada red ya que la mayoría de veces son en realidad trabajadores de los sistemas de una entidad que deben estar velando por la seguridad informática.

Además, se encuentra otra categoría de *Hackers* de sombrero negro, los cuales descargan y violan los sistemas sin autorización con pedido

legal o formal ya sea que este le pertenezca a una empresa o entidad del gobierno, pero estos lo hacen es con otros fines encaminados más a la monetización, esta se da cuando el hacker debe realizar ataques a la red del banco con el fin de obtener información clasificada, como por ejemplo cuentas bancarias y números de tarjeta (atenta contra la confidencialidad) o tumbar páginas para que no puedan ser visitadas o redireccionando al usuario (atenta contra la disponibilidad) esto se lo realizan no solo a las personas naturales sino también a las jurídicas para realizarle desfalcos; pero también se da por el solo hecho de alcanzar algún nivel de popularidad mediante el reconocimiento mediático como incluso como activista enfocado o defensor de sus ideales mediante el campo digital llamado *hacktivismo*.

Por todo lo anterior, estos ataques se están dando con mayor frecuencia, debido a la forma acelerada con la que se maneja demasiada información en estas bases de datos o sistemas digitales de registro financiero, lo cual a su vez ha provocado que mucha de esta información recorra el mundo moviéndose a una velocidad impresionante y haciendo que muchas veces no sea posible la protección total de esta, en especial los datos de carácter más personal; como lo manifiesta Según informe de la Comisión de Regulación de las comunicaciones (2016) “la instrucción de los derechos en los titulares de la información, deben entender que el manejo de la información, se puede disponer del anuncio como tal, a partir de un tiempo prudencial (a los cinco días siguientes de la comunicación), a partir de ahí el titular, puede hacer llegar una carta, en donde comunique a la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre las causales de la queja. Seguidamente, debe anexar el formato de autorización diligenciado para poder recolectar los datos y así determinar el canal electrónico y físico para recibir las autorizaciones”.

Otros juristas explican el delito informático en forma típica y atípica, entendiendo como típica las conductas antijurídicas y culpables que se realizan en las computadoras como herramienta para la comisión del delito, actitudes ilícitas, y la capacidad o conocimiento que tiene quien comete el delito a través de la computadora o sistemas informáticos; así

mismo la responsabilidad del acceso a esos datos recae en los que fueron autorizados para manejar este tipo de información y son ellos quienes deben definir las finalidades y los métodos que se utilizarán con cada grupo de acuerdo al interés o sensibilidad la información, pues para esto se debe mostrar la política de tratamiento ajustada a la normatividad creada para este propósito ya que por ellos cuentan con esa autorización.

En Colombia los que pueden manejar la información digital de personas tanto naturales como jurídicas deben ser asentados en sistemas bien protegidos, pues que sobre ellas recae la disposición de la base de datos que de ser accedida sin autorización genera unas sanciones para quienes hayan sido responsables del cuidado y tratamiento de información personal ya sean personas naturales o jurídicas, dichas sanciones son impuestas por la superintendencia de industria y comercio y comprenden multas de carácter institucional o personal hasta por dos mil S.M.L.M.V., además se pueden suspender la autorización que tenía para hacer las actividades ligadas a esta información hasta por seis meses y puede llevarse a cabo un cierre inmediato y definitivo de la actividad que esté ligada a estos datos.

En pocas palabras, las empresas, corporaciones o entidades bancarias, son la únicas responsables de la información que acorde con el principio de la buena fe depositan en ellos los clientes, y los convierte en únicos responsables de los daños o robos virtuales de que lleguen a ser víctimas sus clientes, es por ello que se ha querido dejar claro cuáles son las leyes que las regulan y generan obligaciones sobre estas entidades, entonces es bueno pasar a establecer cuál es la ruta jurídica que debe seguir quien sea víctima de cualquier conducta punible y sancionable por el ordenamiento penal colombiano; lo primero que se debe hacer al enterarse que está siendo o fue víctima de algún robo, suplantación o estafa a través de medios electrónicos es utilizar este mismo medio a su favor y notificar a la entidad, corporación o banco de lo que está sucediendo para que este de forma inmediata suspenda, apague, bloquee la tarjeta o evite la realización de más descuentos de la cuenta ya sea crédito o débito. Segundo, cuando la estafa o el robo es por un valor que

se encuentre entre 10 y 150 S.M.L.M.V. (\$7'377.170 y \$110'657.550) deben demostrar una querrela ante la Fiscalía en cualquiera de sus oficinas más cercanas en todo el territorio nacional por parte del titular de la cuenta.

Si la estafa es mayor a 150 S.M.L.M.V., no solo puede denunciar la víctima sino cualquier persona que tenga conocimiento del caso, se pueden presentar en forma verbal o por escrito y sin la necesidad de un abogado, ya sea en los diferentes centros de atención dispuesto para este propósito como las salas de atención al usuario (S.A.U.), la unidad de reacción inmediata (U.R.I.) los centros de atención a víctimas y las casas de justicia. Ya cuando este caso se presenta en un municipio o corregimiento donde no existen ninguna oficina lo puede hacer ante la policía nacional; debe presentar la cédula de ciudadanía y la mayor cantidad de material probatorio posible, que permita la demostración de la estafa o del engaño ya sean: unas facturas, algunos folletos de la empresa o entidad que le pidió sus datos, material fotográfico en físico o en un dispositivo, testimonios, comprobantes de pago o facturas, entre otros.

Asimismo, la Fiscalía hará la indagación de los hechos y los presentará ante un juzgado penal para establecer el autor material del delito, teniendo en cuenta que las entidades bancarias son responsables pero hasta cierto monto y este varía de acuerdo a las políticas propias del banco. El siguiente segmento que se quiere analizar está relacionado a algo muy común y actual que es la información, ya sea que esta esté en texto o en imágenes que puede almacenar un dispositivo móvil en su memoria interna o externa y se trata de los computadores portátiles, las memoria U.S.B, una Tablet o un celular, ya que como lo han demostrado diferentes estudios se está en la época en que se han hecho videos y tomado más fotografías que en todo el tiempo transcurrido desde la aparición de estos dispositivos en la humanidad, lo otro que se demostró es que esto como es apenas lógico, se ha debido a la accesibilidad que se tiene para adquirir y disfrutar estos aparatos, como dichos dispositivos tiene un uso privado los textos e imágenes también almacenadas en ellos terminan siendo sensibles para su propietario, ya que pueden contener contenidos muy íntimos o comprometedores.

Además, es allí donde la legislación colombiana promulgó la ley 1273 del 2009 y creó otros bienes protegidos por el Estado, para velar por el buen nombre o Habeas Data del artículo 15 de la Constitución Colombiana el cual en estos casos es el bien intangible que puede verse afectado por el uso o manejo prohibido de la información personal almacenada en equipos móviles; esto también puede convertirse a su vez en un concurso de hechos punibles al presentarse extorsiones, abusos sexuales, todo lo que se puede presentar por el solo hecho que la víctima no quiere que se rebele o se dé a conocer algunas imágenes o información que tiene en su poder el victimario. Lo complicado de eso es que muchas personas no tienen conocimiento de que las autoridades cuentan con muchas herramientas para colaborar con estas personas en la solución pronta y efectiva para esta situación, y es entonces cuando por querer evitarse un escándalo público terminan convirtiéndose ellos mismos en los creadores del mismo.

Así mismo es muy importante tener claro las formas como la información es obtenida por el victimario, porque si ésta se dio por confianza en él y ella se le entregó de forma voluntaria, pero este ya sea por represalia, venganza o buscando beneficio económico decide publicarla, eso no exime de responsabilidad al culpable o en los casos en que cometiendo un delito este conlleva a otro, como puede ser el hurto de un teléfono móvil o celular que al lograr ser desbloqueado por el victimario descubre una imágenes de un contenido sexual explícito y valiéndose de artimañas pretende extorsionar o acceder sexualmente a la propietaria para no publicar en la WEB esa información. En estos dos casos hipotéticos pero muy comunes se está ante el delito de *sexting* pero para que se configure este se debe presentar el material probatorio como: fotos, videos y mensajes de contenido sexual que son enviados a través de sistemas electrónicos ya sean dispositivos móviles o computadoras; y hacer la respectiva denuncia ante la unidad de delitos sexuales de la Fiscalía en donde narre los hechos que fundan el delito.

También podrá dirigirse a realizar la denuncia ante el cuadrante de la Policía Nacional o la Comisaria de Familia más cercana a su residencia,

donde será enviada a la autoridad competente, durante el transcurso del proceso la Fiscalía deberá solicitar al Ministerio de las Tecnologías de Información y de las Comunicaciones y por medio del proveedor de servicios de internet, bloquee la página web donde aparecen las imágenes del menor para darle un manejo adecuado a las pruebas para que puedan ser válidas y tenidas en cuenta en un futuro proceso penal.

Por otro lado, la Asociación Internacional de Derecho Penal (1992) adoptó “diversas recomendaciones respecto a los delitos informáticos, estas contemplaban que en la medida en que el derecho penal tradicional no sea suficiente deberá promoverse la modificación de la definición de los delitos existentes o la creación de otros nuevos, si no basta con la adopción de otras medidas (principio de subsidiaridad)”.

Por consiguiente, los delitos informáticos son difícilmente manifiestos ya que estos delincuentes actúan discretamente y poseen equipos capaces de borrar todo rastro de infracción y fabricación del delito, y desafortunadamente el país no cuenta con personal altamente calificado para indagar dichos hechos ya que al momento de ser denunciados son tipificados como otros bienes jurídicos constituidos en el código penal colombiano; además se debe tener en cuenta que la ley penal de cada Estado solo es aplicable dentro de su territorio, lo que genera un escenario donde mayormente se configura este delito llamado ciberespacio ya que en éste no existen fronteras territoriales. (Laudon y Guercio, (2009); Loja Flórez (2013); Martínez (2006) y McClure, Scambray y Kurtz (2000))

En conclusión, los infractores que cometen esta clase de delitos se mantienen en anonimato como forma de evitar su responsabilidad, ya que no emplean sus propios equipos electrónicos para que no puedan ser detectados, utilizando múltiples virus o en ocasiones se pueden valer de un tercero para *hackear* la información de usuarios que no tienen las medidas de seguridad adecuadas, convirtiéndose en presa fácil de estos criminales que cometen toda clase de trasgresiones vulnerando la intimidad y la privacidad de sus datos.

Conclusiones

En la actualidad, la sociedad post moderna busca crear una comunicación rápida acortando las distancias; en ese sentido el internet ha contribuido al avance acelerado de las Tecnologías de la información y la comunicación permitiendo con la misma premura los delitos informáticos; por ello desde la apertura de la era tecnológica también los gobiernos vieron la necesidad de tipificar y sancionar la apropiación ilícita de la información íntima de quienes utilizan las redes sociales, y esta debe ser considerada para precautelar la integridad y la intimidad personal, que en muchas circunstancias las transgresiones a la seguridad informática no solo afectan la intimidad de una persona sino que pueden afectar a un colectivo en general.

En Colombia, aún existen vacíos legales para la tipificación del delito informático como la apropiación de la información y la privacidad en la red social y debe considerarse un acto antijurídico, además debe ser causa de sanción debido a que lesiona los derechos constitucionales y de pertenencia; siendo las redes sociales un medio de interacción entre personas, que pueden o no compartir los mismos gustos, estas plataformas permiten una comunicación asertiva entre los usuarios pero también es un medio para cometer delito y la poca idea que se tiene del contenido que se propaga en las tecnologías de la información y comunicación es la principal causa que impide salvaguardar los derechos, pues es allí donde los futuros abogados deben reformar la legislación en materia penal, para fortalecer algunos elementos más contundentes en caso de llevarlos ante los jueces del gobierno.

En este orden de ideas, existe la posibilidad que también puedan verse afectados los sistemas de hospitales, aeropuertos, parlamentos, sistemas de seguridad, sistemas de administración de justicia, entre otros; por el uso indebido que se le dan a los medios electrónicos ya que pueden ser manipulados, permitiendo la comisión de conductas delictivas de distintas características, lo que hace necesario que la Corte en cumplimiento de su deber constitucional y legal adopte medidas para

garantizarle a la sociedad una efectiva protección de aquellos datos que son suministrados por los usuarios para la íntegra prestación de sus servicios y no lleguen a ser alterados o difundidos de forma irregular donde se vulnere la dignidad humana.

Al Estado se le es imposible en muchas ocasiones conocer la verdadera magnitud de los delitos informáticos, ya sea por la falta de denuncias o las falencias que presenta el sistema al investigar y aplicar el procedimiento jurídico adecuado a esta problemática; y en otras ocasiones existe el temor de las entidades de denunciar estos ilícitos por el descrédito que esto les puede ocasionar y las consecuentes pérdidas económicas que les genera, lo que hace que este tipo de conductas se mantenga bajo la llamada cifra oculta o cifra negra quedando en la impunidad y permitiendo que se acrecenté cada día las diferentes infracciones que se cometen desde un sistema informático, dispositivo móvil o cualquier avance tecnológico que requiera de internet para su continuo funcionamiento y pueda acceder a información de bases de datos que al no tener las respectivas formas de seguridad puedan ser manipulados vulnerando la privacidad e información confidencial.

Como citar el capítulo

Medina Ramírez, E., Quintero Bayona, N., Silva Rincón, J., Aguilar-Barreto, C., Hernández Peña, Y. (2018). Falencias en el sistema legislativo en la unificación de las infracciones informáticas en Colombia. En A. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez Pirela, y Y. Hernández Peña. (ed.), *Sociedad y derecho*. (pp. 169-187). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

Aguilar-Barreto, A.J. & Ibañez, E. (2017) Escenarios virtuales: Bases de nuevas formas de comunicación que inciden en la acción educativa. En: Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Las Tecnologías de Información y Comunicación y La Gestión Empresarial* (pp.175-191). Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.>

unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2105/TIC%20y%20Gesti%C3%B3n%20E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Aguilar-Barreto, A.J., Mendoza, M., Villamizar, E., Aguilar-Bautista, Y.A. (2018). Propiedad Intelectual y Derechos de Autor: Su protección en Colombia. En Aguilar-Barreto, A.J. & Hernández, Y. (Ed.), *La Investigación Jurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el Derecho*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Simón Bolívar. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2289/Lainvestigijureconoaccionorm.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alemania. Asociación Internacional de Derecho Penal (1992) Coloquio de Wurzburg.
- Colombia. Ley 1581 de (2012). Disposiciones generales para la protección de datos personales, recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html.
- Colombia. Sentencia T-277/15 (2013). Derecho a la intimidad y al debido proceso. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>.
- Comisión de Regulación de las comunicaciones (2016) Nuevo Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, Respuestas a los comentarios realizados a la propuesta regulatoria, Bogotá. Recuperado en: https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/NuevoRPU/DOCUMENTO_RESPUESTA_COMENTARIOS_FINAL_RPU.pdf
- Díaz, Y., Aguilar-Barreto, A.J., Bonilla, J. (2018). Protección a Derechos de Autor desde el Derecho Comparado. En Aguilar-Barreto, A.J. & Hernández, Y. (Ed.), *La Investigación Jurídica: Un análisis de la incidencia de los aspectos sociales para el Derecho*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Simón Bolívar. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2289/Lainvestigijureconoaccionorm.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Laudon, C. y Guercio, C. (2009), Delitos informáticos y entorno jurídico vigente en Colombia. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3643404>.
- Loja Flórez, C. (2013): Universidad Técnica Particular de Loja, tipos de

- hackers, Revista de información, tecnología y sociedad No. 18.
- Martínez, B. (2006). La filosofía hacking & cracking <http://blog.capacityacademy.com/2012/07/11/7-tipos-de-hackers-y-sus-motivaciones/32> .
- Martínez, R. (2006). Hackers blancos y negros, mismo trabajo, distinto objetivo. Recuperado de: <http://ntrzacatecas.com/2016/04/24/hackers-blancos-y-negros-mismo-trabajo-distinto-objetivo/>
- McClure, S., Scambray, J., Kurtz, G. (2000). Hackers: secretos y soluciones para la seguridad de redes.
- McLuhan, Marshall; Fiore, Quentin (2009) El medio es el masaje. Un inventario de efectos. Barcelona: Paidós.
- Ojeda-Pérez, J., Rincón-Rodríguez, F., Arias-Flórez, M., & Daza-Martínez, L. (2010). Delitos informáticos y entorno jurídico vigente en Colombia. *Cuadernos De Contabilidad*, 11(28). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/cuacont/article/view/3176>
- Pabón, P. (2013). *Manual de Derecho Penal*. Tomo II Ediciones Doctrina y Ley.
- Rodríguez, G. (2002). Derecho penal e Internet, y CREMADES, J. Régimen jurídico de Internet, La Ley, Madrid, pág. 261.
- Rodríguez, J. (2015), Revista Derecho Penal, año III N° 7, análisis de los delitos informáticos presentes en las redes sociales en Colombia para el año 2011 y su regulación, facultad de derecho, Universidad Javeriana, Bogotá.

10

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ALCANCES DE LAS DECISIONES JUDICIALES QUE OTORGAN DERECHOS A CONTEXTOS AMBIENTALES EN COLOMBIA

Deisy Marcela Caballero Flórez

Carlos Efrén Largo Leal

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativo, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1074-1673>

Resumen

El presente artículo investigativo tiene por objetivo analizar jurídicamente los alcances y efectos de las decisiones judiciales que reconocen contextos ambientales como sujetos de derecho utilizando la investigación filosófica-jurídica, se revisó la legislación colombiana y las jurisprudencias emanadas por las altas cortes en relación a los derechos del medio ambiente, amparados por la decisión judicial T-622 de 2016 y STC4360-2018, cabe destacar que Colombia posee una gran riqueza biológica, se está frente a un país que tiene una gran

diversidad de sistemas ecológicos y es la población que interactúa y se beneficia de dichos recursos los que actúan tutelando a las entidades encargadas de salvaguardar sus derechos al igual que la naturaleza, es la jurisprudencia la que ha reiterado que no se ha dado el debido cuidado y salvaguarda a los recursos naturales y se evidencia una vulneración y deterioro de dichos recursos y una afectación a las comunidades asentadas en las áreas que conforman los contextos ambientales sujetos de intervención.

Palabras claves: Derechos bioculturales, acción de tutela, medio ambiente, contextos ambientales, comunidades étnicas.

Legal analysis of judicial decisions that grant rights to environmental contexts in Colombia

Abstract

This investigative article aims to analyze legally the scope and effects of judicial decisions that recognize environmental contexts as subjects of law using legal-philosophical research, reviewed Colombian legislation and jurisprudence issued by the high courts in relation to the rights of the environment, covered by the judicial decision T-622 of 2016 and STC4360-2018, it should be noted that Colombia has a great biological wealth, is facing a country that has a great diversity of ecological systems and is the population that interacts and Those who act to protect the entities in charge of safeguarding their rights as well as nature benefit from these resources. It is the jurisprudence that has reiterated that due care and safeguards have not been given to natural resources and a violation and deterioration of said resources and an affectation to the communities settled in the areas that make up the environmental contexts subject to intervention.

Keywords: Biocultural rights, guardianship action, environment, environmental contexts, ethnic communities.

Introducción

El ser humano esta correlacionado con el entorno en que habita, él forma parte de este y su intervención lo afecta de alguna manera, por lo general produce efectos negativos en la naturaleza y en las diferentes comunidades que interactúan con dichos contextos, durante muchos años se viene evidenciando un deterioro de los diferentes ecosistemas que se tienen a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, debido mayormente a las explotaciones de minería ilegal, las cuales se ejercen

de manera intensiva e indiscriminada, todo por la obtención de Oro y otros metales preciosos, además de factores como el incremento acelerado de áreas con cultivos ilícitos, tala de bosques maderables, expansión de tierras con fines agropecuarios, entre otros.

En el país se han promulgado leyes enfocadas en establecer principios que protejan los recursos naturales y conservar los diferentes ecosistemas, además de esto, la constitución amplia aún más las normas que deben permitir la garantía real de la conservación de dichos ecosistemas, especialmente cuando se tiene intervención de actividades humanas.

Es importante citar la Carta Política, en su Artículo 79 enuncia “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente” (p. 123). Partiendo de lo anterior, se enfatiza que a las normas ambientales se les otorgó un rango constitucional, de allí la importancia del tema a tratar.

En Colombia hay un gran número de entidades que en su objeto y funciones está el de garantizar un adecuado uso de los recursos que provee la naturaleza, así mismo son las encargadas de otorgar licencias y permisos para ejercer actividades económicas que propendan por el desarrollo del país.

La entidad sobre la cual está la mayor responsabilidad ambiental del país es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el decreto 3570 de 2011 lo define en su artículo 1° como “el Rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio” (p.2).

Las entidades del estado deben generar programas y proyectos que ayuden a proteger las áreas afectadas por la intervención del ser humano, se considera que así lo están llevando a cabo desde diferentes ámbitos, sin embargo, se puede ver en la práctica que existen grandes falencias en

el logro de sus objetivos y como resultado se han generado graves daños ambientales en diferentes zonas del país.

Desde hace ya muchos años en regiones como el Amazonas y el Choco se viene explotando aceleradamente de manera ilícita grandes áreas de bosque tropical y fuentes hídricas con sus áreas riberenas con fines lucrativos, dichas actividades se desarrollan a una escala agigantada y ha causado efectos devastadores en todas las zonas intervenidas, así como en las comunidades asentadas en dichas áreas.

Las Altas Cortes en Colombia en sus más recientes fallos judiciales en relación al medio ambiente, han considerado que el Estado Colombiano no ha cumplido con el desarrollo de sus tareas y funciones, a tal punto que el deterioro y contaminación que presentan las áreas afectadas son muy altos.

De acuerdo a lo mencionado se considera pertinente hacerse el siguiente interrogante; ¿Con el análisis de las decisiones judiciales tomadas por las Altas Cortes se logra establecer los alcances en favor de una solución efectiva a las problemáticas medio ambientales y sociales que se vienen presentando en diferentes zonas del país?. El artículo se estructura inicialmente con una introducción, la cual permite al lector entender el desarrollo adelantado durante todo el proceso, seguidamente de la metodología en donde se realiza la consulta de las decisiones judiciales frente al tema de investigación y demás normas concordantes, dando por último las conclusiones del caso objeto de estudio.

En síntesis, lo que finalmente se pretende con la investigación adelantada es analizar jurídicamente los alcances de las decisiones judiciales que otorgan derechos a contextos ambientales en Colombia.

Metodología

En el desarrollo del presente trabajo se utilizó el método de investigación Filosófico-Jurídico expuesto por Díaz (1998) Este menciona que “los estudios filosófico-jurídicos tienen como tarea construir y

formular criterios racionales y más decisivos para la valoración y crítica del derecho positivo, así como de las instituciones, conceptos y sistemas derivados de él" (p.20).

Debido a lo anterior, se realizó un análisis documental de la jurisprudencia sobre el reconocimiento de contextos ambientales como sujetos de derecho y demás normas en concordancia con dicho tema objeto de estudio, además de estudiar los alcances obtenidos en el marco de lo ordenado en las sentencias judiciales, todo bajo un paradigma interpretativo y de diseño hermenéutico.

Resultados y discusión

En el ámbito jurídico, por lo general se consideran a las personas como sujetos únicos de derechos, sin embargo, en los últimos años en el campo internacional en ciertos países se han otorgado derechos a algunos contextos ambientales, se tiene como referentes los casos mencionados por diferentes medios de comunicación y páginas web a nivel mundial, las cuales han informado sobre el reconocimiento de los ríos Whanganui (Nueva Zelanda) y Ganges (India) como entidades naturales con derechos, en lo relacionado a India, en el 2017 se declaró al Ganges como una entidad viviente y se asignaron en representación del río a dos tutores: El gobernador y el fiscal de Uttarakhand, paradójicamente dichos representantes apelaron la decisión judicial, por lo cual se está a la espera de un fallo definitivo frente al tema.

Por otro lado, Nueva Zelanda declara al río (Whanganui) sujeto de derechos y dio la razón a los Maoríes por proteger su derecho al aprovechamiento del recurso hídrico que les brinda el río, se establecieron guardianes para el Whanganui compuesto por un representante del gobierno y un maorí. En el campo nacional, en lo referente al medio ambiente cabe destacar que Colombia posee una gran riqueza biológica, se está frente a un país que tiene una gran diversidad de sistemas ecológicos, existe una amplia variedad de especies consideradas endémicas en el planeta, además de recursos hídricos, bosques tropicales, selvas húmedas y secas, sabanas, cordilleras, volcanes, entre otros, lo que hace que estos

recursos naturales sean atractivos para su explotación.

En el país la labor de vigilancia del uso de los recursos naturales y su protección frente a la explotación alarmante en las actividades económicas parece no estar produciendo los efectos positivos esperados, se pueden apreciar serias afectaciones a la naturaleza en diferentes zonas del territorio.

Además de lo expuesto anteriormente, existen diferentes actores armados en las zonas, los cuales intimidan a la población y de alguna manera coartan su libertad para que estas no defiendan sus derechos, no obstante las comunidades hacen lo posible para que el Estado atienda a las solicitudes y requerimientos que de manera respetuosa vienen haciendo, paradójicamente dichas solicitudes han sido denegadas, dejándolos en las mismas condiciones de desamparo y desprotección, sin analizar de fondo las problemáticas existentes, por ende, han sido las comunidades principalmente afectadas las que han acudido a instancias judiciales con el propósito de que estas intervengan directamente en los asuntos de su interés y que hoy están en grave riesgo de degradación.

Para abordar de una manera ordenada el desarrollo del presente escrito se analiza concretamente las decisiones judiciales que se han adoptado por las Altas Cortes en el país con respecto al otorgamiento de derechos al Río Atrato y la Amazonia en Colombia, partiendo de allí se establece que las diferentes comunidades que conviven en las regiones mencionadas anteriormente, preocupadas por la desatención del gobierno, toman la iniciativa de instaurar una acción de tutela, de acuerdo a las facultades que les otorga la Carta Política.

I. Decisión judicial de la Corte Constitucional en relación con el Río Atrato

Situándose en la Sentencia T-622 de 2016, se consideran aspectos importantes que se revisaron y las consideraciones que se manifestaron por los magistrados.

Se analiza la pertinencia y oportunidad del trámite que se le dio a la acción interpuesta, esto por tratarse de que la acción de tutela fue impetrada por un grupo de personas y no de manera individual

La Corte Constitucional en Sentencia T 622 de 2016 consideró importante que hoy en día se “ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas” (p.22).

Por consiguiente, las decisiones desfavorables a dichas comunidades que se han dado anteriormente fundamentadas en formalidades procedimentales, han desconocido la postura de la corte, de visualizar las características étnicas y culturales de quienes conviven en las zonas riverañas al Rio Atrato y son ellas las accionantes en esta oportunidad, lo que les amerita un trato excepcional.

Siguiendo esta línea en favor de las comunidades que merecen un trato diferencial, se establece el principio de diversidad étnica, el cual vislumbra a la persona como sujeto con características únicas de la especie humana y que exige un respeto por las diferencias que se tengan, ya sea desde lo particular o desde los diferentes grupos sociales a los cuales se pertenezca. En cuanto a la denominada Constitución Ecológica, la misma Corte Constitucional toma en cuenta partes de la Sentencia T-411 de 1992, en la cual se establece dicho concepto, además posee 34 disposiciones en donde se definen las normas jurídicas que se han establecido en favor del ambiente en Colombia.

En el mismo sentido se trae a colación la Sentencia T-760/07, en donde la corte asume una postura clara al plasmar que “la Carta contiene una verdadera Constitución Ecológica, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente” (Corte Constitucional, 2007, p.11).

La Corte cita los principios rectores en materia ambiental y que

son importantes para tener en cuenta por el Estado y la población al momento de desarrollar diferentes actividades con el fin de obtener recursos económicos, y que además el Estado debe garantizar su efectiva protección, de ellos se pueden apreciar el principio de prevención, en relación a él, la Corte Constitucional señala en sentencia T- 622 de 2016 que “Este principio busca que las acciones de los Estados se dirijan a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones.” (Corte Constitucional, 2016, p.105).

Es importante resaltar que es más factible para los diferentes países implementar políticas encaminadas a prevenir daños ambientales, esto con el fin de actuar de manera temprana, evitando tener que llegar a presenciar estragos como los existentes hoy en día en muchas partes del planeta, además de direccionar menos recursos económicos en el presupuesto en materia de reparación y recuperación de las áreas afectadas por la intervención humana, ya que muchas veces la mayoría de los países presentan estos inconvenientes.

En relación al principio de precaución, en Sentencia C-595 de 2010 se sostiene “constituye una herramienta constitucional y de orden internacional de suma relevancia a efectos de determinar la necesidad de intervención de las autoridades frente a peligros potenciales que se ciernen sobre el medio ambiente y la salud pública” (Corte Constitucional, 2010, p.50).

Este principio está estrechamente ligado con el principio citado anteriormente y tiene relación directa con la intervención de las actividades humanas, se deben analizar los posibles efectos positivos o negativos que se puedan generar, buscando minimizar cualquier daño que se pudiese ocasionar en las áreas a intervenir.

La Corte Constitucional ha ido fijando una línea jurisprudencial en relación con el ambiente y aun cuando existe una amplia normatividad para garantizar su protección, se considera que aún existen vacíos o

lagunas en este aspecto, razón por la cual es imprescindible conocer y acatar los postulados de las Altas Cortes con relación al medio ambiente.

En cuanto a los denominados Derechos Bioculturales, no solo en Colombia, sino a nivel internacional, se ha establecido un enfoque jurídico con respecto a dichos derechos, la Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio tiene una posición firme que va encaminada en brindar autonomía a las comunidades que habitan estas zonas y que deben regirse por sus costumbres.

Dichos derechos, desde la postura de Pérez y otros (2017) están relacionados intrínsecamente con las costumbres ancestrales de las comunidades, su arraigo, su forma de percibir la vida, su respeto por la tierra, la reciprocidad con la naturaleza la cual les otorga el sustento para el diario vivir.

Implicaciones y efectos de la decisión judicial:

En relación a la decisión de declaratoria del Río Atrato como sujeto de derechos, finalmente se ordenó la conformación de una comisión de guardianes del río, ya que no es suficiente con la sola declaratoria, sino que hay que tomar acciones encaminadas en recuperar el medio ambiente y garantizar su efectiva protección para las generaciones futuras.

Además de lo anterior, se ordenó la participación de una amplia variedad de instituciones y entidades que deben trabajar de manera conjunta y coordinada en el cumplimiento del fallo judicial. Cabe destacar que tanto entidades e instituciones Estatales como comunidad implicada, deben realizar una ardua tarea de manera coordinada y en conjunto sin escatimar esfuerzos en el logro de dicho mandato.

Dentro del presente estudio jurídico realizado se analizó los efectos de la sentencia, por regla general las denominadas sentencias tipo T tienen un efecto interpartes, sin embargo, a la sentencia objeto de estudio se le ha otorgado efectos *inter comunis*, lo anterior, con el fin de beneficiar en

la medida que sea posible a otras comunidades de la región que estén siendo afectadas por las mismas problemáticas y que no interpusieron la acción de tutela.

Normatividad expedida a partir de la sentencia T-622 de 2016:

En primera medida a lo ordenado en la decisión judicial, el gobierno, inicia acciones encaminadas a dar cumplimiento efectivo al fallo y procede a expedir normas en las cuales se designa el representante legal del río junto con las funciones a desempeñar.

Se expide el Decreto 1148 del 5 de julio de 2017, en el cual se define como representante legal de los derechos del río al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

De allí en adelante se han llevado a cabo ciertas reuniones entre diversas entidades, encaminadas en trabajar en pro de la conservación de los recursos naturales y en mejorar las condiciones en la que viven las comunidades.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, expide la Resolución 0115 del 26 de enero de 2018, en donde se dan funciones al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que avance en la búsqueda de soluciones efectivas en favor del ambiente.

Es el ministerio el encargado de organizar coordinadamente las actividades a adelantar en toda la región del Bajo Atrato, se deben tener en cuenta la participación de las diferentes comunidades y habitantes de la zona a intervenir y propender por el cabal cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional.

Otra norma que se incorpora en el ordenamiento jurídico frente al tema es el Decreto 749 del 2 de mayo de 2018, este crea la Comisión Intersectorial para el Departamento del Chocó, dicha comisión permite generar oportunidades de desarrollo que vayan en pro de frenar la

degradación del ambiente y regenerar positivamente las zonas afectadas por la minería ilegal, todo en un espacio de tiempo prudente.

Finalmente, se emite la Resolución 907 del 22 de mayo de 2018, en función de organizar la Comisión de Guardianes del río, conformada por el representante legal del río y el representante de las comunidades, este último seleccionó 14 representantes de sus organizaciones comunitarias.

II. Decisión judicial en relación con la Amazonia:

Situándose en la decisión judicial concerniente a la región de la amazonia, se analiza la Sentencia STC4360-2018 de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte considera ciertos aspectos importantes con respecto a lo acontecido con dicha sentencia, además, entra a analizar si en este caso es la acción de tutela el mecanismo más acorde a interponer en este caso, al encontrarse frente al menoscabo de garantías individuales, o si por el contrario procede la acción popular por tratarse aparentemente de perjuicios causados a intereses colectivos.

La Carta Política, en su artículo 86 dice taxativamente:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. (p. 33)

El Decreto Número 2591 de 1991, reglamenta todo lo concerniente a dicha acción, si bien la acción se interpuso por un grupo plural de personas, es por conexidad con derechos fundamentales que se encuentran amenazados, se analiza la necesidad de salvaguardar los derechos posiblemente amenazados.

La Acción sobre la cual versa este asunto fue interpuesta en su mayoría por menores de edad, razón por la cual la Corte define su postura

frente a la capacidad de dichos menores para presentar la acción impetrada, además de establecer que los menores no requieren representación de sus padres o representantes para ejercer ciertas acciones enfocadas en proteger sus derechos fundamentales.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC4360 (2018) considera que:

Los menores accionantes acuden en defensa de sus prerrogativas e intereses y no en representación de un tercero, por tal razón, se encuentran legitimados para actuar en causa propia, toda vez que solicitan el amparo de sus derechos a gozar de un ambiente sano, vida y salud, máxime cuando la amenaza a la degradación del ambiente. (p.15)

Una vez sentada la postura de la corte, se deja en claro que en todo el territorio nacional los menores de edad pueden participar en ciertos temas y acudir a la justicia a través de los diferentes mecanismos de protección de sus derechos, cuando estos consideren que están en grave riesgo de ser vulnerados.

Al hablar de derecho ambiental se remite inicialmente a la Carta Política, en su artículo 79 dice literalmente:

“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”(p.123).

Por lo tanto, todos los ciudadanos que habitan el territorio tiene un derecho, el cual pueden reclamar y exigir su protección, es un derecho de todos y no de unos cuantos, no importa el estrato social, nivel académico, raza, región, religión, pensamiento, el derecho ambiental es general e incumbe a la totalidad de habitantes dentro de un territorio, además de ello, por tratarse de temas de interés general, se debe participar , no siendo sujetos pasivos, sino siendo parte activa como miembros de la comunidad.

Se trae a colación la noción de que toda la gran región de la amazonia

ha sido considerada de cierta forma como una gran zona que aporta gran cantidad de oxígeno al planeta tierra, es una región estratégica para el mundo y vital para la supervivencia y permanencia del ser humano, todo lo concerniente a ella reviste importancia para las autoridades competentes y para la sociedad en general.

La comunidad internacional ha apoyado los esfuerzos en pro de lograr la conservación del medio ambiente, existe el Tratado de Cooperación Amazónica, adoptado en la Ley 74 de 1978, en su artículo 1° dice que “las Partes Contratantes convienen en realizar esfuerzos y acciones conjuntas para promover el desarrollo armónico de sus respectivos territorios amazónicos, de manera que esas acciones conjuntas produzcan resultados equitativos y mutuamente provechosos” (Congreso de Colombia, 1979, p.1). Es allí donde el trabajo conjunto entre diferentes estados que tienen convergencia en la región amazónica, se hace indispensable, es un tema que no solo le concierne a Colombia, sino también a otros países de los cuales se destaca Colombia, Perú, Brasil, Venezuela, entre otros, cada uno debe hacer su aporte desde diferentes frentes con el fin de ayudar a conservar y mitigar el impacto negativo que se genera en toda la región debido a la deforestación y explotación excesiva de la naturaleza.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido en cuenta la postura de la Corte Constitucional, en donde se reconocen los contextos ambientales como sujetos de derecho, lo anterior permite inferir que la decisión en favor del río Atrato está produciendo efectos positivos a futuro, además de generar un alto impacto en el ordenamiento jurídico colombiano y en las decisiones que se adopten en adelante. Dicha corte en Sentencia T 622 de (2016) Considera que: “Se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana” (p. 48).

En la actualidad, es indispensable replantear ciertas posturas frente a los temas ambientales, si bien es cierto que existe amplia variedad de doctrina jurídica y de normatividad, se crea una línea jurisprudencial en

Colombia que se está teniendo en cuenta por los jueces de la República, el reto es grande, pero se va por buen camino, ya se nota recuperación de las zonas devastadas por la deforestación, aunque, también es la sociedad del común la que debe tener sentido de pertenencia frente al cuidado de dichos recursos con los que tiene para su administración y aprovechamiento.

Continuando con el tema objeto de estudio, se resalta la Estrategia de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques y referenciada en Sentencia STC 4360 de la corte Suprema de Justicia (2018) donde se citan los siguientes datos: “En los años 2015 y 2016, la deforestación en la región Amazónica aumentó un 44%, pasando de 56.952 a 70.074 hectáreas perjudicadas.” Dicha información fue convalidada por el IDEAM en el informe del Sistema de Monitoreo de Bosques y Carbono para Colombia –SMBYC de 2017 (p.34).

De lo anterior se puede apreciar que la destrucción de la amazonia es alta y con un panorama desalentador, ya que cada punto porcentual que aumenta la tasa de deforestación al convertirla en hectáreas, esta cifra es realmente alta, se trata de la tala de miles y miles de metros cuadrados sin ningún control y con muy poca intervención efectiva por parte del estado colombiano, se debe destacar que existen entidades haciendo esfuerzos por estudiar a fondo los datos que permitan tener cifras reales de la problemática que se presenta, con el fin de que las autoridades competentes y las comunidades tomen cartas en el asunto, de lo contrario se ignoraría lo que está pasando en esta zona del país.

Debido a la alta tasa de deforestación sufrida en el Amazonas, lo más probable es que los llamados gases efecto invernadero se estén incrementando, cabe recordar que son los árboles los encargados de capturar el dióxido de carbono que perjudica la atmósfera y ayudan a generar oxígeno saludable para el planeta, el mundo entero está luchando en contra del incremento del calentamiento global, el cual es consecuencia principalmente de la emanación de dichos gases tóxicos, se hace pertinente analizar que la vida para las generaciones futuras está en

riesgo, de continuar la deforestación de los bosques de la región.

Se hace necesario implementar medidas y acciones que vayan encaminadas a proteger y salvaguardar el ambiente, favoreciendo a todos los habitantes en este territorio amazónico.

Colombia participó en la Convención del Cambio Climático de París que se llevó a cabo en el año 2015, allí el representante del Estado se comprometió a disminuir la tasa de deforestación en la región de la amazonia en relación a la región que le corresponde salvaguardar a Colombia como país que comparte zona de convergencia del río Amazonas.

Otro de los aspectos importantes que se tienen en cuenta en la sentencia judicial es que se mencionan a las Corporaciones Autónomas Regionales, las cuales juegan un papel preponderante en todo este tema, ellas manejan un presupuesto autónomo que les permite hacer inversiones directas en las áreas de influencia de su jurisdicción, a su vez de tener autonomía administrativa para manejar los temas con mayor independencia.

Sin embargo, los esfuerzos que estas entidades realizan pareciera no ser eficaces al enfrentar el flagelo que se presenta en sus áreas de influencia, con el presente fallo judicial se logrará coordinar un trabajo activo desde las diferentes entidades, permitiendo alcanzar una clara efectividad en el desempeño de las tareas en favor de frenar la destrucción del amazonas.

Decisión judicial respecto a la sentencia de la región Amazónica:

Una vez estudiado el caso y analizado los diferentes postulados en cuanto al medio ambiente, las comunidades que habitan la región, las afectaciones negativas acaecidas por la deforestación y una proyección de la garantía de estos derechos para las generaciones futuras, la Corte resolvió dicho fallo en favor de los accionantes.

Sentencia STC4360 de la Corte Suprema. (2018). Ordeno la “construcción de un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano –PIVAC” (p.49).

Dicho pacto busca combatir directamente la deforestación en la región amazónica y luchar incansablemente por el cuidado de los bosques, los cuales frenan la generación de gases perjudiciales para el medio ambiente.

Conclusiones

Teniendo en cuenta que el Estado Colombiano es quien tiene la mayor responsabilidad de salvaguardar derechos constitucionales, se considera que aunque dentro de su estructura organizacional tiene entidades competentes para velar por la protección de dichos derechos, esto no ha sido suficiente, de acuerdo a lo anterior se procedió a realizar el presente artículo, de allí se concluye que en los últimos años se han dictado fallos judiciales que sientan una línea jurisprudencial con respecto al reconocimiento de contextos naturales como sujetos de derechos, llenando ciertos vacíos jurídicos que existían al respecto en el Marco Jurídico Colombiano.

Además de lo anterior, se puede evidenciar que, a partir de lo ordenado por las Altas Cortes, las autoridades competentes han empezado a realizar un trabajo coordinado con las diferentes comunidades, tanto los accionantes como las demás que habitan las zonas afectadas, contrarrestando así la deforestación, la minería ilegal y demás aspectos que degradan al medio ambiente.

De ese modo se les puede brindar a estas comunidades el goce sano en su estilo de vida, además de mejorar su nivel de salud al garantizar el sustento de los recursos naturales los cuales le han servido para su subsistencia (Aguilar-Barreto y Aguilar-Barreto, 2017).

Son muchos los actores intervinientes en el área de influencia,

algunos en favor y otros en contra del medio ambiente, como estudiantes de derecho se debe tener una postura clara frente al tema y se debe continuar haciendo seguimiento y análisis a las decisiones que se tomen frente al tema, es la generación presente y las generaciones venideras las que sentirán los efectos que se generen en los ecosistemas naturales, son los que deben aportar un poco de tiempo y esfuerzos en esta causa que es universal y que compete a cada persona que habita el planeta, aun cuando muchos se hagan los indiferentes o inclusive estén pensando en continuar explotando despiadadamente dichos recursos.

En el mercado de la minería ilegal y de la deforestación para el aprovechamiento de los recursos naturales, son muchos los que se lucran directa o indirectamente del negocio, lo cierto es que son ellos los más interesados en que no se les obstaculicen sus fuentes de ingreso.

En adelante aún queda mucho por hacer, como propone Aguilar-Barreto (2017) el desarrollo de lo ordenado en las sentencias aún continua en espera que se dé prontamente, son las comunidades afectadas las más interesadas en que todo lo anterior siga su rumbo, habrá que esperar a ver como continúan trabajando los comités junto con las diferentes organizaciones y que beneficios o efectos se continúan dando en el territorio colombiano.

Como citar el capítulo

Caballero Flórez, D., Largo Leal, C., Aguilar-Barreto, C., Aguilar-Barreto, A. (2018). Análisis jurídico de los alcances de las decisiones judiciales que otorgan derechos a contextos ambientales en Colombia. En A. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez Pirela, y Y. Hernández Peña. (ed.), *Sociedad y derecho*. (pp. 188-206). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias Bibliográficas

Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La Educación en Colombia: Históricamente elemento jurídico político para el desarrollo social. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.nd). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu>.

[co/handle/123456789/2097](http://co.handle/123456789/2097)

- Aguilar-Barreto, A.J. y Aguilar-Barreto, C.P. (2017). Enfoque de equidad de género: aplicación desde el marco jurídico colombiano. En Graterol-Rivas, M., Mendoza- Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.nd). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Colombia. Congreso de Colombia. (1979). Ley 74 de 1979. Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Cooperación Amazónica, firmado en Brasilia el 3 de julio de 1978. Bogotá, Colombia: El Congreso.
- Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-411. Acción de tutela-Titularidad/Persona Jurídica/derechos fundamentales. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogota: La Corte
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-760/07. Constitución ecológica-Conformación. Medio ambiente-Mecanismo mínimo de existencia del ser humano/constitución ecológica. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: La Corte.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-595. Presunción de culpa o dolo en materia de infracciones ambientales-No resulta violatoria de la presunción de inocencia. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: La Corte.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-622/16 Principio de precaución ambiental y su aplicación para proteger el derecho a la salud de las personas-Caso de comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y manifiestan afectaciones a la salud como consecuencia de las actividades mineras ilegales. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: La Corte
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2018). Sala de casación civil STC4360-2018. Por medio de la cual se ordena la protección inmediata a la amazonia colombiana. Recuperado de: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>
- Díaz, E. (1998) Curso de Filosofía del Derecho. Barcelona - Madrid: Marcial Pons, 1998.

-
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017). Decreto 1148. Por el cual se designa al representante de los derechos del río Atrato en cumplimiento de la Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional". Bogotá: La Corte.
- Ministerio del Ambiente. (2011). Decreto 3570 del 27. Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integra el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible." Bogotá: El Ministerio.
- Pérez, C., Vargas, M., Estévez, X. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). Aplicabilidad del marco jurídico ambiental: caso barrio San Rafael De Cúcuta. En Graterol Rivas, M., Mendoza Bernal, M., Graterol Silva, R., Contreras Velásquez, J., Espinosa Castro, J (Eds.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp. 85-102). Publicaciones Universidad del Zulia, Maracaibo, estado Zulia, República Bolivariana de Venezuela. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>



Este libro fue editado y publicado
en formato digital en el mes de diciembre del 2018.
Barranquilla-Colombia.

El Derecho como disciplina humanística que tiene por objeto el estudio la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico para su justa aplicación; que atendiendo a este propósito desde el ejercicio investigativo como un campo laboral no explorado, los procesos de investigación formativa que se adelanta en la Universidad Simón Bolívar tienden al análisis teórico, analítico y crítico de distintas situaciones que alteran el orden justo, y por ende la dinámica de la sociedad; así este libro presenta resultados de estudios que permiten comprender la relación entre “Sociedad y Derecho”. Cada uno de sus capitulos muestra los resultados desde la reflexión investigativa de un grupo de excelentes profesionales, que apoyando a los abogados en formación y experiencia ofrecen nuevas perspectivas del Derecho, desde su trascendencia frente a las diferentes problemáticas sociales. Así, esta obra se muestra un conjunto de saberes que evidencian intereses comunes e investigativos, los cuales han sido revisados por especialistas en el área, dando origen a los diferentes capítulos, donde se encuentran problemáticas de gran impacto en la actualidad, como lo son cáncer gástrico, migración, derecho ambiental, arreglos de paz, infracciones informáticas en Colombia, derechos fundamentales y laudos de arbitraje internacional.