



ARGUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN JURÍDICA: PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS

ARGUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN JURÍDICA: PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS



Erick Valdés
Edmer Leandro López Peña
Giovanni Alcides Monguí Merchán
Nubia Catalina Monguí Merchán
Catherine Díaz Sanabria
Mady Juliana Montaña
Juan Carlos Sosa Ruiz

ISBN: 978-958-5471-87-0



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



ARGUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN JURÍDICA: PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS



AUTORES:

Erick Valdés

Edmer Leandro López-Peña

Giovanni Alcides Monguí-Merchán

Nubia Catalina Monguí-Merchán

Catherine Díaz-Sanabria

Mady Juliana Montaña

Juan Carlos Sosa-Ruiz



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A



ediciones
USTA
UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS

Argumentación e investigación jurídica: perspectivas contemporáneas / Erick Valdés - Edmer Leandro López Peña - Giovanni Alcides Monguí Merchán - Nubia Catalina Monguí Merchán - Catherine Díaz Sanabria - Mady Juliana Montaña - Juan Carlos Sosa Ruiz. Tunja: Ediciones USTA, 2020.

170 páginas: tamaño 17×24 cm.

ISBN: 978-958-5471-87-0

Primera Edición, 2020

Comité editorial

**Fr. Álvaro José
ARANGO RESTREPO, O.P.**
Rector

**Fr. Omar Orlando
SÁNCHEZ SUÁREZ, O.P.**
Vicerrector Académico

**Fr. Héctor Mauricio
VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.**
Vicerrector administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA
Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO
Directora Unidad de Investigación e
Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ
Director Centro de Recursos para el
Aprendizaje y la Investigación

Argumentación e Investigación Jurídica:
Perspectivas Contemporáneas

Corrección de Estilo:
María Ximena Ariza García

Impresión y Diagramación
Editorial JOTAMAR S.A.S.
Calle 57 No. 3 - 39.
Tunja - Boyacá - Colombia.

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente.
El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.



***Ediciones Usta
Universidad Santo Tomás
2020***

Departamento Ediciones Usta Tunja
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopadoras, microfilme, offset o mimeógrafo.
Ley 23 de 1982.

BIOGRAFÍA AUTORES



ERICK VALDÉS

Filósofo y Jurista. Doctor en Filosofía, Posdoctorado en Bioética y Posdoctorado en Filosofía por la Universidad de Georgetown, EEUU, y Posdoctorado en Derecho por el Washington College of Law, EEUU. Ha sido Profesor Investigador de Bioderecho y Bioética del prestigioso Kennedy Institute of Ethics de la Universidad de Georgetown. Actualmente, es Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás-Tunja, y Profesor Investigador Adjunto de Bioderecho de la Universidad de Princeton, EEUU. Miembro Fundador y Presidente de la International Network of Biolaw (www.internationalnetworkbiolaw.org), la organización académica de bioderecho más importante del mundo.



CATHERINE DÍAZ SANABRIA

Magister en Derechos Humanos, Especialista en Derecho del Trabajo, Especialista en Justicia Constitucional y Defensa en Derechos Humanos, Docente y Directora de Posgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Docente y Directora de Posgrados en otras universidades como la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Universidad de Boyacá. Universidad Nacional. Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Uptc. Asesora Jurídica de la Secretaría de Educación de Boyacá.



MADY JULIANA MONTAÑA RUIZ

Especialista en Derecho Administrativo
Especialista en Instituciones jurídico-Procesales,
Magister en Derecho Administrativo. Docente
Universitaria. Líder de Proyección Social de la
Facultad de Derecho de la Universidad Santo
Tomás Seccional Tunja. Ha sido docente en
Universidades como la Fundación Juan de
Castellanos y Antonio Nariño. Ocupó cargos públicos en la Contraloría
General de Boyacá y en la empresa de Energía de Boyacá.



NUBIA CATALINA MONGUÍ MERCHÁN

Abogada, Conciliadora en Derecho,
Especialista en Derecho Administrativo
y Magister en Derecho Administrativo,
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja;
Candidata a Ph. D Doctora en Derecho Público
por la Universidad Santo Tomás Seccional
Tunja. Artista y Gestora Cultural. Miembro del
semillero de investigación y auxiliar de investigación Universidad Santo
Tomás – Tunja,; Instructora de Danza Folclórica e Internacional; Abogada
oficina Doctor Ligio Gómez Gómez; Abogada, Instituto de Transito de
Boyacá, Docente en la Escuela Superior de Administración Pública; Jefe
de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Municipio de Sogamoso;
Secretaria de Cultura y Patrimonio del Municipio de Sogamoso; Asesora
Jurídica en la Asamblea Departamental de Boyacá, Abogada Alcaldía
Local de Usaquén.



EDMER LEANDRO LÓPEZ PEÑA

PH D. Doctor en derecho administrativo Iberoamericano de la Universidad de la Coruña España, Magister Derecho Administrativo Universidad libre de Colombia, Especialista Derecho administrativo Universidad Libre de Colombia, Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Docente universitario en pregrado Universidad Santo Tomás Tunja, Docente de programas de posgrados en varias instituciones universitarias del país. Capacitador Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Par evaluador Colciencias. Líder de grupo de investigaciones jurídicas y socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás Tunja categoría A de Colciencias. Miembro fundador de la asociación de juristas latinoamericanos. Miembro de la red de justicia y discapacidad.



GIOVANNI ALCIDES MONGUÍ MERCHÁN

Abogado, Conciliador en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja; Máster Universitario en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Internacional de La Rioja - UNIR, Logroño, España (2019), convalidado como Magíster en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías; Candidato a Doctor en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Se ha desempeñado como Personero delegado en servicios públicos domiciliarios, medio ambiente y desarrollo urbano en la ciudad de Tunja; Personero municipal de Nobsa, Abogado de la Dirección de Investigaciones de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, Asesor jurídico de la Empresa Consorcio Total S.A. de C.V. (México) Sucursal Colombia; Secretario de División de Ciencias Jurídicas y Políticas de la

Universidad Santo Tomás Seccional Tunja; Abogado litigante y asesor en asuntos de derecho Administrativo, tránsito, civil, comercial, laboral, ha sido docente en Universidades como la Autónoma de Bucaramanga UNAB en convenio con UNISANGIL Sede Yopal, Escuela Superior de Administración Pública ESAP Territorial Boyacá y Casanare y Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.



JUAN CARLOS SOSA RUIZ

Abogado especialista en Derecho Ambiental de la Universidad Santo Tomás - Tunja, Magister en Derecho Con énfasis en regulación Minera, Petrolera y de Energía Eléctrica de la Universidad Externado de Colombia, conciliador en Derecho, Docente Universitario Investigador en Pregrado y Posgrado, con más de 10 años de experiencia en el sector minero energético como abogado consultor y asesor de compañías minero energéticas, amplia experiencia en revisión de expedientes ante las autoridades ambientales y mineras (CAR, ANLA, MINAAMBIENTE, MINMINAS, ANM), conocedor de la normatividad minera y ambiental, modificaciones y actualizaciones, supervisor jurídico de procesos físicos y magnéticos ambientales y mineros en todo el país, asesoría en la contratación pública y privada en materia ambiental y minero energética.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
--------------------	---

LA ARGUMENTACIÓN EN EL BIODERECHO	11
---	----

Erick Valdés

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN PROBATORIA. REFLEXIÓN DE ALGUNAS HERRAMIENTAS	43
---	----

Edmer Leandro Lopez-Peña

LA INVESTIGACIÓN, SU RELACIÓN CON LA BIOÉTICA Y DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN, INFORMACIÓN Y HABEAS DATA.	69
--	----

Giovanni Alcides Monguí-Merchán, Nubia Catalina Monguí-Merchán

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: UNA VISIÓN DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO	107
---	-----

Catherine Díaz-Sanabria, Mady Juliana Montaña,

Nubia Catalina Monguí-Merchán

TENDENCIAS INVESTIGATIVAS CONTEMPORÁNEAS EN MATERIA AMBIENTAL DESDE EL DERECHO. Una reflexión de las experiencias académicas investigativas.	133
---	-----

Juan Carlos Sosa-Ruiz

ARGUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN JURÍDICA, PERSPECTIVAS CONTEMPORÁNEAS

Introducción

Resulta relevante, novedoso y pertinente como precedente académico, que desde el módulo de investigación surja un primer producto a partir de las experiencias propias de sus autores, docentes de investigación, que en cada uno de sus espacios académicos desarrollan clase tras clase y de forma paralela los contenidos propios de la investigación como ciencia y sus conceptos particulares frente a determinadas temáticas para el caso configuradas como socio-jurídicas, debe el módulo de investigación proponerse ejecutar como criterios parametrizados nuevas obras tendientes a contextualizar a los alumnos que son un público objetivo prioritario a los cuales debe infundírsele el animus investigativo, como se verá en cada uno de los capítulos desarrollados dentro del presente texto, los antecedentes de cada una de las temáticas abordadas, contextualizarán al lector en la estructura propia de una investigación que parte por dar a entender precisamente los precedentes contextuales temáticos tanto de la argumentación jurídica como de la investigación científica y académica.

Los temas abordados dentro de esta obra, son una muestra de los avances investigativos en temáticas contemporáneas y muy ajustadas a la realidad actual, que podrán incentivar aún más la investigación, para el caso desde el derecho, del cual se entiende su evolución y movilidad acorde con el desarrollo propio de la sociedad y de la raza humana como tal, generando un alcance práctico en proyectos de investigaciones que partirán por lo menos de un marco general argumentativo e interpretativo, tal vez como el principal objetivo de este manuscrito.

En seguimiento de lo anterior, las problemáticas que incentivan las distintas temáticas abordadas a lo largo de los capítulos, no pueden analizarse desde la aparente dificultad que detentan cada una de ellas, de hecho es a partir de su debate justificativo que se presenta una oportunidad inequívoca de propiciar campos de investigación para generar propuestas que formen productos desde lo básico hasta lo aplicado, es por esta razón que el significado de esta obra respecto de sus dos materias generales como lo son la argumentación jurídica y la investigación nos sumerge en temáticas como la del bioderecho, la argumentación e interpretación probatoria desde los métodos y escuelas, la investigación y su relación con la bioética y derechos de la comunicación, información y habeas data, el pluralismo jurídico y protección constitucional de la población indígena en Colombia y el medio ambiente, dándose aplicación como se indicara inicialmente a la actividad paralela de propiciar e inducir a la investigación con la aprehensión de conocimientos particulares.

LA ARGUMENTACIÓN EN EL BIODERECHO

Erick Valdés

I. Introducción

La argumentación jurídica, así como sus alcances y naturaleza, ha sido materia de investigación y discusión profusa en los trabajos de destacados juristas (MacCormick 1978; Dworkin 1986; Alexy 1989; Finnis 1992; Luhmann 1995). Sin embargo, cuál sea la argumentación jurídica más adecuada para las preguntas y controversias que han surgido en el último tiempo, en virtud del potenciamiento biocientífico, es todavía un cuestionamiento oscuro y poco abordado por la doctrina. Si bien, existen algunos intentos por clarificar la substancia de la argumentación jurídica en el ámbito de las ciencias biomédicas (Beyleveld&Brownsword 2000a, 2000b; Lenoir 2000), dichas aproximaciones son oblicuas y parásitas de la bioética, a saber, fundadas en categorías emergidas de la moral común, lo cual, como se verá más adelante, ha representado un gravoso obstáculo para la evolución epistemológica y argumentativa del bioderecho.

En efecto, cuáles sean las formas más adecuadas de justificar decisiones, argumentar posiciones, y regular o legislar sobre prácticas biocientíficas de última generación, tales como la edición genética (CRISPR-Cas9) de embriones humanos preimplantados, el Diagnóstico Genético Preimplantacional con fines disgenésicos¹, la transferencia mitocondrial, que deriva en la producción de niños con tres padres genéticos, o la investigación en laboratorio con embriones humanos, entre otras, son preguntas, cuya respuesta permanece en una oscura penumbra,

¹ Las prácticas disgenéticas son aquellas que buscan la manipulación, edición, producción o selección de embriones humanos (o de otras especies) con discapacidades o enfermedades.

principalmente engendrada por la incapacidad que muestran las metodologías y epistemologías del derecho tradicional para recepcionar y abordar con claridad dichas cuestiones.

Sin embargo, lo que llamaré bioderecho tradicional, compuesto por cuatro concepciones argumentativas mayoritarias (Rendtorff&Kemp 2000, 2019; Romeo Casabona& Romeo Malanda 2019; Romeo Casabona 2011; Lenoir 2000; Fagot-Largeault 2000; Casonato 2019; Santossuoso 2019; Mekinoff 2001; Johnson, Iltis&Hinze 2008; Dolgin and Shepherd 2005; Scott 2000; Andorno 2013), tampoco ha sido capaz de edificar modelos prístinos para abordar, con suficiencia, el problema de la argumentación biojurídica.

En este capítulo, fundamento un modelo de bioderecho que ofrece más seguridad y eficacia en la argumentación de asuntos biojurídicos, tanto en lo respectivo a las decisiones judiciales, como en la regulación y legislación sobre prácticas biomédicas y biocientíficas de última generación. Para ello, en primer lugar, expongo las cuatro formas tradicionales de argumentar en bioderecho. Luego critico dichas epistemologías. En seguida, demuestro por qué el bioderecho no se debe argumentar desde la bioética.

A continuación, explico qué es realmente el bioderecho, desarrollando una nueva concepción, y justifico cómo se debe argumentar en dicho campo. Finalmente, presento algunas conclusiones. Aclaro que, por motivos de espacio, la exposición será sinóptica.

II. Las cuatro formas tradicionales de argumentar en el bioderecho

Si bien, desde su aparición como un neologismo en la década de 1990, el bioderecho ha desplegado diversas epistemologías, solo hasta hace muy poco esas concepciones fueron identificadas y diferenciadas unas de otras, en cuanto a su naturaleza y alcances (Valdés 2015, 2019). Sin embargo, más allá de sus diferencias, esas cuatro escuelas, de las cuales emergen cuatro modelos de argumentación, poseen un denominador común: todas entienden el bioderecho y la argumentación en bioderecho desde la bioética, lo cual, como demostraré más adelante, es un error, no solo metodológico,

sino que epistemológico. Cada una de estas cuatro concepciones del bioderecho argumenta sobre conflictos y encrucijadas jurídicas surgidas en el ámbito biocientífico, asumiendo, prácticamente como un axioma, que la argumentación en el bioderecho depende de las nomenclaturas discursivas y deliberativas de la bioética. Para ello, someten la argumentación en el bioderecho a la bioética desde siete dimensiones procedimentales que he identificado antes como juridificación, complementación, supeditación, superposición, sustitución, colonización e intersección (Valdés 2019).

II.1 Escuela europea: juridificación y complementación

Esta escuela argumentativa entiende el bioderecho como una bioética jurificada (Rendtorff&Kemp 2000, 2019), lo cual implica que los principios de la bioética estadounidense (Beauchamp&Childress 2013, Beauchamp 2019), que son normas de moral común carentes de fuerza legal vinculante, son considerados también como cánones jurídicos para argumentar sobre las prácticas biocientíficas y biomédicas que entrañan riesgos importantes para los seres humanos.

Si bien esta escuela acepta el principialismo como un modelo argumentativo válido en el bioderecho, no asume ni utiliza todos los principios bioéticos como sus referentes. Rendtorff y Kemp (2000: 25-56) identifican los principios del bioderecho europeo como autonomía, dignidad, integridad y vulnerabilidad, a los cuales llaman, indistintamente, “principios de la bioética y bioderecho europeos”.

Esta concepción no utiliza todos los principios bioéticos para edificar su propia propuesta principialista. En efecto, dignidad, integridad y vulnerabilidad son considerados como principios alternativos y suplementarios de la autonomía, fundamentalmente porque ellos constituyen criterios decisionales poderosos para evaluar, utilitariamente, la vida vs la calidad de la vida, cuando esta dicotomía se presenta en el ámbito clínico o biomédico. Por lo mismo, para Rendtorff y Kemp (2000: 19) estos principios deben ser interpretados como expresiones de “una realidad fenomenológica concreta del mundo de la vida.”

La juridificación de estos principios bioéticos europeos se funda también en la cercana conexión que los autores admiten entre la ética y el derecho, razón por la cual, dichas normas de moral común son interpretadas, simultáneamente, como normas morales y jurídicas. Al mismo tiempo, esta juridificación supone una complementación de ambas disciplinas, tanto así que los principios identificados por Rendtorff y Kemp pueden ser comprendidos y utilizados en la argumentación, indistintamente como normas morales y jurídicas.

La función de los principios de la bioética y el bioderecho europeos es instalar, a nivel legislativo y constitucional, un fundamento para la argumentación sobre la esfera de privacidad de la persona, la cual señala una tensión entre los derechos individuales para con el propio cuerpo, la protección de esos derechos por parte del Estado, y la determinación de los límites de esos derechos. Esto significa que, la escuela europea, entiende la autonomía individual como mediada por el espacio público. Por lo tanto, el bioderecho europeo puede ser definido como una expresión de moralidad política (pública) e integridad legal. A saber, es determinado por un amplio grado de exposición o apertura del sistema jurídico al mundo exterior de la política y la cultura.

Como los principios del bioderecho europeo implican necesariamente una nueva forma de discernimiento legal, un nuevo modo de pensar y argumentar los casos, dichos principios están abiertos a interpretación y se legitiman como estándares legales generales más que como reglas específicas de argumentación. En el discernimiento jurídico y legislativo de casos complejos la función de los principios resulta evidente. Sin embargo, aunque conforman o son parte de sistemas legales, no siempre son formulados directamente como reglas específicas. La consecuencia del rápido y, aparentemente, inexorable desarrollo biotecnológico, ha sido precisamente la búsqueda por parte de los legisladores en los países europeos de criterios generales para legislar.

Es aquí, particularmente, donde los principios del bioderecho europeo emergen como criterios deliberativos. Sin embargo, es importante tener

conciencia de las diferencias entre principios éticos y principios legales: los principios del bioderecho representan la juridificación de principios bioéticos, y como normas legales, su horizonte normativo refleja simplemente un esfuerzo (estéril, por lo demás) por establecer un correcto balance entre la búsqueda del bien común y el respeto por la intrínseca dignidad e integridad de la persona.

Esta escuela argumentativa considera que los principios del bioderecho funcionan también como normas bioéticas, y que pueden funcionar, indistintamente, como normas de moral común o normas jurídicas legalmente vinculantes. En este contexto, la concepción europea del bioderecho no concibe la bioética como un mero modelo de *commonlaw*, fuente de recomendaciones, instrumentos y disposiciones regulatorias de las prácticas biocientíficas, ni tampoco entiende el bioderecho como un simple modelo jerarquizador de dichas disposiciones. Más bien, propone que el bioderecho debe ser entendido como un concepto que abarca todos los juicios legales que conciernen a las cuestiones bioéticas y, de ese modo, debería estar siempre involucrado en la asesoría y consejo a las autoridades jurisdiccionales, en los comités de bioética, en la legislación sobre asuntos bioéticos y de la bioética misma, y en las decisiones de las Cortes acerca de los conflictos y controversias de naturaleza y alcance bioético (Kemp 2000: 69).

Por lo dicho anteriormente, es claro que esta es una concepción hermenéutico iusnaturalista. Esto se aprecia con claridad, no solo en los trabajos de Rendtorff y Kemp, sino que también en aquellos de Beyleveld y Brownsword (2000a: 179-218; 2000b: 15-44), donde estos autores aun criticando el estatuto ontológico y epistemológico tradicional del principio de dignidad, terminan por considerarlo como un criterio plausible de deliberación y argumentación en bioderecho, teniendo como horizonte conceptual la doctrina de los derechos humanos.

II.2 Escuela mediterránea: supeditación y superposición

II.2.1 España

Esta escuela es claramente antropocéntrica, ya que asume varias bases epistemológicas de los derechos humanos, y considera al ser humano como el objetivo primero y único de cualquier argumentación en el bioderecho.

Su propósito principal se evidencia en un texto de De la Torre, Junquera, Aparicio y González (2010), en el cual se seleccionan normas internas del derecho español, a nivel estatal (leyes reales, decretos), una norma paradigmática de carácter autonómico, jurisprudencia constitucional, y pactos y convenciones internacionales, todas ellas reguladoras de distintos aspectos bioéticos o que sirven de base a la normativa bioética, y que cumplan o puedan cumplir una función argumentativa, con relación al ser humano y su mejor desarrollo.

Por su parte, Romeo Casabona y Romeo Malanda (2019: 59-76), si bien reconocen el carácter autónomo del bioderecho y lo caracterizan como una disciplina legal, mantienen la idea de que existe una interdependencia argumentativa, tanto epistemológica como metodológica entre ambas. Señalan que, así como la bioética ha influenciado el derecho, éste a su vez, también ha impactado a la bioética (Romeo Casabona y Romeo Malanda (2019: 68).

Por lo tanto, si bien estos autores no asumen la posición de que el bioderecho es parte de la bioética, sí enfatizan que aquel sería muy difícil de comprender sin ésta. En este sentido, Romeo Casabona (2011: 197) ha señalado que la aspiración última de la bioética es aportar al derecho criterios y orientaciones para obtener un consenso sobre el contenido de principios que deben guiar la vida social.

Romeo Casabona y Romeo Malanda (2019) destacan los aspectos novedosos de la metodología de la bioética, su discurso interdisciplinario, a saber, su abordaje a los conflictos provocados por las prácticas biocientíficas desde perspectivas diferentes pero complementarias que ofrecen diversas disciplinas que convergen en el seno de la bioética.

Con lo anterior, aunque no se contradicen completamente, estos autores terminan por asumir como ciertas y aplicables, la mayoría de las tesis de la concepción mediterránea. Si bien asumen la independencia del bioderecho como una emancipación epistemológica y disciplinaria (con un objeto de estudio legal y no moral), no logran discernir con éxito las distancias argumentativas que lo alejan de la bioética. De hecho, Romeo Casabona y Romeo Malanda (2019: 67) afirman que, desde un sentido amplio, y tomando en consideración estas manifestaciones empíricas de la bioética, el derecho debería también ser integrado a ella.

Por lo tanto, desde esta comprensión, el bioderecho se transforma también en un instrumento de la bioética o, en el mejor de los casos, en parte de ella. En otras palabras, de acuerdo a estos autores, el bioderecho sería una subdisciplina que colabora en el estudio, clarificación, argumentación y eventual solución de las complejidades éticas que las intervenciones biocientíficas implican para la vida en su conjunto. De este modo, subyace a este entendimiento, aunque no de una manera tan nítida como en otras recepciones mediterráneas que abordaré a continuación, la idea de que el bioderecho debe y puede ser comprendido desde la bioética, específicamente desde las categorías que he identificado como supeditación y superposición.

II.2.2 Francia

Los desarrollos de los biojuristas franceses señalan una concepción argumentativa del bioderecho como una constelación de leyes bioéticas (Lenoir 2000: 221) o bionormas (Fagot-Largeault 2000: 27), que otorgan más contenido a la bioética en su tarea de interpretar, comprender, argumentar y discernir cuál es la mejor regulación para las prácticas biocientíficas.

La idea central de estas académicas francesas es que la determinación de esas bionormas debe estar iluminada por tres elementos: los hechos, los valores y las elecciones. Desde esta triada hermenéutica sería finalmente posible identificar y definir leyes o normas específicas para las ciencias biomédicas. El procedimiento es simple, pero, a la vez, dudoso en cuanto a su objetividad: los hechos de alcance jurídico deben ser valorados,

juzgados o, lo que es lo mismo, interpretados. Una vez completado este paso hermenéutico, se debe optar por un modelo regulatorio que abarque el caso o la práctica en cuestión. En el cual no se ha encontrado evidencia de esto, pero la metodología propuesta por las teorías francesas posee nítidas reminiscencias casuísticas, al puro estilo de Jonsen y Toulmin (1988), lo que relativiza los procesos deliberativos y argumentativos, restándoles objetividad.

La preponderancia del componente hermenéutico en esta escuela permite afirmar que la concepción mediterránea del bioderecho posee un marcado rasgo iusnaturalista-axiológico que abre un vago y difuso espacio a la interpretación y ponderación de los hechos y acontecimientos biocientíficos. Lo anterior, desde categorías epistemológicas que afirman una continuidad, un puente, y una intrínseca relación entre la ética y el derecho. Además, esta concepción afirma que la consideración, análisis y argumentación biojurídica de los alcances problemáticos de las prácticas biomédicas, siempre implica antes una aproximación bioética.

Lenoir y Fagot-Largeault, herederas de una gran tradición de filosofía evolutiva, piensan naturalistamente, en el sentido de que asumen que la moral presenta una base biológica (Bergson 1932: 103). Por ello, piensan que la primera y más original argumentación sobre los conflictos morales y jurídicos que la biociencia provoca, es y debe ser una aproximación bioética, apoyada y complementada por el bioderecho, entendido como una disciplina parásita de aquella otra disciplina.

En este sentido, el bioderecho se transforma en una suerte de mirada ético-jurídica que transforma la bioética en una especie de ética evolucionista y que contribuye a su consolidación como el modelo más plausible y legitimado para argumentar sobre la naturaleza y alcance de los conflictos ético-jurídicos provocados por las prácticas genéticas de última generación.

Por otra parte, en Francia se afirma una relación consustancial entre las llamadas leyes bioéticas y los valores fundamentales de la sociedad europea (Lenoir 2000: 222-223). A saber, el estatuto legalmente vinculante de una ley bioética debe estar en plena sintonía con el propósito de fundarse en una norma *prima facie*, no vinculante, de moral común. Esto

conecta la concepción mediterránea del bioderecho con la doctrina de los derechos humanos, lo cual hace evidente algunos rasgos compartidos con la concepción europea y la concepción internacional de la disciplina.

Estos parecidos de familia son: i) el principio cúspide sobre el cual debe fundarse cualquier regulación de la biomedicina es la dignidad, el cual, de acuerdo a Lenoir (2000: 224-225) posee dos rasgos que lo distancian radicalmente de otros principios: 1. Supera la distinción presente en el Derecho Romano y tradicional, entre el Yo y el Otro, ya que el principio de dignidad implica mirar y considerar a cualquier persona como a uno mismo, y 2. Es un principio categórico y no hipotético, debido a que su cumplimiento no admite excepciones, y su valor es absoluto.

Esto, lo hace, de acuerdo a la citada autora, distinto a otros principios como el de libertad o justicia, por ejemplo. El segundo rasgo compartido es que ii) el bioderecho implica una relación consustancial entre la bioética y los derechos humanos, ya que el bioderecho mediterráneo considera principios morales universales, que no son de cumplimiento progresivo y que señalan el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales como el derecho a disponer libremente del propio cuerpo (siempre y cuando eso no violente la dignidad personal) y el derecho a la integridad corporal (Lenoir 2000: 224).

II.2.3 Italia

Uno de las principales figuras de la escuela italiana del bioderecho es Carlo Casonato (2019: 77-91) para quien, entre otras características, la nueva disciplina representa un derecho abierto porque está en proceso de construcción de leyes para la toma de decisiones en la intersección ciencia-ética. O sea, el bioderecho, además de abierto, sería para este jurista italiano, al igual que para los españoles y franceses, un instrumento argumentativo de la bioética.

Casonato afirma que el derecho comparado, a saber, todos los instrumentos del bioderecho internacional, se fundan en aspectos de dimensión científica y que tienen directo alcance filosófico y social. En este sentido,

el bioderecho sería un derecho abierto a la dimensión científica y ética de las inventivas biomédicas.

Además, para este autor, la evolución de los instrumentos internacionales (derecho parlamentario, jurisprudencia) muestra cómo el derecho europeo ha sido permeado por la epistemología bioética, lo cual finalmente señala la instrumentalización del llamado derecho de las ciencias de la vida, como un medio fundamental para la colonización europea de la bioética.

Por su parte, Santosuosso (2019:162), quien es otro importante representante del bioderecho italiano, afirma que éste es simplemente un derecho de la tecnología, que no debe en absoluto comprender y abordar las complejidades jurídicas de la biociencia, de una manera distinta a como lo hace el derecho tradicional y la misma bioética.

Lo anterior, por cuanto, desde una perspectiva social (alcance que tiene la biociencia), necesitamos descubrir la tecnología con la que ya convivimos, antes de preocuparnos por ella y luchar contra sus futuras aplicaciones (Santosuosso 2019: 162).

Sin embargo, esta posición no parece ser, al menos, muy conducente para lograr meridiana claridad sobre el estatuto argumentativo del bioderecho, y adolece de cierta ambigüedad. Santosuosso (2019: 164) utiliza una formula dudosa que lo muestra vacilante frente a la determinación de las fronteras argumentativas del bioderecho y su dependencia de la bioética.

II.3 Escuela estadounidense: sustitución y colonización

Esta concepción es claramente principialista pero, a diferencia de lo que plantean Rendtorff y Kemp (2019), rechaza la idea de utilizar un marco especial de principios para Europa (Beauchamp 2019: 8). Lo anterior se debe a que la concepción europea considera que Europa posee una tradición moral y de derechos humanos distinta a la de Estados Unidos, por lo cual necesitaría de un marco distinto al modelo principialista americano (Beauchamp&Childress 2013). De hecho, Holm (1994: 333) ha señalado que los principios de la bioética de Georgetown son solo eficaces dentro

de un marco de moral común estadounidense muy divergente de la moral y tradición europeas.

Es claro, entonces, que la concepción estadounidense asume la existencia de una relación argumentativa consustancial entre la bioética y el bioderecho. Sin embargo, es una vinculación marcada por la sustitución y colonización que la bioética asestaría sobre el bioderecho. Por lo tanto, el bioderecho sería un derecho que, apoyado por la epistemología de la bioética, argumenta sobre las problemáticas jurídicas que eclosionan en virtud de las nuevas técnicas genéticas. En otras palabras, el bioderecho sería simplemente un derecho biomédico, a saber, el mismo derecho de siempre aplicado sobre nuevos problemas de naturaleza y alcance bioético.

Mekinoff (2001: 1-3) afirma que el ordenamiento jurídico americano ha jugado un rol muy importante en cómo la opinión pública percibe el campo de la bioética. Sin embargo, no es solo el público masivo el que reconoce la intrínseca conexión entre el derecho y los asuntos bioéticos, sino que también los académicos líderes en el campo, los libros y textos paradigmáticos sobre el tema, y las organizaciones bioéticas en general. Todos ellos coinciden en la relevancia que tiene y ha tenido el derecho en lograr un entendimiento más profundo y maduro de la bioética.

Por lo tanto, la expresión “derecho y bioética” posee un significado que refiere a un nuevo campo del derecho tradicional que se ha desarrollado y evolucionado alrededor de ciertas áreas de interés no estrictamente jurídicas. De este modo, para la concepción estadounidense, “derecho y bioética” (que sería lo mismo que decir “bioderecho”) implica una yuxtaposición de doctrinas legales, no relacionadas entre sí, y que solo comparten su objeto de naturaleza bioética (Tribe 2000).

De este modo, el bioderecho sería un instrumento mediante el cual se podría alcanzar un entendimiento más sofisticado de la bioética y sus problemas de alcance jurídico. Esta recepción, eventualmente más evolucionada que el bioderecho tiene de la bioética, se debe, de acuerdo a esta concepción, a razones lingüísticas. El lenguaje del derecho es diferente al de la bioética tradicional y lo es debido a la naturaleza de sus preocupaciones, la cuales

poseen un estatuto mucho más concreto y pragmático que el de la bioética, a saber, representan controversias y complejidades jurídicas y no meramente morales.

Debido a que el derecho es una construcción edificada con el propósito de permitir a la sociedad funcionar apropiadamente, las controversias que debe resolver no se separan claramente de los conflictos de carácter moral. Sin embargo, existen diversas dimensiones de la vida que el derecho no regula y que no poseen una naturaleza moral. Esto significa que incluso aquellas interpretaciones morales muy plausibles de una determinada conducta no son necesariamente relevantes o determinantes para el derecho. En este sentido, Mekinoff (2000: 2) afirma que pocos podrían vivir en una sociedad en la cual se es castigado por el gobierno por cualquier indiscreción que colisione con una noción particular de moral.

Johnson, Iltis y Hinze (2008: 2) señalan que el sistema de *commonlaw* descansa en una metodología que ha sido preponderante en el discurso bioético. En efecto, como el método argumentativo esencial del modelo de *commonlaw* es que el derecho se desarrolla desde el análisis de un caso a la vez, los hechos y circunstancias de casos previamente analizados y decididos indican un precedente para la decisión judicial. De esta manera, los principios del *commonlaw* emergen del análisis de las convergencias y divergencias de diferentes situaciones concretas. Esta casuística que, es junto al principialismo, un modelo deliberativo clave en la historia y desarrollo de la bioética, también adquiere protagonismo en la evolución del derecho biomédico o bioderecho estadounidense.

Otro punto de contacto entre bioética y bioderecho, que la concepción estadounidense reconoce, surge cuando el marco legal para abordar asuntos bioéticos ha adoptado normas morales y modelos éticos de razonamiento. Por lo tanto, esta concepción entiende los aspectos procedimentales y argumentativos del derecho y de la ética como consustanciales. De hecho, el derecho estadounidense posee varios mecanismos que garantizan que la normativa no contradiga o colisione con las demandas propias de una conducta ética, especialmente en el contexto de las profesiones vinculadas al cuidado de la salud. Por lo mismo, Johnson, Iltis y Hinze (2008: 2)

destacan que es común para las cortes y legislaturas estadounidenses adoptar costumbres profesionales o estándares de una profesión como referentes para señalar obligaciones legales y así minimizar eventuales conflictos con las prácticas profesionales.

Las autoras complementan lo anterior, señalando que, en el contexto de la responsabilidad por mala práctica, el comportamiento del médico es evaluado en contraste con las costumbres y estándares de la profesión como un todo, y no desde un criterio impuesto a la profesión de modo exógeno y heterónomo.

II.4 Escuela internacional: intersección

Esta concepción entiende el bioderecho como una constelación de instrumentos internacionales creados por la UNESCO y la Unión Europea, los cuales contienen un extenso elenco de disposiciones y recomendaciones no legalmente vinculantes, que los estados miembros deberían adoptar en la regulación de la biomedicina y en la argumentación sobre controversias jurídicas surgidas en dicho ámbito.

Afirma que todo el catálogo de recomendaciones, a saber, todas las disposiciones no vinculantes tienen su origen en la intersección entre la bioética (especialmente la principalista estadounidense) y la doctrina de los derechos humanos. En este sentido, todas las disposiciones serían una expresión especificada de principios o normas *prima facie* de moral común, presentes tanto en la bioética como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Algunos instrumentos destacados del bioderecho internacional son:

- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, UNESCO, 1997.
- Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales hacia las generaciones futuras, UNESCO, 1997.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Unión Europea, 2000.

- Declaración internacional sobre datos genéticos humanos, UNESCO 2003.
- 25 recomendaciones sobre las implicaciones éticas, legales y sociales de las pruebas genéticas, Comunidad Europea, 2004.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, 2005.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana, Naciones Unidas, 2005.
- El principio de precaución, UNESCO 2005.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo), Unión Europea, 2007

Todos los instrumentos señalados coinciden fundamentalmente en tres cosas: i) los principios que tácita o explícitamente subyacen a las recomendaciones, ii) el significado y contenido de los principios, y iii) la dignidad como principio cúspide de cada instrumento.

Algunos principios presentes son prácticamente todos los instrumentos tales como la Dignidad humana, Supremacía del ser humano, No dañar, Respeto por la autonomía, Justicia, Libertad de la investigación científica, Confidencialidad, Derecho a saber y a no saber, Vulnerabilidad, No discriminación y no estigmatización, No comercialización del cuerpo humano y sus partes, Integridad e identidad humanas, y Justicia global, entre otros.

Finalmente, y con respecto a las principales características argumentativas del bioderecho internacional o derecho biomédico internacional, Andorno (2013: 15) identifica tres rasgos fundamentales: i) el reconocimiento de la dignidad humana como el principio cúspide y general, entendido como principio inherente a la condición de ser humano y, por lo tanto, que irradia a cualquier otro principio, ii) el uso del marco de los derechos

humanos, debido a que esta doctrina representa un elenco exhaustivo de principios morales universales, también basados en el principio fundante de la dignidad.

Por ello, en su estructura, esos principios presentan la misma composición epistemológica que los principios de la bioética estadounidense y que los que propone la bioética y el bioderecho internacional, a saber, normas de moral común, de poco contenido, de alcance general, *prima facie* y autoevidentes a las conciencias de todos aquellos comprometidos con la moral y el derecho, y iii) la adopción generalizada de un elenco común de principios, entendidos como mandatos de optimización, que deben ser aplicados en diferentes grados, dependiendo de las circunstancias.

De este modo, la concepción internacional de bioderecho representa una extensión de los derechos humanos internacionales y de la bioética estadounidense al ámbito de la biomedicina. Dicha extensión está justificada en una pretendida intersección epistemológica de principios entre ambos campos disciplinarios.

III. Críticas a las cuatro formas de argumentación tradicionales

III.1 Críticas a la Escuela europea

Los principios del bioderecho europeo son también principios bioéticos, situación que no está justificada epistemológicamente. En efecto, que los principios sean unas veces normas morales y otras veces normas jurídicas, provoca confusión y, lo que es aún peor, una superposición o suplantación de planos argumentativos.

El bioderecho europeo es simplemente una constelación de principios éticos con pretensiones de universalidad, pero de escaso valor normativo vinculante y, por ende, de frugal profundidad argumentativa. En otras palabras, el bioderecho europeo es una bioética artificialmente juridificada, lo cual impide que, en esta concepción, el bioderecho sea una disciplina autónoma o una nueva rama del derecho.

El bioderecho europeo no representa una nueva epistemología (ya que no crea un universo conceptual que lo separe de la bioética ni construye una nueva rama del derecho), ni tampoco es un nuevo modelo argumentativo (utiliza analógicamente el formato principialista de la bioética de Georgetown, surgida en la década de los 70s).

Más bien, parece ser una bioética europea que, arbitraria y eventualmente, sin justificar por qué y cómo, se transforma en bioderecho, entendido como una disciplina ético-jurídica, a saber, una suerte de derecho naturalista que aporta ciertos criterios generales o recomendaciones, más o menos difusas, para argumentar sobre aspectos controversiales de las prácticas biomédicas.

El modelo argumentativo del bioderecho europeo posee poca densidad epistemológica ya que se sustenta en normas de moral común que son vagas y generales. Además, como esta concepción no especifica esos principios en reglas de alcance más acotado y de mayor contenido y precisión normativa, su justificación se funda en principios generales de los derechos humanos y en el principio cúspide de dignidad, caracterizando al bioderecho como un iusnaturalismo recargado. Esto es lo mismo que decir que todo el edificio argumentativo de esta concepción está sustentado en ideales más bien metafísicos.

III.2 Críticas a la Escuela mediterránea

Esta concepción no reconoce que los contextos de argumentación de la bioética y el bioderecho son distintos, esto es, la ética y el derecho, respectivamente. Por lo mismo, el producto argumentativo de cada disciplina es diverso, lo cual no es reconocido por esta concepción. En efecto, el producto del bioderecho es normativo vinculante, aspiración que claramente la bioética no posee.

Por otra parte, algunas voces de esta concepción han afirmado que el bioderecho debe colaborar argumentativamente en la regulación de la bioética. En otras palabras, la bioética sería un universo de argumentación

del bioderecho. Esto es claramente un error, ya que todo el plexo epistemológico que desarrolla el bioderecho tiene como propósito la regulación de la biomedicina y no de la bioética.

Las recurrentes afirmaciones de que el bioderecho mediterráneo sería multidisciplinario resulta ser una aseveración retórica, ya que el modelo argumentativo que propone esta escuela opera encapsulado dentro de la bioética. Se trata, entonces, de un enfoque basado en paradigmas de la bioética que, por lo mismo, se revela incapaz de identificar nuevas categorías jurídicas, para regular, de modo vinculante, las ciencias biomédicas.

Es cierto que España posee profusa y exuberante regulación jurídica de las prácticas biomédicas. Sin embargo, se trata de una regulación fundada en categorías del derecho tradicional, apoyadas por categorías bioéticas que, por lo mismo, adolece de varias fisuras e insuficiencias en su construcción. Un claro ejemplo de esto es la regulación penal del delito de manipulación genética. Esta regulación se encuentra edificada desde una hermenéutica tradicional que es, más bien, literal, a saber, lee y entiende el sentido de la práctica, pero no avanza en distinguir nuevos alcances de la técnica que exceden por mucho el entendimiento que la bioética o el derecho tradicional han tenido históricamente de ella.

III.3 Críticas a la Escuela estadounidense

Al ser tributario de un despliegue jurisprudencial y obedecer a un modelo realista del derecho, el bioderecho estadounidense es excesivamente reactivo y, parece, por lo mismo, ser incapaz de crear universos argumentativos de relevante densidad conceptual y hermenéutica.

Por lo mismo, la renovación del bioderecho estadounidense no es profunda, y su estancamiento teórico es notable tanto en la academia como en la literatura especializada. Pese a la exigencia e interpelación de las nuevas tecnologías, la mayoría de ellas llevadas a cabo en Estados Unidos, el bioderecho no posee un destino promisorio en lo referido a su desarrollo argumentativo.

El bioderecho estadounidense implica una colonización argumentativa recíproca de la bioética y del derecho, precisamente a partir de la permanente alimentación que las cortes reciben de la bioética para orientar los fallos de los jueces. Esta situación, es cierto que señala una complementación, pero también corre el riesgo de caer en una superposición o, al menos, confusión de planos argumentativos.

El bioderecho americano es casuístico. Por lo mismo, su substancia está muy basada en valores y circunstancias adheridas a casos particulares. Eso le resta objetividad a sus dimensiones deliberativa y argumentativa, además de impedir un desarrollo teórico homogéneo y desplegar una dimensión conceptual más robusta. En otras palabras, la casuística, inherente a los despliegues procedimentales del bioderecho americano, lo relativizan inhibiendo así la objetividad argumentativa a la que debería aspirar.

III.4 Críticas a la Escuela internacional

Al ser solo un catálogo de instrumentos, principios y disposiciones, el bioderecho internacional carece de una densidad epistemológica relevante. Esto atenta contra la posibilidad de conformar una dimensión conceptual y argumentativa que le otorgue un estatuto y entendimiento disciplinario más complejo que un mero elenco de prescripciones.

El bioderecho internacional no es extensivo, a saber, no crea ni nuevo conocimiento ni edifica un verdadero universo normativo vinculante. Lo anterior, por cuanto no avanza en el entendimiento de principios tradicionales del derecho que, a la luz de las nuevas inventivas de la biociencia exigen y merecen una nueva interpretación.

Siendo una suerte de quimera, nacida de la unión entre la bioética y los derechos humanos, el conjunto de disposiciones del bioderecho internacional representan solo un compendio de recomendaciones no vinculantes, lo que transforma el bioderecho internacional en un *softlaw*, lo cual es contradictorio con el efecto regulador vinculante que debe tener la argumentación en el bioderecho.

La fundamentación final de los principios del bioderecho internacional es, más bien metafísica y, por lo mismo, se basa a menudo en el dogmatismo y la ideología. Esto significa que los argumentos que dan contenido normativo a los principios y disposiciones no son, precisamente, conceptuales. Un ejemplo claro de esto es el principio de dignidad ascendido a la categoría de principio cúspide de todos los instrumentos del bioderecho internacional. Los principios del bioderecho internacional son normas de moral común. Esto significa que son normas demasiado abstractas y de muy poco contenido como para lograr un acuerdo argumentativo respecto de su contenido y significado.

En otras palabras, la pretendida universalidad de los principios del bioderecho internacional es solo formal y tácita, a saber, su alcance material y explícito es bastante limitado, lo cual impide su juridificación en reglas vinculantes más específicas.

Por lo tanto, el desarrollo argumentativo de esta escuela describe una parábola epistemológicamente nula, meramente explicativa, tautológica y asertórica, por lo cual no representa ningún avance o novedad teórica en el ámbito de la argumentación jurídica en el bioderecho.

IV. Por qué en el bioderecho no se debe (ni puede) argumentar desde la bioética

El bioderecho se despliega en un plano normativo distinto al de la bioética, ya que ésta disciplina persigue esencialmente propósitos deliberativos, diseñando diversos modelos de razonamiento para tomar decisiones morales sobre los alcances y consecuencias éticas de las prácticas clínicas y biomédicas. En cambio, el bioderecho posee no solo fines, sino que efectos normativos de alcance legalmente vinculante, por lo que su universo argumentativo es el derecho y no la ética.

Luego, el bioderecho no es parte de la bioética. A saber, no representa una suerte de subrama que debe abordar los alcances jurídicos de los problemas bioéticos. Es un grave error considerar (como lo hace gran parte de la Escuela Mediterránea, por ejemplo) que el bioderecho tiene

como objeto de estudio a la bioética y no a la biomedicina, ya que aquello desvirtúa arbitrariamente el sentido de esta nueva disciplina, y la mantiene esclava de la bioética, confundiendo y suplantando planos normativos y argumentativos, así como restándole al bioderecho su naturaleza legalmente vinculante.

Al asumir un modelo principialista, el bioderecho tradicional frustra su esencia al sustentarse en principios de moral común como sí lo hace la bioética. Lo anterior, supondría que no hay diferencia entre la bioética y el bioderecho. Aceptar que la deliberación y argumentación en bioderecho deben estar fundadas en principios éticos generales es un error metodológico y epistemológico. Es un error metodológico por cuanto reduce los alcances procedimentales del bioderecho al ámbito de la ética, impidiendo su extensión (salvo que se dé un salto arbitrario, como es el caso de la Escuela Europea) al contexto jurisdiccional del derecho. De este modo, el bioderecho sería absolutamente incapaz de engendrar modelos jurídicos vinculantes para la regulación legal de las prácticas biomédicas, que es precisamente una falencia de todas las escuelas analizadas en este capítulo.

Por otra parte, el bioderecho posee un estatuto epistemológico propio que no se asimila al de la bioética. En efecto, el bioderecho configura una interdisciplinariedad distinta de la bioética, con un alcance capaz de generar y aplicar normas vinculantes para los nuevos escenarios de la biomedicina y la biotecnología. También, y más allá del derecho tradicional, el bioderecho es capaz de recategorizar las instituciones jurídicas clásicas y aportar nuevos elementos para la argumentación legal. Finalmente, el bioderecho supera las limitaciones de la dogmática jurídica que despliega en ramas aisladas y univocas del derecho. Por lo mismo, es capaz de identificar y elaborar nuevas categorías jurídicas y derechos, integrándolos a la totalidad de un sistema jurídico.

Es un error afirmar que el bioderecho juridifica la bioética o que la bioética moraliza el bioderecho. Sin negar una relación entre ambas disciplinas, la cual es en rigor, contingente y no necesaria, es importante delimitar su contenido argumentativo.

El bioderecho no es un instrumento de evolución de la bioética. Distinta cosa es aceptar que, en el decurso histórico de ambas disciplinas, éstas se colonizaron mutuamente, especialmente a un nivel discursivo. La jurisprudencia comunitaria europea se colmó de semántica bioética, y con los fallos en las cortes estadounidenses pasó lo mismo. Sin embargo, esto no prueba que exista una relación necesaria entre ambas disciplinas y que, por eso, el bioderecho no pueda justificarse o entenderse sin la bioética.

Por su naturaleza eminentemente dialógica y deliberativa, la bioética ofrece bastante espacio para la generación de modelos emotivistas de razonamiento y argumentación, donde aspectos muy subjetivos de la deliberación adquieren bastante protagonismo. Entre ellos, se cuentan la consideración de los valores en juego en un caso determinado y la colisión entre deberes profesionales y deseos de los pacientes o sujetos de experimentación. Aquellos modelos no emotivistas, como el principalismo, por ejemplo, determinan normas generales muy vastas como para ajustarse a la creciente especificidad de los problemas biomédicos.

El bioderecho no engendra modelos normativos emotivistas ni tampoco trabaja con normas generales de moral común. Si bien, el bioderecho debe buscar consensos sociales y no debe sustentarse en un modelo de pacto social tácito, desde el cual los avances biotecnológicos son introducidos a la sociedad y al mercado, asumiendo un consenso implícito de los habitantes del mundo, no debe sustentarse meramente en dichos consensos, que pueden ser muchas veces arbitrarios, veleidosos y ajustados a intereses de determinados grupos dominantes en la sociedad.

Finalmente, la bioética posee un universo argumentativo más ecléctico que el del bioderecho. Este fenómeno provoca que la deliberación en bioética pueda situarse, indistintamente, en cualquiera de sus dimensiones normativas, a saber, teorías éticas, principios de moral común, reglas profesionales y procedimientos.

Ésta es, precisamente, la causa de que la mayoría de las personas que aplican el principalismo para deliberar en bioética no sepan exactamente cómo aplicarlo, ya que conviven en él cuatro dimensiones normativas

que no siempre son consustanciales, sino que muchas veces se inhiben mutuamente. El bioderecho representa un abordaje integral y no fragmentado del conflicto jurídico surgido en el ámbito biocientífico. No ofrece fases deliberativas, muchas veces desembarazadas unas de otras. Además, el bioderecho no recepciona ni razona sobre los problemas jurídicos desde teorías jurídicas fosilizadas o desde normas existentes del derecho tradicional, sino que crea universos normativos inéditos, en sintonía con los inéditos problemas jurídicos que surgen de los avances y potenciamientos biocientíficos.

V. Qué es el bioderecho y cómo se debe argumentar

A diferencia de lo que plantean las cuatro escuelas analizadas, el bioderecho representa una nueva epistemología jurídica, un nuevo modelo deliberativo dentro del derecho, un nuevo enfoque hermenéutico para la ciencia jurídica, y una nueva rama del derecho que optimiza el alcance y densidad jurídica de otras ramas tradicionales del derecho. Todas estas dimensiones son consustanciales, por lo que decir “epistemología” no es contradictorio con “enfoque” o “modelo”, sino que señala un nuevo universo jurídico, dúctil pero no ecléctico, multifactorial pero no disperso. Justifiquemos esto de inmediato.

El bioderecho constituye una nueva epistemología porque claramente posee dimensiones conceptuales e institucionales reconocibles. En este capítulo se han discutido, al menos, cuatro concepciones distintas del bioderecho con sus respectivos soportes institucionales, a saber, los centros académicos y los doctrinantes o teóricos que han desarrollado dichas aproximaciones a este nuevo ámbito del conocimiento.

Es evidente, entonces, que el bioderecho posee una dimensión disciplinaria sistematizada que ha ido evolucionando desde su surgimiento y que ha decantado en distintas conceptualizaciones con sus respectivos referentes institucionales. Dichas concepciones del bioderecho, más allá de sus cercanías, presentan densidad teórica diversa, distintas categorías, diversos propósitos, distintos alcances regulatorios, diferente fundamentación, y hermenéuticas desiguales, lo que permite afirmar que se trata de diferentes aproximaciones conceptuales al mismo acontecimiento.

Por otra parte, el bioderecho es capaz de generar plexos deliberativos y argumentativos específicos para ajustarse a la especificidad de las controversias jurídicas que emergen en virtud de la aplicación y proliferación de las nuevas inventivas biotecnológicas. Por lo mismo, el bioderecho representa un nuevo modelo deliberativo y argumentativo dentro del derecho, ya que tiene la capacidad de elaborar articulaciones dentro de la naturaleza focalizada de las prácticas de las ciencias biomédicas, aportando categorías de sentido ajustadas a los alcances de dichas inventivas, lo cual no está, necesariamente, presente en el derecho tradicional.

Al ser un nuevo modelo argumentativo el bioderecho proporciona diversas conexiones de sentido para la regulación biojurídica de las prácticas genéticas, por ejemplo, lo cual parece ser imposible para la ciencia jurídica clásica. Por ello, el bioderecho, al consolidarse como un nuevo modelo de deliberación y argumentación jurídica es capaz de engendrar criterios y orientaciones de conductas, regulaciones y políticas para la recepción de la biomedicina en su conjunto. Además, posee la habilidad de recategorizar otros modelos ya tipificados del derecho y coordinarlos y articularlos institucionalmente. Por ello, al ser un nuevo modelo deliberativo, el bioderecho asume también un estatuto como instrumento de evolución del derecho, interviniéndolo y optimizándolo.

El bioderecho es también, un nuevo enfoque hermenéutico dentro del derecho que identifica nuevos criterios de interpretación que reciben con mayor certeza y seguridad jurídica las complicaciones legales de las prácticas biocientíficas. Debido a esos criterios de interpretación, que se encuentran en sintonía con la inédita complejidad jurídica de las nuevas biociencias, el bioderecho es capaz de identificar nuevas posibilidades de daños que dichas inventivas pueden causar al ser humano y a la naturaleza extrahumana, generando nuevas categorías institucionales que puedan articular regulatoriamente dichos daños. Del mismo modo, y como veremos luego, el bioderecho reconoce y define nuevos derechos subjetivos individuales relacionados con dichos perjuicios, así como también, nuevos bienes jurídicos tutelados que es necesario especificar y catalogar, más allá del genotipo.

Esta creación de nuevas instituciones o categorías jurídicas solo es posible en virtud del nuevo enfoque interpretativo que representa el bioderecho, más allá de sus concepciones tradicionales, las cuales nunca en su historia lograron recategorizar el derecho tradicional, y más bien, confundieron el bioderecho o con la bioética o con el derecho clásico.

Finalmente, el bioderecho no es un nuevo derecho, sino que una nueva rama del derecho que se distingue de las otras ramas, al menos, en tres elementos: i) Su objeto de estudio: es específico, preciso y único.

A saber, ninguna otra rama del derecho tiene como propósito principal estudiar, comprender y regular las prácticas biocientíficas de última generación; ii) Su alcance normativo: a diferencia de las ramas del derecho tradicionales, que buscan generar regulación nacional, el bioderecho no solo tiene el propósito, sino que es capaz de engendrar regulación transversal a los sistemas jurídicos internacionales, y iii) Su rango epistemológico: el bioderecho, a diferencia de otras ramas del derecho clásico que se alimentan a sí mismas, posee la capacidad de extender su alcance categorial a otras ramas del derecho, irradiándolas y optimizándolas jurídicamente.

Por lo tanto, desde una perspectiva general, el bioderecho es una nueva rama del derecho, aplicada al ámbito biomédico, que es capaz, entre otras cosas, de abrir nuevos plexos normativos, identificar nuevas categorías de daños antijurídicos, dotar de valor constitucional nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos), y posibilitar la emergencia de mayor certeza jurídica en el ámbito regulatorio de la biomedicina. Por lo tanto, es claro que el bioderecho no es el derecho tradicional aplicado a nuevos problemas.

Asimismo, y en lo específico, el bioderecho no es solo un conjunto de principios y normas que se imponen coactivamente dentro de un sistema jurídico clausurado y abstracto. Mucho más allá de esa mirada oblicua, el bioderecho representa un modelo y un enfoque, legalmente vinculante, aplicado a la especificidad de la conflictividad jurídica de la biomedicina, y señala principios y reglas, de rango constitucional, que sirven de base para legislar y regular las prácticas biomédicas, y sentenciar y sancionar el abuso y mala utilización de ellas.

Por lo tanto, la fortaleza de la mirada biojurídica frente a la tradicional, se despliega en la capacidad del bioderecho para otorgar más certeza y seguridad jurídica a la argumentación en el ámbito de la conflictividad jurídica de la biomedicina, y en aportar a la ampliación categorial de otras ramas del derecho. De modo esquematizado, esta capacidad se refleja de la siguiente manera:

Derecho tradicional	Bioderecho
<i>Literal</i> -Lee el fenómeno de alcance jurídico. -Entiende su sentido.	<i>Hermenéutico</i> -Interpreta el fenómeno de alcance jurídico. -Crea nuevos sentidos.
<i>Reactivo</i> -Regula, generalmente, después de la ocurrencia de un evento.	<i>Proactivo</i> -Regula antes de la ocurrencia del acontecimiento.
<i>Intradisciplinario</i> -Opera, generalmente, encapsulado dentro de ramas unívocas.	<i>Interdisciplinario</i> -Se despliega en sintonía con otros campos del conocimiento y otras ramas del derecho.
<i>Unívoco</i> -Busca y admite, generalmente, una respuesta posible.	<i>Equívoco</i> -Busca y admite un rango plausible de respuestas igualmente relevantes.
<i>Paradigmático</i> -Se basa, necesariamente, en arquetipos jurídico-epistemológicos	<i>Anómalo</i> -No se basa, necesariamente en arquetipos jurídico-epistemológicos
<i>Conservador</i> -Trabaja con y desde categorías del derecho positivo tradicional.	<i>Innovador</i> -Trabaja con conceptos biojurídicos (los mismos del derecho, pero ampliados categorialmente).
<i>Reduccionista</i> -No identifica nuevas categorías jurídicas.	<i>Amplificador</i> -Aporta categorialmente a otras ramas del derecho, identificando nuevas instituciones jurídicas.

<i>Explicativo</i> -No busca ni pretende, necesariamente, crear conocimiento.	<i>Extensivo</i> -Uno de sus propósitos es crear conocimiento.
<i>Antropocéntrico</i> -Piensa, generalmente, la vida como vida humana.	<i>Biocéntrico</i> -Piensa la vida en su conjunto. ²
<i>Nacional</i> - Busca regular <i>dentro</i> del ordenamiento jurídico.	<i>Internacional</i> - Busca regular <i>entre</i> los ordenamientos jurídicos.

La concepción de bioderecho que propongo posee la habilidad de conciliar, por vía racional, posiciones polarizadas con respecto a la conflictividad inherente a los asuntos biomédicos, lo que puede posibilitar un diálogo fecundo que avance hacia un consenso y no paralice el trabajo legislativo. Del mismo modo, y ante la insuficiencia de la hermenéutica jurídica tradicional que es, más bien, epistemológicamente oblicua, el bioderecho aporta un modelo interpretativo más dúctil y menos subjetivo, a saber, menos vinculado a la contingencia del caso, sino que fundado en principios y reglas imparciales que objetivan cualquier decisión y solución.

Además, frente a la precariedad que, desde el punto de vista de la regulación, muestran los ordenamientos jurídicos internacionales, el bioderecho propicia la emergencia de regulación específica para desarrollos biomédicos y genéticos que subsanan vacíos y lagunas legales.

Desde un punto de vista más específico, el bioderecho es capaz de identificar nuevas posibilidades de daños y perjuicios en la aplicación de técnicas genéticas sobre la vida, identificar nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos y derechos humanos de cuarta generación), y reconocer nuevos bienes jurídicos tutelados penalmente, más allá del genotipo, exclusivamente considerado por casi todas las legislaciones y regulaciones.

² En coherencia con la cita anterior, y aunque no ha sido tema de este trabajo, es importante aclarar que el bioderecho, en una de sus facetas, busca no solo regular la vida de los seres humanos entre sí, sino que también con su entorno natural y animal.

En efecto, un episodio de manipulación genética tendenciosa, que busque, por ejemplo, introducir deficiencias en el embrión humano (manipulación genética disgenésica), puede dañar no solo la identidad genética de un individuo, sino que también su autonomía y proyecto de vida, entre otros.

Por lo anterior, los aportes que el bioderecho puede hacer a otras ramas del derecho son considerables. Al respecto, basta mencionar solo algunos:

- Redefine la relación del Estado y sus asociados a partir de las nuevas posibilidades de daños y perjuicios que se pueden causar a través de la aplicación de técnicas genéticas sobre la vida. (Aporte al derecho administrativo).
- Amplía el elenco de derechos fundamentales (bioderechos) vinculados a las prácticas genéticas, como, por ejemplo, derecho a la privacidad genética, a la identidad genética, a la autodeterminación genética, entre otros. (Aporte al derecho constitucional).
- Refuerza la protección de los menores como plenos sujetos de derechos, modificando el estatuto jurídico de su protección, entendiendo la manipulación disgenésica de embriones preimplantados como un atentado a los derechos fundamentales de los niños y niñas que tendrán que vivir sus vidas en menoscabo y ajustar sus proyectos existenciales a las dificultades, desmejoras y discapacidades operadas por voluntad arbitraria y unilateral de sus padres. (Aporte al derecho civil).
- Reconoce la autodeterminación genética, la identidad genética y la integridad genética como nuevos bienes jurídicos tutelados, por cuanto la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario puede inhibir el goce de esos bienes en el futuro señalando un daño inexorable en la persona, causado por un acto maleficente – en el caso de la manipulación genética no terapéutica – o por una falla biomédica – en el caso de la manipulación genética con fines terapéuticos. (Aporte al derecho penal).

Por lo tanto, el bioderecho puede establecer: i) si los marcos legales existentes son adecuados y plausibles para tolerar el rápido avance de las

tecnologías biomédicas, y ii) de qué modo(s) el potenciamiento biomédico y biotecnológico impacta el *corpus* normativo y valorativo de una sociedad. Por lo tanto, a diferencia de una mirada clásica o tradicional, el bioderecho es capaz de dotar de mayor certeza y seguridad la argumentación jurídica el ámbito biomédico.

VI. Conclusiones

El bioderecho adquiere especial valor en cualquier ordenamiento jurídico como una vía de hecho y de derecho cierta para garantizar un mecanismo efectivo de protección de aquellos derechos fundamentales que, en este contexto, le conciernen a cada integrante de la sociedad, y para señalar la obligación del Estado de proteger esos derechos, y propender a su realización y no a su menoscabo. Lo anterior, por cuanto mi propuesta extiende epistemológica y metodológicamente los criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional europea y además mejora y optimiza el entendimiento de la garantía de las funciones propias de los derechos fundamentales.

Además, el bioderecho podría señalar para el ordenamiento jurídico constitucional internacional una nueva y más completa concepción de derechos fundamentales que permitiría a los estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en este ámbito y también dotaría de eficacia dichos derechos en el contexto jurisdiccional interno.

Por lo tanto, esta concepción es muy aplicable a la luz de los textos constitucionales. Sin embargo, lo anterior establece una condición de posibilidad muy relevante: entender que la Constitución es un texto normativo y no simplemente un texto programático. Este punto señala la importancia del reconocimiento de los bioderechos³, ya que éstos constituyen una plataforma que sitúa los derechos fundamentales en su merecido rango de valoración, y señala para el Estado la mejor prueba de suficiencia para validar su actividad como garante de dichos derechos.

³ Llamo así a los nuevos derechos subjetivos individuales asociados al ámbito de las biociencias.

En este sentido, el bioderecho se justifica y legitima como una disciplina madura e independiente epistemológicamente, ya que es capaz de identificar nuevas categorías de perjuicios y sentar bases procedimentales para la constitucionalización de derechos humanos de cuarta generación o bioderechos. En otras palabras, el aporte del bioderecho al derecho reparatorio (especialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado), al derecho constitucional y, también, al derecho penal, es de gran relevancia.

Por lo tanto, la importancia del bioderecho no radica solo en su aporte procedimental, doctrinal y argumentativo al derecho, sino que implica una consecuencia de mucho más alcance, ya que puede garantizar la constitucionalización de nuevos derechos subjetivos individuales o bioderechos.

VII. Bibliografía

- Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: ClarendonPress.
- Andorno, R. (2013). *Principles of International Biolaw. Seeking Common Ground at the Intersection of Bioethics and Human Rights*. Brussels: Bruylant.
- Beauchamp, T.L. (2019). A Defense of Universal Principles in Biomedical Ethics. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 3-17). Switzerland: Springer.
- Beauchamp, T.L. & Childress, J.F. (2013). *Principles of Biomedical Ethics*. Seventh Edition. Cambridge MA: Oxford University Press.
- Bergson, H. (1932). *Les deux sources de la morale et de la religion*. Paris: Alcan.

- Beyleveld, D. & Brownsword, R. (2000a). Legal Argumentation in Biolaw. In P. Kemp, J.D. Rendtorff & N.M. Johansen, *Bioethics and Biolaw* (pp. 179-217). V. 1 Judgement of Life. Copenhagen: Rhodos.
- Beyleveld, D. & Brownsword, R. (2000b). Human Dignity, Human Rights, and the Human Genome. In J.D. Rendtorff & P. Kemp. *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (pp. 15-44). Vol. II. Copenhagen-Barcelona: Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética.
- Casonato, C. (2019). The Essential Features of 21st Century Biolaw. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 77-91). Switzerland: Springer.
- De la Torre, J., Junquera, R., Aparicio, L. & González, L. (2010). *Normas básicas de bioderecho*. Madrid: Comillas.
- Dolgin, J.L. & Shepherd L.L. (2005). *Bioethics and the Law*. New York: Aspen Publishers.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Fagot-Largeault, A. (2000). Evaluating and Judging: Bionorms vs. Human Judgment. In P. Kemp, J.D. Rendtorff & N.M. Johansen, *Bioethics and Biolaw* (pp. 27-39). V. 1 Judgement of Life. Copenhagen: Rhodos.
- Finnis, J. (1992). "Natural Law and Legal Reasoning". In Robert P. George (ed.). *Natural Law Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Holm, S. (1994). Not just Autonomy – The Principles of American Biomedical Ethics. *Journal of Medical Ethics*, 21: 332-338.
- Johnson, S. H., Iltis, A. S., & Hinze, B.A. (2008). Law and Bioethics. In A.S., Iltis, S.H. & B.A. Hinze. *Legal Perspectives in Bioethics* (pp. 1-9). New York: Routledge.

- Jonsen, A. & Toulmin, S. (1988). *The Abuse of Casuistry*. Berkeley: University of California Press.
- Lenoir, N. (2000). Legal Argumentation in Biolaw. In P. Kemp, J.D. Rendtorff & N.M. Johansen, *Bioethics and Biolaw* (pp. 219-227). V. 1 Judgement of Life. Copenhagen: Rhodos.
- Luhmann, N. (1995). "Legal Argumentation: An Analysis of its Form". *Modern Law Review* 58: 285-298.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Mekinoff, J. (2001). *Law and Bioethics: An Introduction*. Washington, DC: Georgetown University Press.
- Rendtorff, J.D. & Kemp, P. (2019). Four Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity, Vulnerability. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 33-40). Switzerland: Springer.
- Rendtorff, J.D. & Kemp, P. (2000). *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw* (Vols. 1-2). Copenhagen and Barcelona: Centre for Ethics and Law & Institut Borja de Bioetica.
- Romeo Casabona, C. & Romeo Malanda, S. (2019). Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions* (pp. 59-76). Switzerland: Springer.
- Romeo Casabona, C. (2011). Bioderecho y bioética. In C. Romeo Casabona (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* (pp. 187-205). Granada: Comares.

- Santosuosso, A. (2019). From Biolaw to Technological Innovation in Law. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in theTwenty-First Century: BuildingAnswersfor New Questions* (pp. 137-165). Switzerland: Springer.
- Scott, Ch. (2000). Why Law Pervades Medicine: An Essayon Ethics in HealthCare. *Notre Dame Journal of Ethics and Public Policy*, 14(1): 245-303.
- Valdés, E. & Lecaros, J.A. (Eds.). (2019). *Biolaw and Policy in theTwenty-First Century: BuildingAnswersfor New Questions*. Switzerland: Springer.
- Valdés, E. (2019). Towards a New Conception of Biolaw. In E. Valdés & J.A. Lecaros (Eds.). *Biolaw and Policy in theTwenty-First Century: BuildingAnswersfor New Questions* (pp. 41-58). Switzerland: Springer.
- Valdés, E. (2015). Biolaw. Genetic Harm and Fourth Generation Human Rights. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 144: 1197-1228.

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN PROBATORIA, REFLEXIÓN DE ALGUNAS HERRAMIENTAS

Edmer Leandro Lopez-Peña

I. Introducción

En el presente capítulo abordaremos la temática de la argumentación e interpretación probatoria, pero siendo conscientes de la extensión del tema que sobrepasaría la empresa que hemos decidido adelantar en el presente libro, sólo nuestro interés será hacer referencia a algunos tópicos, a saber: *I. Test de coherencia narrativa en el caso de Voisin. II. Esquema persuasivo y cognitivo de valoración de la prueba. Yuxtaposiciones probatorias. III. valoración de la prueba científica.*

Partimos de la sana convicción que estos *criterios* pueden constituirse en herramientas en la labor teórica-práctica de los estudiantes y litigantes al momento de abordar el estudio de casos y en particular del material probatorio que obre en un expediente judicial o administrativo.

Desde nuestra convicción, entonces, presentaremos en las líneas siguientes una reflexión en tono práctico por lo que dejaremos de lado, hacer referencias a presupuestos neo-constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica, la interpretación y su correspondencia con la noción de justicia constitucional o ahondar sobre asuntos que refieran las condiciones de la argumentación jurídica como teoría, los beneficios, insuficiencia e inconvenientes de la perspectiva analítica. Tampoco haremos un análisis teórico de algunas escuelas o pensamientos, ni propondremos debate en torno a la existencia del silogismo perfecto, la lógica de normas, etc.

El punto de partida es *la relación de la argumentación jurídica y que el sistema probatorio puede recaer sobre los hechos*. Este criterio epistemológico, es relevante en la medida que comprendemos que junto al estudio de las escuelas de interpretación jurídica y su relevancia en el proceso de investigación científica⁴, puede abrirse un componente paralelo: la interpretación y argumentación jurídica en torno a los hechos que se debaten en un caso de alcance jurídico. La relación entre argumentación e interpretación de hechos, podemos fijarlo con el siguiente ejemplo:

Una pareja de esposos se enfrenta a un debate jurídico: el esposo de profesión marino deja el hogar por varios meses. Cuando regresa a casa encuentra que su esposa está embarazada. Lo primero que reconocen los dos, es que obviamente, el hijo no es del hombre. El esposo inicia proceso de separación por la causal de adulterio, defendiéndose la mujer que su embarazo no obedece a que estuvo con otro hombre, sino por inseminación artificial, refiriendo que el esperma fue utilizado de un donante desconocido.

El caso ejemplifica claramente que los hechos según (Gascon, 2010) están sometidos a interpretación jurídica, pues deberá decidirse en sede de lo jurídico si la inseminación artificial se constituye en adulterio o no.

La relación referida será abordada en los capítulos siguientes, primero a través del estudio que hace el profesor (García Figueroa, 2014) del caso de *Voissin* en la teoría de (Maccormick, 2011), de allí rescataremos la *coherencia narrativa*, para luego aplicarla a la teoría de la pérdida de oportunidad⁵.

En el capítulo (III) fijamos nuestro interés en la descripción de yuxtaposiciones en el campo de la prueba judicial. De este estudio se propone como herramienta el juicio cognoscitivista de la prueba. En el último capítulo (IV) desarrollamos una reflexión en torno a la valoración de la prueba científica, acudiendo a la distinción entre individualización y verosimilitud de la prueba científica.

⁴ Relación que se establece en la asignatura Investigación III de la malla curricular del programa de derecho de la Universidad Santo Tomás Tunja.

⁵ Está a título práctico, con el fin de mostrar la utilidad de la herramienta, más no obedece a que se pueda solo aplicara esa institución.

II. Test de Coherencia Narrativa en el caso de Voisin

Para el profesor (Maccormick, 2018), como lo explica (Alfonso, 2014) hace referencia en que se diferencia la coherencia normativa y la coherencia narrativa. La primera recae sobre asuntos de derecho; la segunda sobre conclusiones en cuestiones de hecho. La coherencia es entonces un elemento determinante de las conclusiones fácticas y la justificación jurídica.

La coherencia normativa se logra a gracia de poderse explicar las normas jurídicas con base en principios generales que determinan lo mejor y lo justo. Será de discusión en sede de teoría, si la coherencia es exclusiva y determinante en la justificación de las decisiones judiciales; ante ello, (Maccormick, 2018) en palabras de Figueroa, reconocerá que no es suficiente la coherencia, aunque sea relevante su presencia, debiéndose concebir *argumentos consecuencialistas* que estructuren la justificación jurídica.

Con la necesidad de argumentos consecuencialistas se quiere decir que la argumentación judicial no siempre es deductiva, pues en los casos difíciles, resulta débil el esquema silogístico y ante tal insuficiencia, el juez debe acudir a principios previos como son la universalidad, consistencia y coherencia. Esta última categoría es donde surge la herramienta que precisaremos en el capítulo.

El principio de coherencia marca la pauta de comprender por qué en muchas ocasiones en los estrados judiciales o en los pasillos de las instituciones judiciales y académicas se escuchan voces de que tal o cual sentencia o decisión judicial no resultó ser coherente. A tal razón, para desatar tales opiniones en el ambiente judicial y académico, deberá aproximarse a la noción de coherencia en la justificación judicial.

El análisis de argumentos consecuencialistas en la justificación judicial, ha llevado al profesor (Atienza, 2005) a señalar que en la idea de MacCormick de la decisión judicial se justifica por dos tipos de razones sustantivas: de

corrección y finalista o consecuencialistas. Por un lado, las *razones de corrección* serán aquellas que justifican la decisión (*porque es correcta en sí misma*); por el otro, las *razones finalistas o consecuencialistas* justifican la decisión porque la propia decisión promueve la salvaguarda de cosas que se consideran valiosas. Las razones finalistas o consecuencialistas actúan cuando las razones de corrección no son suficientes para justificar la decisión judicial.

En tanto, la *coherencia narrativa* tiene como finalidad reconocer que en el acto de justificación de la decisión judicial es relevante la necesaria coherencia de los enunciados de hecho con la norma invocada. La coherencia narrativa determina una relación entre la narración de los hechos y lo probado en el juicio; así, la coherencia narrativa determina que la justificación judicial debe estar apoyada de la *narración más coherente* que resulte de los hechos cotejados con las pruebas obrantes en el expediente.

Veamos la aplicación de la coherencia narrativa en el caso que es tomado de McCormick y desarrollado por García Figueroa.

CASO DE VOISIN:

“La mañana del dos de noviembre de 1917, un hombre conocido como Jack el barrendero encontró un paquete en la plaza de Londres (Regent Square, en el barrio de Bloomsbury).

En su interior apareció el tronco y los brazos de la mujer. Jack el barrendero se apresuró a comunicárselo a la policía, que halló en el lugar otro paquete con las piernas de ese cuerpo, así como otros objetos como seda, lencería, muselina y, sobre todo, un trozo de papel sobre el que se había escrito a mano “blodiebelgiam”.

También hallaron entre la ropa la marca de identificación de una lavandería y ello condujo a los investigadores al número 50 de la plaza Munster en donde residía una pareja formada por Émilienne Gérard y su marido de nacionalidad francesa.

Él no había vuelto a esa casa desde su ya lejano viaje a Francia (era militar y su país estaba en guerra) y ella llevaba dos semanas ausente, desde el último bombardeo de los zepelines.

En ese domicilio la policía halló restos de sangre en la cocina y en la alcoba. Sobre la mesa había un retrato de Louis Voisin así como un pagaré informal de 50 libras firmado por él mismo.

Voisin era carnicero y últimamente había pagado la renta de esa casa, lo cual reforzaba la hipótesis de algún tipo de relación estrecha con la víctima.

Por otra parte, dado que la muselina hallada en Regent Square era de uso habitual entre los carniceros para envolver la carne y que el desmembramiento del cuerpo parecía haber sido practicado por alguien con ciertos conocimientos de anatomía, los investigadores decidieron interrogar a Luis Voisin.

Hallaron entonces a Voissin con una mujer francesa que, como él mismo, apenas hablaba inglés. El inspector pidió a Voisin que escribiera en un papel (BloodyBelgium) y, tras titubear, éste escribió cinco veces (BlodieBelgiam) reiterando una vez tras otra los mismos errores gramaticales del papel hallado en la plaza, a cuya grafía se ajustaba perfectamente.

Más tarde los investigadores encontraron en la casa de Voisin la llave de la casa de Emiliene Gerad, uno de sus pendientes, y ya en el sótano las manos y su cabeza.

La policía interrogó de nuevo a Voisin y a su compañera y obtuvieron otros detalles con los que llegaron a una clara conclusión: Voisin había matado a la joven, así que fue ejecutado en la horca.”

Como lo entiende Figueroa, para MacCormick probar algo significa desarrollar un test de coherencia narrativa entre un enunciado sobre el pasado y un conjunto de enunciados sobre el presente.

Según el caso de Voisin, explica Figueroa estas serían premisas del presente:

1. En Regent Square se encuentra parte del cadáver descuartizado.
2. Existen indicios de que ha sido descuartizado por una persona con algún conocimiento de anatomía.
3. Aparece en la escena del crimen muselina de uso habitual entre carniceros.

4. En el lugar se halla además una nota escrita a mano con incorrecciones ortográficas.
5. En casa de Émilienne Gérard aparece una foto y un pagare de Voisin.
6. Voisin es de profesión carnicero.
7. Voisin escribe BlodieBelgiam.
8. Se descubre en casa de Voisin las llaves de la casa de Gérard y unos pendientes.
9. En el sótano del domicilio de Voisin aparece la cabeza y las manos de la víctima⁶.

Con este ejercicio, se busca identificar que las proposiciones sobre el presente no garantizan absolutamente la verdad de la proposición sobre el pasado “Voisin asesinó a Émilienne Gérard”. Pero lo que sí es posible señalar es que la proposición sobre el pasado es *narrativamente* muy *coherente* con las proposiciones del presente.

La utilidad del test de coherencia permite coherentemente determinar lo que sucedió en el pasado acudiendo a *medios probatorios que demuestran las proposiciones presentes*. La utilidad de coherencia narrativa entre la proposición pasada y las presentes, determina la importancia de la aplicabilidad de la carga de la prueba (onus probandi) y la existencia de presunciones que facilitan la labor interpretativa y consecución de objetivos probatorios, estos últimos dados por la afirmación siguiente: si en los actos de defensa (demanda, contestación, alegatos, recursos, nulidades, traslado y práctica de pruebas, etc.) se reconoce que está inmerso una narración fáctica que pretende influir en el acto de justificación judicial; deberá en todo momento⁷ consolidarse la narración.

⁶ No se transcribe todas las referencias del profesor Figueroa, sólo las necesarias que sirven para explicar la referencia al test de coherencia narrativa

⁷ Cuando nos referimos a todo momento, podemos entender que si en la contestación se hace una narración de como son los hechos y una vez practicadas las pruebas, en alegatos deberá solidificarse aún más la narración, se rescata en ese sentido la aplicabilidad de la teoría del caso, en la cual su fundamento esencial es predicar con relación a las pruebas obrantes en el expediente la ocurrencia de un hecho, el cual es narrado. Lo mismo aplica en caso de interponerse un recurso contra la decisión judicial.

Hasta aquí tenemos que al reconocer que sobre los hechos puede haber interpretación y la posibilidad de dotarlos de significancia jurídica; resulta útil el reconocimiento de la coherencia narrativa al concebir que una proposición pasada se articule narrativamente con proposiciones presentes, tal como se evidencia en el caso de Voisin.

En relación con los puntos anteriores, para promoverse la coherencia narrativa debe no solo construirse una narración clara de los hechos, sino que en ella se debe evidenciar una coherencia con los medios de prueba a practicar y practicados, en el marco del principio de comunidad de la prueba⁸. Resulta útil entender que en la justificación judicial no basta la coherencia⁹, pero que, tratándose de ella, habrá razones de corrección y de consecuencia que se suman a la narración de coherencia.

A continuación, se hará uso de la *coherencia narrativa* en la teoría de la pérdida oportunidad en el campo de responsabilidad extracontractual del Estado.

1. TEST DE COHERENCIA NARRATIVA aplicado a la pérdida de oportunidad

Ha señalado el Consejo de Estado que la pérdida de una oportunidad es

“el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo, posibilidad benéfica que, sin perjuicio de que no es posible avizorar con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable que se esperaba, no se puede desconocer que existía y que poseía una probabilidad considerable de haberse configurado en ésta”. (María Adriana Marín, 2019)

⁸ Debe siempre la parte contraria en pleito concebir que para construir la coherencia narrativa, las pruebas allegadas por la parte contraria son también útiles y necesarias. Esto, creemos, permite tener una mirada más amplia y de apropiación de las pruebas.

⁹ La argumentación puede precisarse en este tipos: i) Corrección: que es la mejor decisión la que se propone desde la defensa, que es más próxima al sentido del ordenamiento jurídico o del marco jurídico particular; ii) Consecuencialistas o finalistas: que los argumentos expuestos por la defensa propenden por la salvaguarda de valores superiores, seguridad jurídica, legalidad, por ejemplo, intención del contrato, realidad de la entidad, etc.; iii) Coherencia narrativa: se apoyará la idea de ocurrencia de un hecho pasado a partir de la narración armónica y coherente con proposiciones presentes probados en el plenario.

A su vez el Consejo de Estado ha establecido unos requisitos para constituir la pérdida de oportunidad:

- *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde*, esto es, “que siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’ (Trigo Represas, 2008) ,de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes.
- *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento*. Esto significa que debe ser una realidad la pérdida de oportunidad, pues como el Consejo de Estado recalca “pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida” (HENAQ, 1998).
- *La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*. El Consejo de Estado aclara que “debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’”. (María Adriana Marín, 2019)

Tomadas estas nociones básicas, pasaremos a revisar los fundamentos de hecho de la sentencia, haciendo uso del test de Coherencia, en lo que podríamos denominar (estrategia teórico práctica. Test de coherencia-narrativa)¹⁰, Veamos:

¹⁰ CUADRO DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS. Desde la interpretación de hechos y la coherencia narrativa.

Objetivo: Desde la interpretación de hechos y la coherencia narrativa identificar hechos pasados y presentes para construir generar la coherencia narrativa fundamental en el proceso de justificación de la decisión judicial. **Finalidad:** se espera que esta herramienta sea útil para el trabajo del apoderado del Estado judicial pues en ella podrá plasmar la proposición pasada, el conjunto de proposiciones presentes, coherencia narrativa y argumentos que conforman su estrategia de defensa.

ANÁLISIS DE SENTENCIA - TEST DE COHERENCIA NARRATIVA

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00152-01(43557) Actor: LUZ MARY DUARTE REY Demandado: NACIÓN—RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL. **Antecedentes:** la abogada Luz Mary Duarte Rey –ahora demandante– con quien pactaron como honorarios profesionales el pago del 30% del total de las sumas individualmente “*adjudicadas*” a la parte civil en el proceso penal; no obstante, esta actuación terminó con la declaratoria de la prescripción de la acción penal en sede de casación, hecho que generó la imposibilidad de obtener el pago de los honorarios estipulados.

PROPOSICIÓN PASADA	CONJUNTO DE PROPOSICIONES PRESENTES	COHERENCIA NARRATIVA	JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL
El hecho que apoya la pretensión principal de reparación- Fijada en la demanda	Lo que se prueba en el plenario	Relación de proposiciones pasadas y presentes	(interpretación de los hechos dando alcance jurídico desde la tesis de pérdida de oportunidad) Argumentos + coherencia narrativa
La demandante señora Luz Mary Duarte Rey poseía una expectativa de la cual fue privada.	1. La señora Luz Mary Duarte Rey era la apoderada de la parte civil dentro del proceso penal que se inició en contra de la señora Rosalba Herrera de Flórez, con ocasión de la muerte de la señora Nubia Elides Granados Cáceres, luego de que la primera le practicara una cirugía estética. En el contrato de prestación de servicios profesionales se pactaron como honorarios el 30% del total que fuera “ <i>adjudicado a cada uno</i> ” dentro del referido proceso penal.	En el instante en que la abogada Luz Mary Duarte Rey, fue reconocida como apoderada de la parte civil, se configuró a su favor la posibilidad de obtener el pago de sus honorarios producto del resarcimiento de los perjuicios por parte de la sindicada, chance que se incrementó notablemente al obtener una sentencia condenatoria en segunda instancia y el reconocimiento de unas sumas de dinero a favor de la parte civil.	Para la Sala es claro que la cesación de procedimiento a favor de la procesada, llevó también a que se declarara la imposibilidad de condenarla patrimonialmente por haber prescrito la acción civil que se ejerció en su contra, y en consecuencia, la abogada Luz Mary Duarte Rey perdiera la oportunidad que tenía de que los honorarios pactados, derivados del pago de perjuicios decretados en la sentencia de segunda instancia, le fueran reconocidos como contraprestación a su actuación en ese proceso.

La demandante señora Luz Mary Duarte Rey poseía una expectativa de la cual fue privada.	2. El 19 de diciembre de 2005, se profirió sentencia absolutoria de primera instancia en el proceso penal, pero esta fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante fallo del 31 de agosto de 2007. En esta decisión se condenó a la señora Rosalba Herrera de Flórez a la pena de dos años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo y al pago de perjuicios materiales por la suma de \$144'108.792 y 400 SMLMV por menoscabos morales a favor de la parte civil. Sin embargo, esta sentencia fue objeto de recurso de casación y, mediante providencia del 13 de febrero de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar prescritas las acciones penales y civiles derivadas del delito de homicidio culposo.	Pero como consecuencia de la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la prescripción de la acción penal y la cesación de todo procedimiento a favor de la acusada, la parte civil no obtuvo la indemnización de perjuicios dentro de dicho trámite y, en consecuencia, la abogada Luz Mary Duarte Rey perdió la oportunidad de que le fueran pagados los honorarios pactados.	Por consiguiente, al haberse declarado la prescripción de la acción penal se cercenó la probabilidad que tenía la demandante de obtener el pago de los honorarios que había acordado, habida cuenta de que, luego de adoptada tal determinación, al juez penal le resultaba inviable conocer de las pretensiones civiles de reparación patrimonial de carácter subsidiario o accesorio que se elevaron en el procedimiento judicial, principalmente encaminado a determinar la responsabilidad de carácter penal de la sindicada. Se advierte que las circunstancias del <i>sub judice</i> también coinciden con el segundo requisito establecido por la jurisprudencia de esta Corporación para entender configurado el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad, toda vez que la declaración de prescripción de la acción penal hecha por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, significó la cesación de dicho procedimiento debido a la extinción de las acciones penales y civiles y generó que la apoderada de las víctimas perdiera definitivamente la posibilidad de obtener el provecho objeto de su expectativa
--	---	---	---

La demandante señora Luz Mary Duarte Rey poseía una expectativa de la cual fue privada.	3. Con la expedición de esa última decisión emitida por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, la abogada Duarte Rey vio cercenada la posibilidad de obtener el pago de los honorarios que había pactado con la parte civil.	Por último, en relación con el tercer condicionamiento referenciado para configurar la oportunidad truncada, consistente en que <i>"la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado"</i>, advierte la Sala que la abogada Luz Mary Duarte Rey estaba en dicha circunstancia tendiente a obtener el objeto de su expectativa -el pago de los honorarios pactados-, toda vez que ya contaba con una sentencia condenatoria en contra de la sindicada y una condena de indemnización de perjuicios, por lo que es posible afirmar que, de no ocurrir la prescripción, se hubiera mantenido la providencia que ordenaba el resarcimiento de los perjuicios causados a la parte civil derivados de la conducta punible De otra parte, el argumento según el cual no habría certeza de que la persona condenada penal y civilmente, efectivamente hubiera pagado la suma de dinero que le fue impuesta, no resulta admisible, porque lo cierto es que al menos existiría un crédito a favor de la demandante, quien tendría la posibilidad de hacerlo exigible una vez le fuera pagada la indemnización a los beneficiarios de la parte civil en el proceso penal, incluso de perseguir el pago judicialmente.
--	---	--

Autor: Edemer Leandro López Peña, a partir del estudio de la sentencia referida.

Como vemos en el cuadro¹¹, la coherencia narrativa parte de cuatro aspectos: comprendiendo que las proposiciones pasadas fijadas en el escrito de la demanda o contestación de la demanda, contrademanda, se deben conjugar con las proposiciones presentes (los hechos probados en el plenario), es relevante en el debate probatorio producir una narración de lo pasado y presente, para con ello promover o fundar los cimientos de la justificación de la decisión judicial.

PROPOSICIÓN PASADA. El hecho que apoya la pretensión principal de reparación-Fijada en la demanda	CONJUNTO DE PROPOSICIONES PRESENTES. Lo que se prueba en el plenario	COHERENCIA NARRATIVA. Relación de proposiciones pasadas y presentes,	JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL. (Interpretación de los hechos dando alcance jurídico desde la tesis de pérdida de oportunidad) Argumentos-coherencia narrativa
---	--	--	--

Una vez expuesta la primera herramienta, pasemos a desarrollar la segunda de estas, a partir de la revisión de algunas yuxtaposiciones en el sistema de interpretación probatoria.

III. Esquema Persuasivo y Cognitivo de Valoración de la Prueba

Hemos referido que dentro del campo de la argumentación jurídica nos encontramos con la problemática de la cuestión de hecho que se distancia de la cuestión de derecho. Aquellos son problemas interpretativos en torno a la fijación de los hechos que impulsan con conflicto procesal.

¹¹ Con este cuadro que se ofrece de herramienta, se puede organizar la presentación de los hechos relevantes del proceso judicial, organizando tanto las proposiciones pasadas, presentes, la interrelación entre ellas y como están organizadas a tipo de narración y permiten desarrollar una interpretación jurídica que permita fundar las razones de justificación de la decisión judicial. (Véase anexo de este escrito)

Tanto la *cuestión de derecho* como la *cuestión de hecho* hacen parte de la decisión judicial, una recaerá sobre interpretación de normas, la otra sobre los hechos relevantes, sobre el fundamento fáctico que las normas establecen para su aplicación. A partir de esta diferencia, podremos señalar que frente a la interpretación (de hecho) de las pruebas podemos explicar dos tipos de posiciones: una llamada *dimensión persuasiva* de la prueba, la otra *dimensión cognitiva* de la prueba.

La dimensión persuasiva consiste en entender que la prueba busca persuadir al juez para obtener una decisión. Allí brotan interrogantes sobre la decisión judicial, pues, estaríamos ante un juez que está persuadido. En cambio, en la dimensión cognitiva de la prueba se entiende que ésta busca no persuadir sino obtener, conocer la verdad; siendo la prueba un instrumento de conocimiento.

La valoración de la prueba en el esquema persuasivo conducirá a entender que el juez posee un estado psicológico de percepción y a partir de él toma una decisión. En el esquema cognitivo, la valoración de la prueba es una actividad racional cuya guía es siempre buscar o por lo menos acercarse lo mejor posible a la verdad; de modo que, como no se trata de un estado psicológico del juez, la racionalidad debe ser expuesta, exteriorizada, motivada.

El esquema cognitivo nos permite, por ejemplo: Entender los efectos que se dan cuando se contesta los hechos de la demanda, pues frente algunos hechos se contestan es “*cierto*”, “*no es cierto*” y frente a otros se contesta “*no me consta, me atengo a lo que se pruebe*”, esto producirá que un hecho se tome como verdadero y los otros sean susceptible de ser probados.

La diferencia en el pronunciamiento que se da en la contestación de la demanda sobre los hechos resulta importante en la medida que puede predicarse de este último tipo de hechos (*no me consta, me atengo a lo que se pruebe*), que en la decisión de un juez puede existir una incorrecta interpretación de un hecho probado o, lo que es lo mismo, que la declaración sobre un hecho probado puede resultar incorrecta.

Por el contrario, el esquema persuasivo no entra en esta diferencia, pues parte de *la idea que será verdadero el hecho que resulte probado en el plenario*. En concreto, podemos decir que *el esquema cognitivo predica la diferencia entre lo verdadero y lo probado, mientras el esquema persuasivo establece que será verdadero lo probado en el proceso*. Esta diferencia en los esquemas tiene relevancia para el estudio de la prueba y la argumentación en cuanto que puede desembocar en la idea de la verdad y su papel en la decisión judicial.

Con el fin de no extendernos en estos asuntos que extralimitan la finalidad del presente capítulo y el criterio práctico que expusimos; podremos decir que la idea de verdad se ha entendido como: ***correspondencia a***. Así, en el sentido cognitivo no bastara que la decisión judicial predique que el hecho probado es verdadero, pues se requerirá una carga de justificación, o sí se quiere, de una actividad racional y de argumentación.

El esquema cognitivo a diferencia del persuasivo permite identificar la posible debilidad de la prueba judicial. Puede acudir a sendas razones para hallarla, veamos:

- ***Razones de tipo epistemológicas***: reconocen que las pruebas son razonadas por meras inferencias inductivas, basadas en la probabilidad, que no cuentan con demasiado fundamento de ciencia objetiva, de modo que las pruebas no conducen a la verdad, tan solo a un cierto punto de probabilidad o certeza.
- ***Razones de tipo institucional***: la interpretación de la prueba no es libre, está conducida por el acatamiento de cierto tipo de reglas preestablecidas en determinado ordenamiento jurídico.¹²

Continuando con la concepción cognoscitivista, ésta entiende la prueba como un instrumento de conocimiento, es decir que por intermedio de las

¹² Para profundizar este estudio. Véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la Prueba. Págs. 374-389. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2014

pruebas se puede conocer una realidad pasada, un hecho debatido en el proceso; se acude a un método inductivo y limitado, esto último en cuanto, que la verdad que puede pretenderse por medio de las pruebas tan solo es algo probable, no podrá decirse que se logra una verdad absoluta.

Lo relevante de este esquema de valoración de prueba, consiste en que al concebirse que las pruebas son un medio de obtener la verdad, está permitido al operador jurídico una libertad de valoración probatoria, en ejercicio de tal, se espera que *racional y motivadamente* exprese las razones que lo conducen a predicar la *existencia de determinada verdad*; razones que, a la postre, pueden ser contraladas y debatidas por los actores de un proceso judicial.

Como ejemplo de esta valoración, podríamos encajar gran parte de la actividad de valoración que hace un juez en una sentencia, cuando se pronuncia respecto de cada una de las pruebas y de ellas racional y motivadamente extrae una verdad que le sirve para aplicar una determinada norma provocando una decisión.

El saber práctico de este tipo de valoración, servirá para fijar que en estos eventos de juicio cognoscitivista de la prueba, la atención en juicio sobre las pruebas deberá centrarse en los siguientes elementos:

FASE DE ESTUDIO POR LAS PARTES EN UN PROCESO. En la medida que son las partes las que libremente pueden precaver sobre el estudio de estos 3 elementos:			FASE DE DECISIÓN JUDICIAL (Competencia exclusiva operador jurídico) Entendemos que es exclusiva esta fase, en la medida que quien debe motivar y producir la <i>verdad vinculante</i> es al operador jurídico y no las partes.	
Cumplimiento criterios dogmáticos	Cumplimiento criterio de relación	Comprensión de las verdades (parciales) expuestas por las partes en etapa formal procesal	Fase de razonamiento y motivación	La fijación de verdad en decisión judicial
Cumplimiento de los elementos de Existencia, validez y eficacia de los medios de prueba obrantes en el expediente	La relación de estos medios de prueba con la referencia de los hechos (Aquí resulta tener presente la idea de coherencia narrativa	La verdad que se pretende por las partes (Identificación de los hechos de referencia y consecuencias jurídicas que se desprende de ellos art. 167 Inc. 1 CGP) Aquí entendemos que existen verdades que difieren	Razonamiento y presentación de motivación por el operador jurídico. En ese caso el razonamiento no puede ser sólo lógico, deber ser jurídico, es decir, que es necesario que se apoye en fundamentos normativos	Fijación de una verdad por el operador jurídico, expuesta en la providencia judicial

Autor Edmer Leandro López Peña

A diferencia, en el esquema persuasivo, se parte de la premisa que no siendo *posible obtener la verdad en el sentido de correspondencia*, sobresale otros criterios o finalidades del proceso, que permiten activar el rol de las partes intervinientes en el proceso.

En el sistema persuasivo la prueba se comprende en su nivel de *persuadir*, y con ello basta para obtener una resolución al caso.

En ese campo al abandonarse el criterio cognoscitivista, se cree que tal abandono abre paso a la argumentación de parte. Esto significa que puede acudir a los aligeramientos probatorios, como se ha visto, en los casos del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica o responsabilidad del estado por ejecuciones extrajudiciales por grupos del Estado, partiendo de la idea que no pudiendo probar la parte demandante se lesionaría principios como acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva.

La crítica a este sistema, se fundamentará en el campo psicológico que invoca la persuasión, pues, se entenderá que persuasión es tan solo un estado psicológico; que se abandona la esfera objetiva de la fijación de una verdad por una fijación subjetiva del operador jurídico.

Precisamente, “la fijación subjetiva de la verdad por los jueces, puede complicarse con hoy la posibilidad de existencia de principios y normas de textura abierta en los sistemas jurídicos que abren la posibilidad a la actuación discrecional de los jueces de producir derecho” (López Peña, 2015).

Pasemos ahora a revisar la yuxtaposición entre prueba deductiva e inductiva.

1. Prueba Deductiva e Inductiva y su Razonamiento.

Guardando relación con el criterio persuasivo y cognitivo de la prueba, esto nos conduce a resolver la yuxtaposición entre prueba deductiva e inductiva. Esta diferencia surge del siguiente cuestionamiento: ¿cómo el juez llega al conocimiento de los hechos?

Lo deductivo implica que podemos evaluar una conclusión a partir de sus premisas, si estas son verdaderas la conclusión también lo será. Ejemplo de estas pruebas pueden ser las llamadas científicas como la conclusión que se puede obtener de una prueba de ADN, o pruebas como el fluido corporal (del sujeto A que se encontró en tal parte del cuerpo del sujeto B).

La regla universal del que brota el conocimiento deductivo puede extenderse no solo a pruebas científicas, también puede darse en aplicación de universales, por ejemplo, es imposible que una persona esté físicamente en dos lugares al mismo tiempo.

Reconocer este tipo de prueba deductiva y mejor, lo deductivo del razonamiento, permite como criterio práctico construir argumentos debatiendo bien la conclusión o las premisas de las que se apoya la decisión. Por ejemplo:

Si bien la universalidad nos dice que físicamente una persona no puede estar simultáneamente en dos lugares, es debatible la conclusión que se diga que el sujeto A no mató al sujeto B, pues, puede señalarse que no está demostrado que el sujeto A estuviera como se dice en tal lugar cuando el sujeto B murió en otro lugar. Por lo tanto, la conclusión que A no mató a B no es del todo cierta, aunque se apoye la deducción de un universal.

Situación distinta se da en el campo de lo inductivo, entendiendo por tal, el razonamiento que a partir de experiencias o hechos particulares se produce una ley general. Un ejemplo que puede darnos luz, es el siguiente:

En un proceso se pretende probar que A mató a B, no existiendo prueba deductiva (sangre en el cuerpo por ejemplo de la víctima B dejado por el sujeto A), se entra a considerar que existía una mala relación personal entre A y B, o que pasados días A amenazó a B de muerte, o que, en el lugar de la muerte de B, el sujeto A se encontraba.

Aquí se trata de un razonamiento inductivo en cuanto de una información existente buscamos obtener una conclusión general a partir de la formulación de una hipótesis. Es este sistema de pruebas inductivas es donde tiene asideros las reglas de la experiencia, cuya utilidad nos permitirá proferir hipótesis que conduzcan a la conclusión, a partir de las premisas presentadas¹³.

¹³ Véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina. La valoración de la Prueba. Págs. 374-389. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Argumentación Jurídica. Ed. Tirant Lo Blanch. España. 2014.

Lo relevante y útil de reconocer este tipo de pruebas, es:

- 1) Al reconocer el razonamiento inductivo le permite identificar que las premisas en las que se apoya las conclusiones pueden no ser universales, sino que se tratan de regularidades empíricas.
- 2) Que la conclusión a la que se llega por medio de la producción de hipótesis, se evalúa como relaciones de probabilidad, y es en este campo donde pueden hallarse debilidades en la justificación de la sentencia o argumentaciones de la parte contraria

En el campo de la valoración de la prueba además de las yuxtaposiciones antes expuestas, cabe precisar sobre la distinción entre prueba directa e indirecta.

2. Prueba Directa - Prueba Indirecta.

La clasificación de prueba directa e indirecta es importante al tratar el tema de razonamiento jurídico, pues, se ha entendido que el testimonio, por ejemplo, es una prueba directa en cuanto que el hecho que se pretende probar surge directamente. En la prueba indirecta el hecho no surge directamente se necesita para ello un razonamiento pudiendo entrar *la dimensión subjetiva del juez*.

A partir de esta diferencia, pensemos este caso:

El sujeto A es aprehendido por la policía portando una cantidad de droga que bien podría tratarse de dosis personal o bien para la venta. La policía, igualmente, encontró una cantidad importante de dinero en la billetera y según declaración del sujeto A, él no trabaja actualmente. Se cuenta con dos testimonios: X que dice que lo ha visto vender droga cerca donde fue detenido y el sujeto Y que dice que lo ha visto consumiendo habitualmente en un parque.

Como referimos se nos dice que la prueba directa es el testimonio, por ejemplo: la declaración de X y Y; y prueba indirecta, el indicio, el cual podría consistir en que el sujeto A iba a vender la droga y no a consumirla.

Como vemos en el caso, de acuerdo a la idea del fallador, puede dársele mayor crédito al testimonio de X que al de Y, si se quiere considerar al sujeto A como vendedor de droga, o viceversa, puede dársele mayor crédito al testimonio de Y que al de X, si se quiere considerar al sujeto A como consumidor de droga. Aquí encontramos una problemática de subjetividad en el proceso de interpretación probatoria sobre hechos.

Con este breve caso, puede identificarse que tanto la valoración de la prueba directa como indirecta pueden estar cargadas de subjetividad del fallador. Esto nos demuestra que en el relacionamiento que hace el fallador entre los dos tipos de prueba, directa e indirecta, estaremos frente a un *argumento inductivo*.

Lo útil que resulta de esta afirmación (prueba directa e indirecta estaremos frente a un argumento inductivo) es que precisamente deberá en un caso determinado (proceso en curso) evaluarse y contra-argumentarse (llegado el caso) la hipótesis de probabilidad que pudiese justificar la decisión judicial o la contra parte.

Referido lo anterior, pasemos a reflexionar sobre una tercera herramienta, que tiene que ver con la valoración de la prueba científica.

IV. Valoración de la Prueba Científica.

Es común ver cómo en algunos procesos judiciales donde acude un perito a rendir su dictamen pericial, lo que él diga determina el resultado, así como la importancia y relevancia que se da su participación. Sin embargo, esta participación que a veces se tacha de subjetividad, por ejemplo, en los casos cuando el dictamen es proporcionado por unas de las partes¹⁴, y donde es evidente que el perito fue (contratado) por la parte interesada que busca sus servicios.

¹⁴ La ley 1564 de 2012 art. 227, 228; ley 1437 de 2011, art. 219

Así, las llamadas pruebas científicas, han resultado constituir un tipo de justicia de expertos, tal como lo discute la profesora Española Marina Gascón Abellán¹⁵. Para (GASCON, 2010), “la problemática surge de la idea vaga e intuitiva de creer que las pruebas científicas transcurren por derroteros epistemológicos distintos y más sólidos que las demás pruebas”.

La crítica a la sobrevaloración de las pruebas científicas ha producido una tensión entre la individualización y lo verosímil. Por un lado, se entiende por individualización el sentido que toman algunas conclusiones de este tipo de pruebas, por ejemplo, cuando determinado perito concluye en su dictamen que la consecuencia X se dio por la causa Y. Allí se entra al campo de la individualización entendida como aquel sentido que reconoce una sola causa para un efecto.

Es discutible de entrada la idea de individualización o unicidad pues, deberá en cada caso evaluarse las conclusiones del perito y si éste pretende proponer la existencia de una única causa, y ante ello, será importante que la parte contraria que se aduce el dictamen reconozca la debilidad de la individualización en las pruebas científicas, a partir de la refutación de los elementos determinantes contenidos en el dictamen pericial.

Por otro lado, la verosimilitud surge aplicando el siguiente criterio, según lo explica R Royal, una vez terminado el perito de exponer su dictamen, deberá hacerse estas tres preguntas:

¹⁵ Véase: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. Consultado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:in23gNeyPGcJ:www.cervantesvirtual.com/research/concepciones-de-la-prueba-observacion-a-proposito-de-algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>

VEROSIMILITUD DE PERITAJE	
1) ¿Qué nos dicen los datos	El perito respondiendo este cuestionamiento deberá comunicar al juez SU interpretación de los datos.
¿Qué se debe creer a partir de estos datos	En este caso no se trata de solo considerar lo expuesto por el perito en el dictamen, sino que los datos deberán evaluarse en relación con los otros datos que reposan en el expediente.
¿Qué debe hacerse a partir de los datos?	Es importante en este punto diferenciar entre lo que debe creerse y lo que debe hacerse. Mientras lo que debe creerse determina un acto de valoración probatoria. Lo que debe hacerse implica un proceso de análisis normativo en el acto de toma de decisión judicial.

Además de estos cuestionamientos, es posible predicar la aplicabilidad e importancia en el uso de las escalas de probabilidad, con lo cual tenemos un adentramiento de “una ciencia básica a la esfera de la ciencia social que es el derecho” (Taruffo, 2005).

Por escala de probabilidad se entiende el razonamiento que se hace y que puede ser representado en una gráfica, que recae sobre el estudio de la posibilidad que un evento pueda ocurrir entre un margen de momentos, intervalos o casos previamente fijados. Ejemplo de ello puede ser, resolver en una moneda que tiene cara y sello, de diez lances, qué probabilidad se tiene que caiga más veces cara que sello.

La utilidad de la escala de probabilidad puede servir para argumentar nuestra posición jurídica respecto de la prueba científica aportada en el proceso. Así, es posible en todo momento formular interrogante al perito sobre la escala de probabilidad de sus conclusiones.

Un ejemplo de aplicación sería el siguiente:

Imaginemos un caso donde se debate la responsabilidad médica; tenemos en el expediente un dictamen pericial que establece que el paciente (fallecido) no podría salvarse por más que los médicos hubiesen intentado.

Esta conclusión puede ser el producto de dos formas de razonamiento: el primero *argumentativo*, donde acogándose a la *lex artis*, a las nociones y características del paciente (probado en historia clínica), el padecimiento del paciente, y el tipo de intervención quirúrgica, el perito concibe que era imposible salvar la vida del paciente.

El otro tipo de razonamiento, no es argumentativo, es *probabilístico*, en este caso, el razonamiento debe girar en qué probabilidad tenía de salvarse el paciente. Para resolver tal interrogante se exigirá, la determinación de variables y criterios. En este caso deberá determinarse en una gráfica la escala de probabilidad del paciente de poderse salvar; la escala de probabilidad de riesgo de la intervención médica, etc.

Como vemos, con el ejemplo en general, el uso de la herramienta de la escala de probabilidad puede generar una confrontación, pues, por un lado, tendríamos que la labor a partir de la obtención de la prueba es la emisión de un argumento, pero por el otro lado, tendríamos que en el sentido probabilístico entra en juego criterios matemáticos y de lógica matemática.

Tenemos de conclusión como fundamento de los argumentos que se presenten contra la prueba científica puede servir el uso de las escalas de probabilidad.

V. Conclusiones.

Al revisar la aplicabilidad de la interpretación en el campo de los hechos y no exclusivamente del Derecho, tenemos como primera consecuencia reconocer que la institución de la interpretación no está vedada al campo exclusivo teórico y abstracto, sino que, ante la dimensión fáctica del proceso, refleja una utilidad práctica.

La segunda consecuencia, está dada, precisamente, en la noción de herramienta, que se desprende de la comprensión que, en el campo de la interpretación y argumentación de los hechos, podremos constituir tipo de criterios (herramientas), que permitan hacer control del proceso de interpretación y argumentación que hacen los operadores jurídicos en concreto sobre los hechos probados en el proceso.

Una tercera consecuencia de lo escrito, recae sobre los tres tipos de herramientas que hemos avizorado, sin dejar de aclarar que no son las únicas, por el contrario, algo que refleja esta temática abordada en el presente texto, es que existe un gran camino para construir un catálogo “bastante extenso” sobre las herramientas que pudiesen surgir en el campo de la interpretación de los hechos.

Una última consecuencia se relaciona con lo dicho anteriormente, la búsqueda de la construcción de este catálogo de criterios, o como hemos osado en llamar desde un componente práctico: herramientas, nos invita a reflexionar sobre la incorporación de otras ciencias en el Derecho y, en particular, en el campo probatorio, de modo que, la psicología orientada a saber cómo fallan los jueces, la sociología y la económica sobre el estudio de los prejuicios y el efecto de las realidades previas como el estudio de los contextos políticos, y la matemática con la probabilidad y su impacto en la valoración de la prueba judicial científica, son nuevos conocimientos que los estudiosos del derecho desarrollaran cada vez, previniendo con este acercamiento la interdisciplinariedad que encierra la ciencia del derecho, y si no de modo general, si en el campo de la facticidad aplicada en el proceso.

VI. Bibliografía

- Alfonso, G. F. (2014). Justificación interna y justificación externa. In A. M. Gascón, *Argumentación Jurídica* (Pp. 157-189). España: Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (2005). *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autonomía de México.
- Gascón, A. M. (2014). La valoración de la pPrueba. In A. M. Gascón, *Argumentación Jurídica* (Pp. 374-389). España: Tirant lo Blanch.
- Gascón, A. M. (2010). *Los Hechos en el Derecho*. España: Marcial Pons 3 Ed.

- Henao, J. C. (1998). *El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá D.C.: Universidad del Externado de Colombia.
- Leandro, L. P. (2019). *Dilemas del Interés Público en el Derecho Administrativo*. España: Thomson Reuters-Aranzadi.
- López Peña, E. L. (2015). *Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa*. España: Tirant Lo Blanch.
- Maccormick. (2018). *Razonamiento Jurídico y Post-Positivismo. Unirioja*.
- Maccormick, N. (2011). *Instituciones del Derecho*. España: Marcial Pons.
- María Adriana Marín, 54001-23-31-000-2010-00152-01(43557) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A 2019 Ыл 3-October).
- Marina, G. A. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre la Prueba y la verdad. In M. Taruffo, *Concepciones de la Prueba*.
- Prieto Sanchiz, L. (2014). Presupuestos Neoconstitucionalistas de la Teoría de la Argumentación Jurídica. In M. Gascón Abellán, *Argumentación Jurídica* (Pp. 20-21). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Taruffo, M. (2005). *Probabilidad y Prueba Judicial*. Bogotá D.C.: XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.
- Trigo Represas, F. A. (2008). *Perdida de Chance, Presupuestos, Determinación, Cuantificación*. Buenos Aires: Astrea.

LA INVESTIGACIÓN, SU RELACIÓN CON LA BIOÉTICA Y DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN, INFORMACIÓN Y HABEAS DATA

Giovanni Alcides Monguí-Merchán
Nubia Catalina Monguí-Merchán

I. Introducción

En la constante disparidad del sistema social, la construcción intuitiva es un inicio para albergar una idea constructora de un potencial de libertad y de independencia del ser humano, ello conduce a redefinir un criterio o una categoría, un conocimiento aprendido, un paradigma, a fin de transformar a un sujeto, personas, sociedad, la vida en comunidad, tendiente al mejoramiento de las condiciones de vida digna de un ser humano, que encuentre el re-potenciamiento con su propia existencia, de quienes lo rodean, el hábitat y el ecosistema como parte de su desarrollo intersubjetivo con el otro y la idea de un respeto a su vida, sin que exista un visión religiosa, ideología o dogma que haga creyente, sino que sea por su propia voluntad la concientización del respeto hacia su propia vida, las de sus congéneres, y el medio ambiente que lo rodea, entendido como la integralidad correlativa entre él y un espacio donde confluyen factores bióticos y la ética por la vida.

En un mundo que ha pasado por revoluciones tecnológicas, como la revolución agrícola, la revolución industrial, y se encuentra pasando por la revolución tecno-informática, que ha presenciado distintas disyuntivas del poder, la política, de formas de gobierno, formas de Estado, que ha albergado distintos sistemas económicos, pero que en todo ello lleva a que la humanidad haya apostado a un crecimiento exponencial de la industria, la tecnología, las ciudades, el consumo, de la acumulación de riqueza, y

que dichos aspectos si bien, han incidido en un pseudodesarrollo, es un falaz crecimiento de infraestructura, estructuras, que son tangibles, pero que han llevado a que lo intangible e innato de la vida y del valor de la vida propia de los seres vivos se mengue hasta el punto de perderse.

A pesar de haber transformado la vida humana, la forma de Estado moderno, como la ciudad moderna y posmoderna, ello ha llevado a no simple conjeturas, sino realidades de la pérdida del valor de la vida propia y de los demás seres, a pesar de los avances tecnológicos que pretenden salvaguardar los intereses de la raza humana por la búsqueda constante de su preservación y de los demás seres vivos.

Los fugaces cambios de realidades permiten entrever que la familia y los medios educativos ayudan a consolidar a un ser humano, abierto al cambio, frente al abanico de diversidades formativas así como de posibilidades que tiene para escoger un camino bajo la legalidad o la ilegalidad, si se debe observar lo bueno o lo malo; ya será desde la formación que integre sus potencialidades, la que permita abrir en la alineación el campo a una “socialización primaria y socialización secundaria (Bermúdez de Caicedo, 2006)”. En todo caso el hombre-persona se encuentra en constante conflicto que lo puede llevar a tomar decisiones autónomas y libres.

El ser humano dentro del contexto social “Para poder tomar decisiones libres y responsables ante situaciones o dilemas, acordes al contexto y respetando las diferencias de un mundo pluralizado, la formación moral debe aportar los elementos necesarios para que se entienda la razón de ser de las normas, y para que sean asumidas y puestas en práctica no por conveniencia sino por convicción; sólo así, a través de la adopción crítica de la norma, se estará en condiciones de cuestionarla y cambiarla si es necesario (Bermúdez de Caicedo, 2006)”.

El desequilibrio consiente del que hacemos parte, a pesar de ser latente, ha permitido en todo caso albergar en su interior procesos investigativos que en las ciencias básicas, exactas y en las ciencias sociales puedan hallarse un factor creciente a la puesta de una mejora constante de la humanidad y del planeta, sin ser aquello un factor utópico, que ha llevado a la construcción de un elemento que permita evidenciar el constante desvelo

por la vida humana y de los demás seres vivos, dicha construcción mental, procedimental, sustantiva y adjetiva es la bioética. Que viene siendo “una actividad interdisciplinaria, que apunta sus esfuerzos a la definición de procedimientos que permitan subsanar los conflictos generados por la actual intervención técnica de la vida, requiere, indudablemente, del sustrato teórico que es capaz de entregarle la fundamentación filosófica de la ética occidental”(Escríbar, Pérez, & Villarroel, 1991).

II. Bioética

“La bioética consiste en el estudio sistemático de la conducta moral en las ciencias de la vida”(Drane, 1998). “La bioética es un área interdisciplinaria del conocimiento, cuyo objeto material de estudio es la vida en cuanto a tema central de la preocupación ética, para su preservación y desarrollo, desde un Horizonte de sentido (Cely Galindo et al., 1997)”. “la bioética procura alcanzar una nueva armonía, un nuevo punto de convergencia entre las ciencias de la vida (bios) y la ethike en el sentido de principios y valores morales (Hooft, 2005)”.

“Es una disciplina reciente, con algo más de treinta (30) años de evolución, pero cuenta ya con un desarrollo metodológico y didáctico importante. Quizás por su juventud ha estado muy abierta a las corrientes pedagógicas más actuales, aunque también puede deberse al reto que representa en sí misma, pues pretende algo nada sencillo: primero, entregar conocimientos desde una visión interdisciplinar sobre un ámbito cada vez más amplio y complejo de temas; segundo, cambiar actitudes y comportamientos e incidir en la relación profesional de la salud-paciente y en el cambio de los modelos de asistencia en salud. Finalmente, transmitir los valores éticos más apropiados y necesarios para estos profesionales y para la sociedad en general”(Correa & Javier, 2008).

Algunos autores han descrito que la “Bioética es un término de reciente acuñación. Se trata de un neologismo surgido en el ámbito anglosajón, que aspira a conjugar en síntesis paradigmática, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser. Representa un nuevo discurso moral, que ha crecido –de modo particular en sus orígenes– en las sociedades de alto grado de desarrollo tecnológico durante los últimos treinta años, aunque hoy en día su representación es planetaria”(Hooft, 2005).

“En cuanto al objeto formal y desde el punto de vista de su interés práctico, al tratarse de una ética de la vida, la bioética está referida al análisis semiótico del modo de actuar habitual de la gente, a sus costumbres, a su cultura, al impacto que los adelantos tecnocientíficos que ejercen en las conductas y a los valores que subyacen a las relaciones intersubjetivas y de éstas con el entorno social y natural. Es un esfuerzo hermenéutico” (Cely Galindo et al., 1997).

El esfuerzo interpretativo debe dar pie para que el ser humano pueda hallar respuesta de manera autónoma ya que “Sólo por el camino de la autonomía, que supone la libertad y la responsabilidad, puede haber un aumento gradual de la conciencia que permite la autotranscendencia y la autenticidad: “...sólo la elección de valores plenamente humanos puede asegurar la supervivencia de la humanidad en un proceso ascendente hacia la plena y más perfecta realización de sí misma”(Bermúdez de Caicedo, 2006).

“En un mundo que se caracteriza por una acelerada transformación, y en el que los valores esenciales han sido puestos en cuestión, la bioética ofrece como novedosa particularidad su consustancial diálogo interdisciplinario”(Hooft, 2005). “La bioética se ocupa de la valoración, cultivo y defensa de la vida, de su calidad y su sentido, reconociendo que su sacralidad, trascendencia e inviolabilidad constituyen el horizonte supremo de actividad formativa orientadora de todos los procesos culturales, ante la urgencia prioritaria de garantizar la supervivencia del hombre en comunión con las otras especies y con los entornos abióticos de los que dependen”(Cely Galindo et al., 1997).

“De la afirmación de la vida como valor óntico supremo, como una realidad que precede y fundamenta el surgimiento de los valores morales propios y exclusivos del ser humano, acontece la autonomía de la conciencia como rectora del buen juicio, para que la voluntad se incline por el buen obrar en beneficio de una cultura de la Vida. Jamás podremos hacer un divorcio entre la autonomía de la conciencia y el soporte vivo biótico que la origina y al cual debe su existencia”(Cely Galindo et al., 1997).

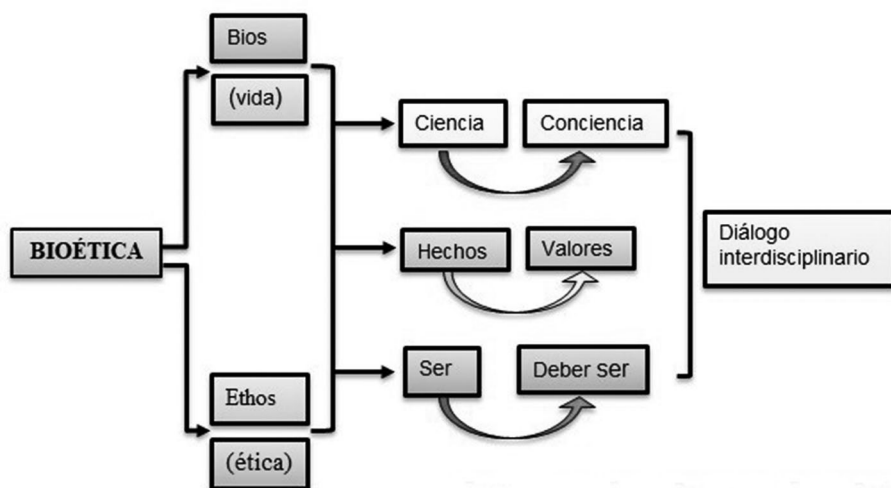
La bioética se encuentra enfrentada a constantes aprietos, entre las cuales se pueden decantar: la población, la responsabilidad moral, el aborto, la eugenesia, la calidad de vida, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la ingeniería genética, la experimentación humana, el control de la conducta, las drogas, el trasplante de órganos, los órganos artificiales, el cambio de sexo, la moralidad, la ley,(Varga, 1990), entre otros factores crecientes, que inciden constantemente en la “cultura de la muerte” (Cely Galindo et al., 1997).

“Cada vez toma más fuerza, en el mundo y en Colombia, una cultura de la muerte constituida por una amplísima gama de violencias e injusticias que amenazan severamente la supervivencia de toda la masa biótica. La sistemática acción depredadora del hombre ha puesto en evidente peligro los ambientes y ecosistemas. Los avances tecnocientíficos desarticulados del mundo de la vida, los modelos alienantes de desarrollo agudizan las diferencias entre ricos y pobres, las guerras, el narcotráfico, la corrupción administrativa, las guerrillas, la delincuencia común, son algunos ejemplos de la ceguera que conduce a la cultura de la muerte, es decir que hay una constante “actitud ciega del valor”(Radbruch, 2007), lo que causa un mayor caos. Ante tal situación, la Bioética convoca a todas las gentes de buena voluntad para la sensibilización, toma de conciencia y formación de las nuevas generaciones humanas en beneficio de una cultura de la vida que exija y garantice actitudes coherentes, en todos los campos, con la lógica de la vida” (Cely Galindo et al., 1997).

Los retos constantes de la bioética, de la investigación y el derecho confluyen en la búsqueda constante de una mejor sociedad, que debe ser no distante de lugares de primer mundo, pues la construcción permanente de los procesos jurídicos e investigativos en pro del fortalecimiento humano, han de propender por ser refuerzos positivos que impulsen sobre marcas y fines constructivos de una sociedad más justa, más humana, y más amable con el medio ambiente.

“El ser humano es una más de las especies que pueblan la Tierra. Pero no es una especie cualquiera; ha tenido el privilegio de llegar a un altísimo

nivel de evolución de su sistema nervioso central encefaloraquídeo, que así le ha servido soporte a su exclusiva evolución cultural y adaptativa, gracias al desarrollo su capacidad racional, donde anida la conciencia iluminadora de la esfera del espíritu, hacia donde tiende su perfectibilidad, como dinámica ética. Y de su exclusiva especificidad ética se colige una ineludible responsabilidad de cuidar de la biosfera (Cely Galindo et al., 1997).



III. El Investigador Bioeticista

El dedicado a la bioética, debe comprender que su valor o sacrificio es parte de comprender los problemas arriba enunciados, así como los constantes sistemas complejos de la realidad que se presenta entre tensión entre el concepto pluralista de lo que debe integrar un Estado, la tensión entre “pluralismo social, entre dogmatismo y relativismo; la distancia entre medios técnicos y nivel de humanidad; la tensión entre tecnificación y humanización; tensión entre vida, bioética y dignidad humana”(Hooft, 2005); de igual forma ha de comprender que “existen en las sociedades actuales, personas con diversas estructuras y jerarquías valorativas, en apariencia, irreconciliables. Éstas se expresan en distintas concepciones de lo que es bueno y correcto, y en distintas convicciones morales y axiológicas, muchas veces opuestas entre sí. Esto quiere decir, que quienes

están físicamente próximos, se han alejado moralmente y, como fruto de ello, en la actual era de la globalización, viven encapsulados en su individualidad. Aquellas personas se han convertido en lo que Engelhardt ha denominado “*extraños morales*” (Valdés, 2011).

El inquieto, el filósofo, el investigador, el jurista, el bioeticista y muchos más sujetos cognoscentes, han pasado de una “actitud ciega del valor” (Radbruch, 2007) a una “actitud estimativa del valor” y una “actitud referida del valor” (Radbruch, 2007), siendo conscientes de la estimación que se requiere por la vida y de lo dado por la naturaleza, lo que ha permitido encontrar un vínculo o nexo causal entre la tasación – valorativa y la ciencia, el arte, la cultura e incluso la moralidad misma de una sociedad. Por ello que ante tal estimación consiente que se haya percibido el hombre (enmascarado de persona humana), como un fin en sí mismo. “A partir de la comprensión técnica del mundo, el ser humano se percibe a sí mismo como fin y no como medio, el único ente dispensado de instrumentalización que solicita a la naturaleza cumplir ese rol, la cual se encuentra ante sí, no solo para ser conocida, sino que por sobre todo, para ser intervenida hasta la extenuación de su voluntad de poder” (Valdés, 2011).

“El bioeticista trabaja con el a priori de que la vida es el valor supremo y fundante de todos los valores. Se apoya en todas las ciencias que abordan desde diversos ángulos el estudio de la vida y mantiene con firmeza en la convicción de que el conocimiento acerca de la vida no es reductible a definición particular alguna. Porque todo lo que digamos sobre la vida ya le supone, y deja siempre cuestiones insatisfechas; quien trabaja en la bioética reconoce el fenómeno vital, cualquiera que sea el maravilloso misterio de la vida, que no se da en abstracto sino en la concreción individualizada de aquello que vive, que tiene vida. Además, el bioeticista exalta la afirmación de la vida de manera holística, como biota, como factor normatizador de convergencia e integración entre el hombre y la naturaleza, hoy disociados” (Cely Galindo et al., 1997).

El dedicado a la Bioética o “bioeticista” (Cely Galindo et al., 1997), debe ser un constante investigador y así mismo el investigador debe ser un abierto a la bioética en especial en tratándose de los investigadores

dedicados a las ciencias sociales, porque la relación consustancial que debe llevar más que a una aproximación, debe producir a una interiorización del comportamiento humano con sus congéneres y con el hábitat en el cual se desarrolla y busca en su constante perfectibilidad, tendiente al mejoramiento constante de sus condiciones de vida, sobre todo basado en la dignidad humana como pilar para su eclosión humana, en el contexto de la dignidad biótica, ética y ambiental.

El investigador en ciencias sociales, además de ser un jurista y amante del Derecho, debe ser un dedicado a la Bioética y en consecuencia debe responder además de las problemáticas arriba citadas a una coyuntura actual, que es la masificación de la información, para poder obtener unos resultados más transparentes, que deben ser el producto de un claro principio de objetividad, por lo tanto debe ser ético en su comportamiento investigativo, es decir que el principio fundante de su actuar sea la ética investigativa, y que se garantice el respeto por la construcción ideal, mental, práctica, medible, cuantitativa, cualitativa y holísticamente, que han implementado otros investigadores.

“Como estudio de la moral, la ética es, sobre todo, filosofía práctica cuya tarea no es precisamente resolver conflictos, pero sí plantearlos. Ni la teoría de la justicia ni la ética comunicativa indican un camino seguro hacia la «sociedad bien ordenada» o hacia la «comunidad ideal del diálogo» que postulan. Y es ese largo trecho que queda por recorrer y en el que estamos, el que solicita una urgente y constante reflexión ética”(Ávila, 2002).

La ética en la investigación debe ser vista con buenos ojos, porque ello permitirá apuntar realmente hacia blancos y crecientes resultados diáfanos que ayuden a construir sociedad, comunidad y una persona más integral. Persona integral que deberá reinvertir su integralidad en el proceso humanos de las complejas relaciones porque el conocimiento en sus diversas etapas debe construir un mayor esquema riguroso de la búsqueda de la verdad, a través de procesos investigativos científicos, pero más constructivos de una humanidad integrada con la biodiversidad.

“El ejercicio de la investigación científica y el uso del conocimiento producido por la ciencia demandan conductas éticas en el investigador y en el maestro, la conducta no ética carece de lugar en la práctica científica, debe ser señalada y erradicada, pues aquel que con intereses particulares desprecia la ética en una investigación, corrompe a la ciencia y a sus productos y se corrompe a sí mismo, existe un acuerdo general en que hay que evitar conductas no éticas en la práctica de la ciencia y es mejor hacer las cosas bien que hacerlas mal pero el problema no es simple, porque no hay reglas claras e indudables, la ética trata con situaciones conflictivas sujetas a juicios morales”(Ávila, 2002).

La labor del investigador es una labor ardua, que en ocasiones es agradecida y en otras no, y comienza con la observación hasta obtener unos resultados favorables o no, para la sociedad. En todo caso “he aquí algunas de las cosas que el público debe saber sobre lo que hacen los científicos: “Los investigadores coleccionan y analizan datos, desarrollan hipótesis, replican y extienden trabajos previos, comunican sus resultados a otros, revisan y critican los resultados de sus pares, entrenan a otros futuros científicos y se insertan en la vida de la comunidad científica”(NAS. 1995)”(Ospina G, 2001).

De dichas labores, cometidos, tareas, retos, se obtienen resultados que se han sometido, se deben someter a procedimientos y principios éticos, ya que “En la práctica científica hay principios éticos rectores, dado que la ciencia busca evidencias y se apoya en la rigurosidad, el investigador debe hacer gala de “altos estándares éticos”, como la responsabilidad y la honestidad, muchos ideales y virtudes los recibe el científico de la sociedad en la cual está inmerso y a la cual se debe la moralidad y el sentido del deber lo conectan a su entorno. Los científicos no son una clase aparte (no existe la carrera universitaria de científico), sino que pertenecen a distintas profesiones que obedecen a unos principios deontológicos (ética profesional) con los cuales el científico aporta a la construcción de una ética del investigador”(Ospina G, 2001).

Lamentablemente el ideal son los altos estándares de la ética, la moralidad, y la transparencia en la investigación, que “frente a los estándares éticos

deseables en una comunidad científica se presenta el lado negativo de la balanza, caracterizado por deshonestidad, plagio, fraude, etc.”(Ospina G, 2001). No obstante, la ética de la investigación, del científico, del jurista y del dedicado a la bioética debe responder a unos principios.

“En la remota historia de la relación entre ciencia y ética, los principios básicos fundamentales se reflejan en casi todos los actuales códigos de ética que rigen la práctica de la investigación médica, donde se han identificado tres principios éticos básicos, cada uno de los cuales posee igual fuerza normativa que los restantes y funda prescripciones particulares en la evaluación de las conductas humanas en el campo de la investigación: el principio de respeto hacia las personas; el principio de beneficencia; y el principio de justicia. Siendo estos principios tan generales, se deben complementar con normas éticas que prescriban conductas, por lo general caracterizadas en los distintos códigos y regulaciones de la investigación en sujetos humanos, tales como los mencionados Código de Nüremberg, la Declaración de Helsinki y las guías de la CIOMS”(Mamani Quispe).

Los investigadores, científicos, juristas, “bioeticistas” y en sí la comunidad científica siempre tendrá un objeto de investigación. “Gran parte de la investigación científica se realiza teniendo como sujeto de experimentación a seres vivos. La investigación biomédica con seres humanos está regida por los principios de la Declaración de Helsinki”(Ospina G, 2001). Esos principios responden a “Interés científico y social de los objetivos, Validez científica, Relación riesgo-beneficio, Consentimiento informado, Respeto por los participantes en la investigación, Evaluación independiente, Selección equitativa de los participantes”(García & Valverde Iniasta, 2015). Estos principios deberían ser observados por todos los investigadores no solo por la investigación biomédica, pues indistintamente de ello las demás investigaciones tendrán como punto de partida el ser humano, su hábitat, el ecosistema y la biodiversidad cambiante frente a las constantes regulaciones normativas del derecho y de los usos y costumbres sociales.

De igual manera el investigador debe ser ético en la publicación de sus resultados, ya que el “compromiso ético del investigador con la publicación científica es doble: contribuir al aumento de los conocimientos

que se van incorporando a las competencias profesionales y a la buena práctica clínica; y ser un reflejo de su trabajo como autor y de su calidad científica. El investigador asume un deber científico y social de comunicar con sinceridad los resultados verdaderos de la investigación, de evitar la invención, ocultación, manipulación o falseamiento de los datos”(García & Valverde Iniesta, 2015).

Los retos de la moralidad y ética en la investigación es contrarrestar el plagio, los falsos autores, que verdaderamente el autor y los pares garanticen la objetividad y no haya conflicto de intereses, y que el proceso edición sea consecuente con lo que se ha argumentado, pertinencia que debe ser vista con buenos ojos a fin de que se establezca un carácter investigativo soportado en principios que dignifiquen al sujeto, el objeto, la acción, el proceso, el resultado y la evaluación de una investigación.

La relación existente entre la investigación, el derecho y la bioética junto con la ética de investigador, se soporta en tanto que el investigador debe ser un sujeto integral y no unipensador de ciencia, tecnología, ética, derecho, bioética; sino que al contrario debe integrar toda una amalgama de realidades humanas para encontrar más que un resultado satisfactorio, un verdadero aporte a la humanidad y el ecosistema.

De igual forma la bioética, investigación, el derecho se soportan en el marco jurídico, para no resbalar en lo contrario a derecho, puesto que el “el derecho – tanto interno como el comunitario, así como el internacional – constituye hoy, sin duda, el más importante y eficaz de los órdenes normativos existentes para intentar regular, encauzar y, si es preciso responsabilizar y sancionar, cuando existe, una violación de las acciones humanas – sean de carácter individual o colectivo, respondan a un exclusivo hacer personal o sean imputables a personas jurídicas, públicas o privadas, de diferente o misma naturaleza del Estado – capaces de afectar en forma negativa la biodiversidad”(Espíell, 2005), el ecosistema, las personas, el trabajo de otros, la intimidad y la dignidad humana.

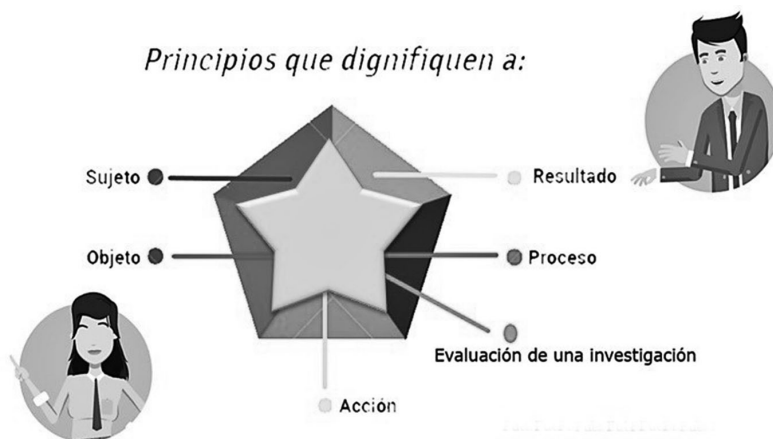
El investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997), debe propender por la eficacia de la protección de los derechos de los demás, así como por la protección de la información de las demás personas y

demás seres objeto de investigación, pues ello corresponde a un constante correlación y garantía del respeto a la intimidad, pues la apuesta en el proceso de investigación no puede ser desmedida, sino que debe darse dentro de un margen de realidad indisoluble en el que se rescate a la persona humana, la persona jurídica, y los demás seres vivos que son parte del objeto investigado, pues en su proceso constante tiende a expresar en cualquier tipo de lenguaje la manera de satisfacer una necesidad comunicativa. “Pero para que el derecho sea eficaz se requiere una conciencia social de base y una actitud ética de los seres humanos, que vean en las conductas lesivas o peligrosas para la biodiversidad algo socialmente repudiable y moralmente inadmisibles”(Espíll, 2005).



Fuente: Diagrama creación de los autores. Autoría propia

Principios que dignifiquen a:



IV. Derechos a la Comunicación y la Información del Investigador Bioeticista

1. La comunicación un proceso del sujeto investigador

El ser humano, un ser por naturaleza expresivo, encuentra en su entorno el medio para darse a entender, para lograr satisfacer necesidades, involucrándose y abriendo espacios y canales de comunicación entre sus congéneres y con los demás seres de la naturaleza. En todo caso “el hacer del hombre está precedido de un discurso (sobre el hacer). El discurrir del homo loquax precede la acción del hombre operante”(Sartori, 2012), aplicación esta que encuentra fuerte sustento con Giovanni Sartori en su texto la política. Además, que para desarrollar la precedencia de la política en el discurso constante haya una significancia a las palabras y los significados exponiendo que “Grosso modo, el lenguaje es un universo de signos (convencionales) provistos de significados, el lenguaje está constituido por palabras y significados, lo que debe establecerse de inmediato es que a cada palabra corresponden muchísimos significados”(Sartori, 2012).

El ser humano, es un ser racional y en constante proceso de comunicación, pues al ser, un ser sociable, necesita expresar lo que piensa, siente y experimenta, por ello se puede decir que la comunicación es un proceso innato en el ser humano, que de la mano podemos describir como una necesidad básica, que aflora desde el individuo pues biológicamente se haya connatural a nuestro desarrollo prehistórico e histórico, de tal forma que nos permite entendernos entre unos y otros.

“La comunicación Lingüística habilita a los hombres a entenderse; pero es evidente que, si no nos podemos periódicamente de acuerdo sobre el significado que le atribuimos a una cierta palabra en relación con determinados contextos, la comunicación nos lleva simplemente a los malentendidos. Poseemos pocas palabras para decir muchísimas cosas. ¿Cómo remediar los inconvenientes de esta situación, manteniendo sus ventajas? Hay un solo medio: organizar y ordenar el lenguaje según “tipos de significado” correspondientes a ciertas destinaciones típicas. La solución reside, pues, en desarrollar usos diversos de un mismo lenguaje”(Sartori, 2012).

El diccionario Larousse define “proceso” como “serie de fases de un fenómeno”, “concepción que resulta útil para describir el tipo de relación que se produce cuando las personas establecen comunicación entre sí”(Andrade Ruiz, 2013). “La comunicación puede concebirse como el proceso dinámico que fundamenta la existencia, progreso, cambios y comportamiento de todos los sistemas vivientes, individuos u organizaciones. Entendiéndose como la función indispensable de las personas y de las organizaciones, mediante la cual la organización u organismo se relaciona consigo mismo y su ambiente, relacionando sus partes y sus procesos internos unos con otros” (Barba Guzmán & Cabrera Parra, 2003).

La comunicación además de ser un proceso, es una herramienta que nos permite identificar, conocer, ordenar, organizar, sistematizar, expresar, entender y comprender el mundo individual y colectivo de los integrantes de la sociedad, de los fenómenos que nos rodean constantemente. La comunicación se debe ver en contexto y no de manera individualizada puesto que el resultado que ella va arrojar produce unos efectos positivos o negativos en el sujeto que la recibe. De ahí que se pueda decir que la comunicación es un acto humano que permite a una persona establecer con otra una relación de contacto que le va a permitir un conocimiento adquirido o encontrar un nuevo.

Se ha descrito que para que haya una comunicación eficaz debe interferir ciertos elementos, tales como el emisor, el receptor, el mensaje, un canal, código y contexto. La comunicación puede ser verbal o escrita, y también puede ser no verbal. Cada una de ellas con sus propias características y elementos para lograr una comunicación eficaz.

La comunicación a pesar de ser un proceso connatural al ser humano no es un absoluto, pues en el devenir de la raza humana, se encuentran seres que no se logran comunicar y que se hace difícil con ellos su comunicación, por ello la implementación de medios para que puedan comprender el mensaje a comunicar, ello es una barrera que puede y debe ser superada, de igual forma la comunicación no es un proceso absoluto puesto que constantemente la falta de aplicación correcta de los elementos puede llevar a fallas comunicativas o malas interpretaciones al mensaje quitándole

claridad al mismo. La comunicación como proceso, herramienta y factor desenvolvente de la persona, y de la sociedad se encuentra íntimamente ligada a los actos volitivos, racionales, de la expresión del ser humano, de las costumbres, de la idiosincrasia, de la cultura de los pueblos, por ello en ocasiones también encuentra barreras, pero estas son superadas con los avances constantes de la tecnología y de la expresión y de la información.

El ejercicio comunicativo del ser humano, no es etéreo, no queda sin soportarse, ya que el ejercicio pleno de ejercer la comunicación, va a producir un resultado y este es la información que condensa los aspectos de sus interrelaciones contextuales y de sus expresiones y manifestaciones culturales, políticas y jurídicas.

Se ha “establecido desde un principio que comunicación e información surgen con la vida y son factores fundamentales en la formación y desarrollo posterior de la sociedad. Dicho en otras palabras, comunicación e información son procesos sociales, variables dependientes de la sociedad, en la cual realizan importantes funciones como elementos conservadores, estabilizadores o dinamizadores de ésta. De hecho cada época y sociedad desarrollan distintos sistemas sociales de comunicación e información (López Ayllón, 1984).

“Existe una dualidad de planos de existencia de la información, uno como entidad subjetiva que se genera en la mente de las personas y otro, con una existencia objetiva, en el cual se percibe la información cuando se plasma en algún soporte, o se transmite en un proceso de comunicación. Entre los diferentes planos existe una interrelación dialéctica esta que es indisoluble que se establece entre la información, el conocimiento, el pensamiento y el lenguaje que se explica, a partir de comprender que la información es la forma de liberar el conocimiento que genera el pensamiento humano. Dicha liberación se produce mediante el lenguaje -oral, escrito, gesticular, etc.-, un sistema de señales y símbolos que se comunican de alguna manera(Goñi Camejo, 2000)”.

De acuerdo con esto, puede considerarse que la información transita por dos estados o momentos: el primero, cuando la mente humana asimila,

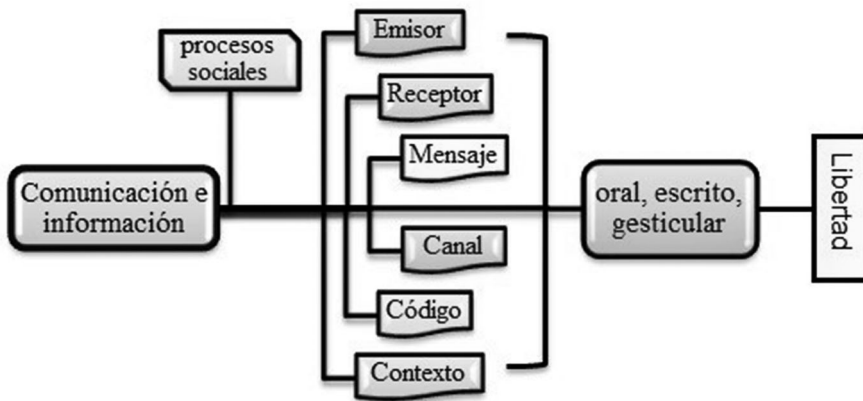
procesa e interpreta, es decir, la transforma en conocimiento, el cual según Páez Urdaneta consiste en un conjunto de “estructuras informacionales que, al internalizarse, se integran a los sistemas de relacionamiento simbólico de más alto nivel y permanencia” y el segundo, cuando se registra en forma documental, que actúa como fuente de información mediante el lenguaje. Una fuente de información no es más que cualquier objeto o sujeto que genere, contenga, suministre o transfiera otra fuente de información.” (Morales Morejón M, Barquín Cuesta JP. *Informetría* [curso de posgrado]. La Habana: PROINFO/DICT; 1995(Goñi Camejo, 2000)”.

Puede concluirse que la información entonces es un proceso y es el resultado del mismo, es resultado o producto de las constantes interrelaciones del ser humano con otros seres humanos, con el medio que lo rodea y la constante interacción con los objetos y sujetos que tiende a aportar una idea o ideas conceptualizadas de su medio en el cual se desenvuelve, dicha información puede ser material e inmaterial. Y de contera es una configura sustantiva y dispositiva del investigador, del jurista y del bioeticista, ya que es a partir de la comunicación que entra en constante cuestionamientos, puede observar, preconceptualizar, conceptualizar, emitir juicios, realizar proposiciones, evaluar y comunicar los resultados, pues sin comunicación no habría socialización, y mucho menos habría una realización de la libertad.

Es en marco de la comunicación como acción, proceso y resultado, que se accede, se conoce y produce información; la información puede ser material, es decir tangible y perceptible a los sentidos del ser humano, la cual se puede apreciar constantemente, verificar, evidenciar y apropiar bajo criterios de responsabilidad; y la inmaterial responderá la información intangible que posee el ser humano y una sociedad que debe ser valorada en integridad, pues de ello dependerá el crecimiento como persona bajo criterios de armonía a los factores humanos y comportamentales de un pleno desarrollo en comunidad, y frente a la sociedad puede decirse que es inmaterial todo el conjunto cultural de costumbres que deben ser respetadas bajo criterios de equidad sin yuxtaponer criterios sociales.

La libertad se debe enmarcar y estudiar bajo criterios de autonomía, independencia, y poder, ya que las implicaciones de las palabras pueden llevar al uso y hasta el abuso de unos derechos y garantías, y en relación

con la primera “se podría sostener que, si todos los casos de autonomía son casos de libertad, en cambio no es cierto que todos los casos de libertad son casos de autonomía”(Bovero, 2000), situación problemática ésta por cuanto la autonomía implica ser libres y ser libres de expresar lo que se siente hasta donde la norma se lo permita. Y más aún hay mayor controversia y la palabra poder, porque la libertad se encontrará subordinada al poder por diversos factores, entonces puede decirse que las libertades de los sujetos se encontraran supeditadas a una restricción normativa, y el constreñimiento de libertar de expresar y de informar, cercena la investigación y restringe una investigación ética y bioética.



Fuente: Creación de los autores

2. Derecho a la comunicación

“El Derecho Subjetivo consiste, si atendemos a sus esencia, en “el poder conferido por el derecho a la voluntad” (Windcheid); si nos fijamos en su fin en un “interés jurídicamente protegido” (Jhering)”, que implica una defensa y en este caso la defensa del derecho subjetivo es un deber moral, pues con el derecho subjetivo se defiende, al mismo tiempo el derecho objetivo; la lucha por el derecho significa, al propio tiempo, la afirmación de la propia personalidad, la lucha por la posibilidad de cumplir los deberes morales del hombre”(Radbruch & Roces, 1965). Ahora, “el término derechos humanos se utiliza para identificar un sistema de derecho positivo, que se vale de la técnica jurídica, para hacer efectivo un derecho

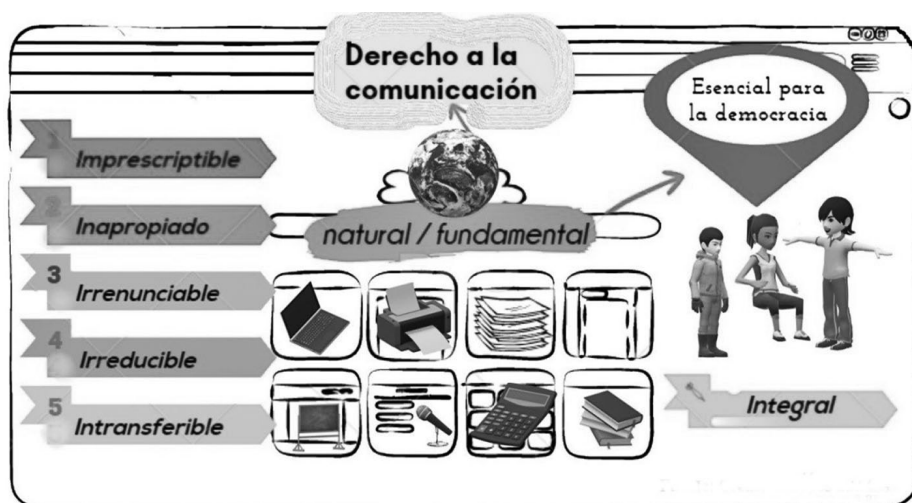
reconocido por el ordenamiento jurídico. Puede referirse a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, pero que en todo caso se le reviste de jurídico al llamarlo “derecho”(Peces-Barba, 1995). Los derechos humanos y fundamentales, “son condiciones indispensables para que pueda existir una democracia (Naranjo Mesa, 2000); Son atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer (Nikken, 1994), y son indispensables para que se pueda realizar investigación de cualquier tipo, y por ello el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997), han de garantizar los derechos subjetivos, los derechos humanos y fundamentales de los sujetos que someten a su proceso investigativo, y deben hacerlo bajo principios éticos y deontológicos.

El Derecho a la Comunicación es un Derecho Humano, porque podría decirse que se cimienta en los pilares que describe Peces-Barba, por cuanto se “fundamentan en tres dimensiones; una filosófica, una ideológica y una ciencias de los derechos humanos o derechos fundamentales (Nogueira Alcalá, 2003), que corresponde a una expresión lingüística producto de las conexiones culturales, relacionada con el contexto histórico, de intereses, de ideologías y de corrientes de pensamiento, que refleja una conceptualización de derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano, en un momento y en un época determinada” (Peces-Barba, 1995).

El Derecho a la comunicación, es un derecho que ha tenido un desarrollo connatural al ser humano, que poco a poco se ha ido socavando por los regímenes y sistemas limitantes del mismo, pues a pesar de ser acción, proceso y resultado en el discurrir humano, pasando por la familia, los clanes, el tribalismo, los protoestados, los reinos, imperios, las monarquías, los estados modernos, estados de la modernidad y la posmodernidad, la comunicación es y será un derecho humano, fundamental para la construcción de una persona y de la sociedad que no puede verse menguado por la voluntad y autoridad de unos frente a la voluntad y autoridad de otros. Pero que al mismo tiempo no es absoluto, sino que encuentra y debe tener unas limitantes dentro del marco de libertades del ser humano, pues no todo se puede comunicar y transmitir.

“El Derecho Humano a la Comunicación puede ser definido como atributo innato en el ser humano que le faculta irrestrictamente a desplegar cualquier forma de expresión/lenguaje para su participación social integral (política, cultural, etc.), mediante el intercambio (emisión-recepción) de mensajes de todo tipo (información, opinión, otros), el acceso y uso de medios a tal fin, junto a las condiciones de contexto necesarias y suficientes como para que todo ello pueda cumplirse, con lo cual será posible la manifestación y ejercicio de sus demás derechos. Es un concepto genérico pues cubre a los seres humanos en todas sus actividades sociales desde el momento mismo en que nacen hasta el instante en que mueren, sin distinción alguna por ninguna razón o circunstancia y siendo extensible a cualquier ámbito de interactividad social(Andrade Ruiz, 2013)”.

“Sobre la base de todo lo antedicho, podemos afirmar, entonces, que estamos ante un derecho humano que es: Natural (innato) y fundamental para todos los seres humanos, lo que lo hace imprescriptible, inapropiable, irrenunciable, irreducible, intransferible e Integral, porque abarca todo el proceso comunicacional. Matriz e integrador de conceptos, libertades y derechos relacionados que tuvieron desarrollo disperso. Articulador de los demás derechos pues sin él ninguno de estos es posible. Esencial para la democracia(Andrade Ruiz, 2013)”.



Fuente: Creación de los autores

En la conjunción acción, proceso y resultado, que permite la realización de la comunicación, se encuentra su eje principal que es un acto en este caso humano, que parte de la voluntad individual y colectiva, que se reconoce como innato-positivizado, que pertenece a su yo, con características universales que le corresponde a la persona humana como fin en sí mismo de una facultad abstracta y material. De ahí que se pueda categorizar como un derecho subjetivo referido a una facultad jurídica que tiene una persona para exigir de otra el cumplimiento de un comportamiento debido, y por ello que los seres humanos estamos en la posibilidad de exigir de los demás que nos permitan comunicarnos. Ello en tanto que “el derecho subjetivo implica, como concepto previo, el concepto de persona. Hacer de alguien una persona significa reconocerle como fin en sí, Las personas son fines en sí, a cuyo servicio se pone todo el orden jurídico”(Radbruch & Roces, 1965).

En tal medida que el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997), han de ver este derecho en doble vía, o mejor aún observarlo en un rol bipolar, lo que implica que de forma operante que: i) El sujeto activo que comunica, el emisor podrá ser “objeto-sujeto de investigación” porque da a conocer información, que recibe el receptor en este caso el sujeto pasivo que será uno el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997); en el otro rol ii) el sujeto activo será uno de los ya citados y frente a ellos en el rol pasivo se encontraría el “objeto-sujeto de investigación” que puede ser otro ser humano, o un colectivo de personas, de los cuales se habrá de comunicar unos resultados del proceso de investigación, pero respecto de los cuales ha de quedar claro que no todo se puede comunicar, en razón al principio inquebrantable de la dignidad humana; y por ello que al obtenerse una información o un dato hacía sea mínimo, se requiera que haya un consentimiento informado, mediante el cual se legitima el proceso de investigación y la actividad cognoscente.

3. Derecho a la Información

La información, es consecuencia o un producto de las constantes interrelaciones del ser con otros seres humanos, con el medio que lo rodea y la constante interacción con los objetos y sujetos que tiende a aportar una

idea o ideas conceptualizadas de su medio en el cual se desenvuelve, dicha información puede ser material e inmaterial, que siempre va a significar un dato o un conjunto de datos. La información puede ser pública o privada, a cada una de ellas se podrá acceder por medios y mecanismos idóneos que permitan tener una aproximación de las mismas y cada una tendrá un tratamiento diferenciador, desde el punto de vista normativo y procesal.

Manteniendo una línea descriptiva, se ha de encuadrar el derecho a la información en una trilogía cumulativa y no disruptiva, como un derecho subjetivo, derecho humano y derecho fundamental, que se cimienta en un principio de unicidad, al igual que el derecho a la comunicación que es la dignidad humana, por cuanto “Los derechos humanos han sido creados a partir del concepto de dignidad. Así, reconocer la dignidad del ser humano es respetarlo tal y como es. Por eso los derechos humanos nos permiten ser libres a la hora de decidir cómo somos (ideas, creencias, opiniones)”, por ello “atentar contra los derechos humanos es atentar contra la dignidad humana”; no atentar contra ellos depende de la voluntad del ser humano, y esa “voluntad de respetar los derechos representa un avance en la convivencia de los seres humanos. Norberto Bobbio considera que los derechos humanos son un signo de progreso moral en la humanidad”(Mestre Chust, 2016).

Los derechos humanos constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad. Los derechos humanos corresponden al conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas. (Carpizo, 2011).

“El derecho a la información es un derecho fundamental que subyace a la idea misma de sociedad democrática y que resulta determinante para garantizar el debido respeto de otros derechos humanos, este derecho usualmente se entiende como la libertad de los ciudadanos de acceder a la información sostenida por entidades públicas. Ha sido promovido por organizaciones internacionales como la Unesco, considerando que hace parte esencial en la sociedad del conocimiento (Fuenmayor, 2004)”. “En

efecto, con el fin de garantizar el ejercicio de la ciudadanía en la sociedad del conocimiento, el sujeto requiere de un permanente procesamiento de información para la toma de las decisiones que materializan su libertad; en este sentido, el acceso a la información resulta un derecho fundamental sin el cual no pueden satisfacerse otros”(Loreti, 1995) .

El derecho a la información es y se ha convertido en una facultad que permite acceder al conocimiento, el saber y el poder, de tal forma que el acceso a un dato o datos, que es lo que quiere el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997), nos debe acercar a la realidad veraz, pero que nos permite o permitirá tener una mentalidad local, regional, nacional e internacional, frente a la democratización del saber y del poder, en razón a que al acceso a la información posibilita el juego del rol accionante, participativo, y controlador del poder, de igual forma permite el intercambio de roles del poder, ya que el derecho a la información no sólo obedece a criterios excluyentes y mucho menos a los avances de la tecnología, pues el saber y el conocer plenamente dominados no deben ser utilizados como obstáculos para tener injerencia en el juego político del poder, de la educación y la investigación.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-094 de 1995, describió que “El derecho a la información cobija tanto a quien divulga datos como a quien los recibe. Las informaciones pueden circular en virtud de convenios interinstitucionales o sectoriales que permitan, en el campo económico, el funcionamiento de centrales de riesgos, destinadas a la protección de las entidades participantes, pero primordialmente a la preservación del interés colectivo inherente a la actividad crediticia. El derecho a la información no es absoluto, de donde resulta que no puede ser utilizado para revelar datos íntimos ni para lesionar la honra y el buen nombre de las personas a las que se refieren aquéllos” (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

De ahí debe tenerse presente i) El sujeto activo que comunica, el emisor podrá ser “objeto-sujeto de investigación” porque da a conocer información-datos, que recibe el receptor en este caso el sujeto pasivo que será uno el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997); en el otro rol ii) el sujeto activo será uno de los ya citados y frente

a ellos en el rol pasivo se encontraría el “objeto-sujeto de investigación” que puede ser otro ser humano, o un colectivo de personas, de los cuales se habrá de comunicar unos resultados-información-datos del proceso de investigación, pero respecto de los cuales ha de quedar claro que no todo se puede comunicar, en razón al principio inquebrantable de la dignidad humana.

Luego del difundido el concepto Estado de Derecho producto de la revoluciones liberales, en el que coadyuvo la Revolución Industrial para su búsqueda, de la intensificación de un Estado liberal capitalista acumulativo, luego de armonía, bienestar, intervencionista, hasta llegar a lo que es hoy un Estado Social de Derecho producto abierto a la franquicia y al neoliberalismo, los Estados que asumieron dicho contexto político y económico, como aquellos que han elegido el marco de un contexto socialista y comunista, se enfrentan luego de la segunda guerra mundial a un fenómeno creciente que ya había eclosionado, y que ha llegado para no retirarse del contexto mundial.

El Fenómeno es la Globalización que en el espectro estatal tiene una gran trascendencia, puesto que ya no es sólo en el contexto nacional, regional que se debe observar a un Estado y a la persona, sino que su contexto y espectro de acción se expande en un inminente radio de acción mundial, que ha desvalorizado o ha matizado el valor de la vida, la comunicación, la información-datos y de la intimidad propia de cada ser, es un fenómeno que debe también observado a la luz de la “revolución informática”(Valdés, 2011) que de acuerdo “De acuerdo a este entendimiento, la globalización no representa solo la posibilidad de expandir espacialmente los afanes humanos, sino que por sobre todo, implica la posibilidad de coordinar informáticamente, de modo simultáneo y en tiempo real, los procesos productivos”(Valdés, 2011).

Con ello, el Estado Centro de convergencia de intereses personales, familiares, locales, seccionales, nacionales y extranjeros, públicos y privados ha tenido que evolucionar para encontrar una dinámica argumentativa, propositiva de acción para garantizar a sus conciudadanos en el desarrollo de sus potencialidades del ser, conocer, saber hacer, e

incluso del tener; en tal sentido la construcción del ciudadano-usuario-investigador-jurista-“bioeticista” es uno de los tantos retos frente a un nuevo mundo globalizado – revolucionado mediante la informática, bajo la óptica de una ética, de una moralidad, de una transparencia y de una construcción en todo caso positiva de normas a fin de regular la conducta y el comportamiento humano, que más allá de una conveniencia actoral de la persona, debiera observarse por convicción.

El desarrollo de las libertades humanas, de sus garantías, debe ser una manera consecuente, no paquidérmica del sujeto y de la mega estructura estatal, pues en la confluencia de los intereses personales y de los fines estatales, se construye un complejo entramado de relaciones que deben encontrar en la convergencia de estas, no la obstrucción sino la complementación y la armonía, por ello que la investigación, lo jurídico y la bioética sirvan para resolver la inquietante desavenencia entre las libertades humanas y la construcción de la información y su masificación.

Es por ello que, ante las crecientes necesidades de un mundo globalizado y los constantes cambios, la persona y el Estado deben ser y estar abiertos al cambio en especial al cambio tecnológico, de la información, puesto que se enfrentan unos y otros a constantes cambios relacionados con la revolución tecnológica y de la información.

Revolución que ha sido de gran complejidad y que ha permeado todos aquellos ámbitos de la persona y de la estructura estatal, incluidas las libertades mínimas de cada persona, de la misma manera ha encontrado la forma de permitir el acceso al conocimiento y saberes aprendidos durante siglos de evolución humana, lo que abre las puertas a la gran esfera de un acceso masivo a información que puede llegar a perjudicar, poner en peligro y causar más daño en la vida de cada persona, como de su hábitat, ecosistema y factor biótico que lo rodea. De ahí que se afirme que “la revolución informática dispone a los individuos a buscar la interconexión, a preferir las relaciones virtuales, entendidas éstas, como las únicas verdaderamente posibles. De este modo, el ser humano vive conectado pero aislado; en la imagen de Zizek vive en un “solipsismo colectivo”. En consecuencia, la individualidad se pierde en el océano informático.

Mediante la navegación virtual se genera una identidad alternativa a la real; el individuo simula, miente, suplanta, transformándose en un personaje, en una caricatura de sí mismo. La alienación se ha consumado. En la era del ciberespacio, impera la esquizofrenia globalizada”(Valdés, 2011).

De ahí que es necesario, que frente a la yuxtaposición de una virtualidad en el marco de la globalización y la revolución informática, que el derecho a la información del que es titular el “sujeto-objeto de investigación” en su rol activo y pasivo, como el investigador, el jurista, “bioeticista”(Cely Galindo et al., 1997), en su rol activo y pasivo tenga que regularse positivamente pues cobija a ambos roles en tanto que respecto del investigado se solicita y se obtiene información, y del investigador, el jurista, “bioeticista”, obtiene información, emite unos resultados, divulga datos; en consecuencia que no sea absoluto dicho derecho pues ni el uno ni el otro ha de revelar datos íntimos obtenidos dentro del proceso de investigación.



Fuente: Creación de los autores

V. Habeas Data, su Relación con la Investigación y la Bioética

Una tensión constante que se presenta en muchos procesos en los que se obtienen datos, consiste en la manifiesta dinámica entre el derecho a la comunicación, la información y la intimidad de los “sujetos-objeto de

investigación” que asumen el rol pasivo sobre los cuales se investiga y se realiza la actividad cognoscente.

De la intimidad, vista como valor supremo, como facultad propia e interés innato del ser humano, se debe predicar que es necesario el reconocimiento positivo en los ordenamientos jurídicos, para poder brindar una protección jurídica superior y supralegal, lo cual se realiza mediante la consolidación de un derecho de carácter subjetivo que se va a denominar derecho a la intimidad. Las circunstancias que incumben a cada sujeto, corresponde a hechos de un momento histórico y un ambiente determinado, propios de la órbita humana, que quedan fuera del conocimiento de los demás, dentro de los cuales se encuentran: i) hechos que se desarrollan en el hogar y en otros lugares no tienen carácter público y no están abiertos al público; ii) hechos relacionados con el comportamiento sexual y funciones físicas de excreción; iii) que se refieran a circunstancias que correspondan a defectos físicos y anomalías psíquicas o físicas que no se encuentran manifiestas; iv) los secretos familiares; v) las circunstancias que constan en escritos privado; v) los hechos relacionados con correspondencia y comunicación amparada por la constitución; vi) los concernientes a angustia, dolor y otras formas de abatimiento. (Monreal, 1971).

El Derecho a la Intimidad es el derecho que toda persona tiene a mantener libre e inaccesible el plano de su vida en el cual se producen circunstancias, que sin justa causa no deben llegar al dominio público (Madrid-Malo Garizábal, 1997). Esas circunstancias corresponden a los hechos que se encuentran en el círculo más privado que los otros sujetos no tienen conocimiento, pero que debido a las investigaciones que realiza el investigador, jurista y bioeticista se accede en el ejercicio de los derechos a la comunicación y de la información y de la misma investigación. Del derecho a la intimidad se derivan otros derechos fundamentales: i) derecho de habeas data, ii) derecho a la inviolabilidad de correspondencia y cualquier comunicación privada, iii) derecho a la inviolabilidad de papeles privados, iv) derecho a la tranquilidad, v) derecho a inviolabilidad de domicilio, vi) derecho a la inviolabilidad del secreto profesional (Madrid-Malo Garizábal, 1997).

De dicha derivación encontramos el habeas data, cuya “raíz etimológica de ambas voces utilizadas (habeas y data) es explicada por Cretella Júnior -(1989)- , quien menciona “análogamente al habeas corpus, la expresión habeas data es formada del vocablo habeas, y data, acusativo neutro plural de datum, de la misma raíz que el verbo latino do, das, dedi, datum, dare igual a “dar”, “ofrecer”. Datum, singular de data es empleado por Propertio, en las Elegías, libro III, Elegía 15, verso 6: “nulliscapataLycinadatis” y por Ovidio, en las Metamorfosis, libro VI, verso 363, ambos con el sentido de “presentes”, “donativos”, “ofertas” y no con el sentido de “datos”. Los diccionarios de la lengua inglesa traducen “datum”, plural “data”, por “facts”, “thingscertainlyknown”; “no oravailable”. “En portugués, el data es traducido por “documentos”, “datos” (común en el lenguaje de la informática: procesamiento de datos). “Datos” son “informaciones”, que constan en archivos, en bancos de datos. “Informaciones relativas a las personas, que constan en registros o bancos son datos. Así habeas data al pie de la letra significa: “toma los datos que están en tu poder y entrégelos al interesado” o “brinda al interesado, mediante certificación, todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder que pueda defender él sus derechos en juicio” (Cretella Júnior, 1989; Muñoz de Alba Medrano, 2006; Puccinelli, 1999).

“Esta figura tomada del Habeas Corpus que significa que tengas el cuerpo, análogicamente Habeas Data, significa que tengas los datos, o que tengas la información, o que tengas los registros, es decir tomar conocimiento de datos propios en poder de otro. Hábeas, viene de habeo, habere, que significa aquí, o tener en posesión, y data, que proviene de datum, que significa hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos, de ahí que habeas data signifique que tengas los registros o los datos (Pérez Cazares & Eduardo, 1998)”. Como se puede apreciar la comprensión de habeas data, análogicamente se toma del aforismo latino “habeas corpus” que se refiere a que se presente ante el juez a una persona para garantizar la libertad personal en condiciones debidas; en consecuencia análogamente la expresión “habeas data” significa “que tengas los datos” o que “tengas los registros”, es decir, tomar conocimiento de datos propios en poder

de otro” (Pierini, Lorences, & Tornabene, 1999; Pérez-Luño Robledo, 2017). “El bien jurídicamente tutelado coincide con la intimidad y la privacidad de la persona, el honor, su imagen, y en síntesis los derechos de la personalidad, ya que todos los datos referidos a ella que no tienen como destino la publicidad o información innecesaria a terceros (Pérez Cazares & Eduardo, 1998)”.

El habeas data no se refiere a la libertad personal, sino que se refiere al interés de las personas concernidas para tener acceso a los datos personales que les afecta (Pérez-Luño Robledo, 2017), la intencionalidad del habeas data es garantizar derechos cívicos luego de la revolución informática (Othon Sidou, 1992; Pierini et al., 1999). El Habeas data es concebido como un sinónimo de la libertad informática y del derecho a la autodeterminación informativa, esto significa como “un derecho de habeas data”, que judicialmente se encauza por vía judicial tradicional que otorga otros derechos fundamentales en caso de su vulneración ya sea por el recurso de amparo en otras latitudes y acción de tutela en Colombia (Puccinelli, 1999). Es un instrumento de tutela cautelar de la libertad informática, asociado en las legislaciones sobre bancos de datos, que se ha incorporado como un instrumento garantista en las constituciones en América Latina (Zúñiga Urbina, 1997).

La fórmula utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán en 1983, el “derecho a la autodeterminación informativa”, tuvo por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y tener acceso a las informaciones que les conciernen, las cuales son archivadas en bancos de datos para controlar su calidad, lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión”(de Alba Medrano, 2004).

El habeas data según su categorización corresponde a un derecho instrumental, que en todo caso se relaciona con derechos específicos que se soportan en principios para el tratamiento de datos personales (Puccinelli, 1999). “Buscando definir sus alcances y contenido más completos (Sagües 1994), el habeas data debe brindar a la persona afectada protección

y mecanismo para obtener: a) Acceso a información de su interés o a conocer datos sobre su persona que se encuentran en archivos o registros. b) Actualización de informaciones o datos personales contenidos en archivos o registros. c) Rectificación de informaciones o datos inexactos. d) Exclusión o supresión de “datos sensibles” que, por su carácter personal o privado, no deben ser objeto de almacenamiento o registro a fin de salvaguardar la intimidad personal o la eventual no discriminación. e) Confidencialidad de informaciones o datos personales que, por su carácter reservado, no debe permitirse su difusión a terceros (secreto tributario, bancario o médico)” (Eguiguren, 1999).

El alcance del derecho de protección de datos, a través del habeas data, se soporta sobre una serie de principios tales como: i) la justificación social, ii) limitación de la recolección, iii) el de calidad o fidelidad de la información, iv) el de especificación de propósito de recogida, v) el de confidencialidad, vi) el de salvaguarda de la seguridad, vii) el de política de apertura, aseguramiento de la información por parte del público, viii) el de limitación en el tiempo, ix) el del control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios, x) el de participación individual (Puccinelli, 1999).

El habeas data tiene un alcance sobre los datos que producen una información, y por ello lo que se protege si bien se parte de comprender que pudieran ser los datos, lo que se protege en realidad es la información que pudiera surgir en relación a los datos. Se protegen los datos personales relativos a personas identificadas o identificables, que recaen sobre personas físicas sin exclusión alguna, amparando en concreto aquellos datos que pertenecen al ámbito cerrado y que no se encuentran abiertos al público y no se han comunicados, no se han publicado y que hacen parte de la intimidad de la persona (Puccinelli, 1999).

El derecho habeas data es entonces es una facultad que permite realizar la acción de protección de datos, mediante el instrumento procesal que a su vez permite proteger los datos antes mencionados de ciertas situaciones que alteran la “privacy”, la intimidad, el honor, la honra, la vida individual,

la vida en relación e incluso el plan de vida de una persona; esas situaciones son actividades desplegadas por otro sujeto- tercero al que no corresponde lo datos y que no hacen parte su órbita personal y que despliega una serie de acciones; estas situaciones pueden ser: i) que terceros no autorizados accedan a la información sin causa justificada, ii) que se almacenen los datos en lugares donde no se encuentre protegidos y a los cuales terceros puedan acceder, iii) se realice registro de datos de manera incorrecta, iv) que se mantengan los datos más allá del término que se ha establecido, v) que se realice un tratamiento ilegítimo de los datos registrados, vi) la transferencia no autorizada de los datos (Puccinelli, 1999).

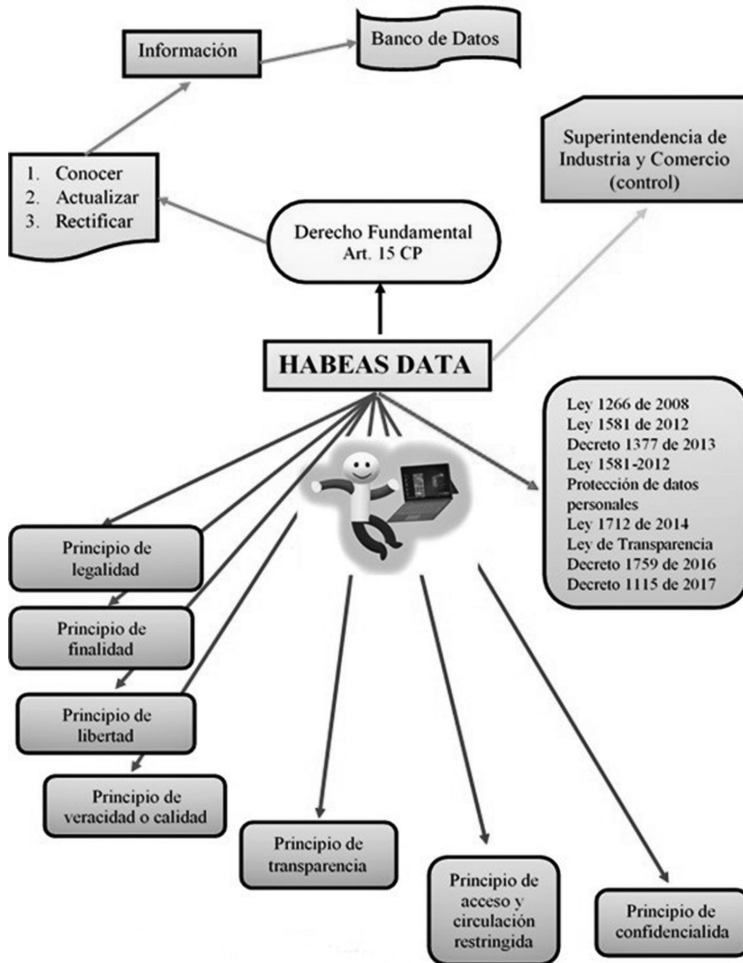
El ejercicio de proteger los datos puede materializarse a través de: i) normas jurídicas de carácter general, específicas, convencionales, constitucionales o legales, ii) normas sectoriales, iii) contratos, acuerdos, cláusulas de tratamiento de datos, iv) códigos de conducta o de ética, v) convenios internacionales (Puccinelli, 1999); ello significa que el alcance de protección es un alcance jurídico impositivo, del poder soberano, y del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que debe ser observado por los sujetos intervinientes en los procesos de investigación.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-094 de 1995, definió el Habeas Data como “derecho autónomo y fundamental plasmado en el artículo 15 de la Constitución, que permite a toda persona conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella hayan sido consignadas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, en defensa de sus derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre” (Corte Constitucional de Colombia, 1995). De donde se puede desprender que los sujetos intervinientes en los procesos de investigación pueden conocer, actualizar y rectificar información sobre los datos investigados.

El profesor Nelson Remolina Angarita, en su texto Habeas Data en Colombia, describe que “Según las voces del art. 15 de la Carta Política, las personas tienen derecho no solamente a conocer y a rectificar sino a “actualizar” las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos

de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. Lo primero implica la posibilidad que tiene el ciudadano de saber en forma inmediata y completa cómo, por qué y dónde aparece su nombre registrado; lo segundo significa que, si la información es errónea o inexacta, el individuo puede solicitar con derecho a respuesta también inmediata, que la entidad responsable del sistema introduzca en él las pertinentes correcciones, aclaraciones o eliminaciones, a fin de preservar sus derechos fundamentales vulnerados; lo tercero implica que el dato debe reflejar la situación presente de aquel a quien alude” (Remolina Angarita, 1994).

Por lo anterior teniendo en cuenta que la información en tratándose de asuntos de reserva de datos personales, la misma debe ser protegida y para ello la investigación, la ética, el Derecho y la bioética debe conjugarse sin dejar de observar que el acceso a la información si bien es una garantía constitucional, el mismo se encuentra dentro del marco de libertades positivas y bioéticas una restricción cuando se encuentra con la intimidad de la persona, ya que si accede a la información, quien accede a ella debe guardar la correspondencia entre sus funciones y la ética humana, y garantizar positivamente que no se va a vulnerar o masificar la información personal de una persona, de igual forma comprenderá la garantía para actualización, rectificación y exclusión o supresión de la información personal de la base de datos con el fin último de salvaguardar la dignidad humana y no utilizar la persona y la información como medios para lograr fines ilegales e incorrectos a la luz de la bioética.



Fuente: Creación de los autores

VI. Conclusiones

La investigación, la ética, el Derecho y la bioética deben enlazarse con el propósito específico en observar el derecho a la comunicación y la información como factor primordial dentro de la democracia, respetando libertades y a su vez garantizando constitucionalmente la protección del ser en cuanto ser, su intimidad, sus datos personales y salvaguardando uno de los elementos axiológicos de nuestra Constitución la dignidad humana, como valor supremo dentro de todo ámbito, ya sea público o privado.

El carácter del IusBioeticista apunta a que desde un ámbito interdisciplinar, se verifique la tensión que se encuentra dentro del derecho a la comunicación, derecho a la información, la intimidad y la protección de datos respetando los principios de la bioética los cuales son el de beneficencia, justicia y respeto, y a su vez un estudio holístico de los principios jurídicos del habeas data como lo son el de legalidad, finalidad, libertad, veracidad o calidad, transparencia, acceso y circulación restringida y el de confidencialidad.

El acceso a la información si bien es una garantía constitucional, el mismo se halla intrínsecamente en el cerco de libertades positivas y bioéticas, en una limitación cuando se tropieza con la intimidad de la persona, ya que si accede a la información, quien consiente a ella debe guardar la correspondencia entre sus funciones y la ética humana, y garantizar efectivamente que no se va a transgredir o socializar la información personal de un individuo, de igual forma entenderá la garantía para la actualización, rectificación y exclusión o supresión de la información personal de la base de datos con el fin último de salvaguardar la dignidad humana y no utilizar al sujeto y la información como medios para alcanzar fines ilegales e incorrectos a la luz de la bioética.

VII. Bibliografía

- Andrade Ruiz, F. (2013). *La comunicación como derecho humano y su extensión como derecho ciudadano a la comunicación política en democracia*. Tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información, Madrid. Retrieved from <http://eprints.ucm.es/21357/>
- Barba Guzmán, F., & Cabrera Parra, J. (2003). *Diagnóstico de Comunicación Interna, para la Universidad de las Américas-Puebla, elaborada para profesores de tiempo completo*. Universidad de las Américas Puebla., Retrieved from http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lad/barba_g_f/
- Bermúdez de Caicedo, C. (2006). Necesidad de la bioética en la educación superior. *Acta bioethica*, 12(1), 35-40.

- Bovero, M. (2000). *Contro il governo dei peggiori: una grammatica della democrazia*: GLF editori Laterza.
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales* , (25),. In (pp. 3-29).
- Cely Galindo, G. S., Angel, H., Arias Páez, G., Borrero Cabal, A., Escalante, M., Gaitán Pardo, J., . . . Lareo, L. R. (1997). *Bioética y universidad*: Instituto de Bioética.
- Correa, L., & Javier, F. (2008). Enseñar bioética: cómo transmitir conocimientos, actitudes y valores. *Acta bioethica*, 14(1), 11-18.
- Corte Constitucional de Colombia, S. P. (1995). Expediente T-46343. In *Sentencia T-094 del 2 de marzo de 1995*. Colombia: M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Cretella Júnior, J. (1989). Os “writs” na Constituição de 1988. *Rio de Janeiro: Forense Universitária*, 113 y 114.
- de Alba Medrano, M. M. (2004). El acceso a la información personal en el nuevo marco jurídico mexicano. *Derecho de acceso a la información pública: valoraciones iniciales*, 202.
- Drane, J. F. (1998). Origen y evolución de la bioética en Estados Unidos. *Médico Interamericano*, 17(6), 298-304.
- Eguiguren, F. J. (1999). *Poder judicial, tribunal constitucional y habeas en el constitucionalismo peruano*(Vol. 35).
- Escríbar, A., Pérez, M., & Villarroel, R. (1991). *Bioética: Fundamentos y dimensión práctica*: Editorial Mediterráneo.
- Espiell, H. G. (2005). *Ética, bioética y derecho*: Temis.
- Fuenmayor, A. (2004). El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. *San José: Oficina de la UNESCO para Centroamérica*.

- García, T., & Valverde Iniesta, J. J. (2015). Ética en la investigación. In M. C. A. C. d. Sanidad (Ed.), *Metodología de la Investigación y Práctica Clínica basada en la Evidencia* (pp. 35): Quaderna Editorial.
- Goikoetxea, M. J., & Etxeberria, X. (1998). *Introducción a la bioética*. Retrieved from
- Goñi Camejo, I. (2000). Algunas reflexiones sobre el concepto de información y sus implicaciones para el desarrollo de las ciencias de la información. *Acimed*, 8, 201-207.
- Hooft, P. F. (2005). *Bioética, derecho y ciudadanía: casos bioéticos en la jurisprudencia*: Temis.
- Loreti, D. (1995). El Derecho a la Información. Relación entre Medios,): El Derecho a la Información. Relación entre Medios, Publico y P ublico y P ublico y Periodistas eriodistas eriodistas. In: Buenos Aires: Paidós.
- López Ayllón, S. (1984). *El derecho a la información*(Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México ed., pp. 278).
- Madrid-Malo Garizábal, M. (1997). *Derechos fundamentales. conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*: Santafé de Bogotá: 3R Editores.
- Mamani Quispe, C. L. Ética en la Investigación. *Revista SCientífica*, 1.
- Mestre Chust, J. V. (2016). Los derechos humanos. In: Editorial UOC.
- Monreal, E. N. (1971). *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*. México: Siglo XXI.
- Muñoz de Alba Medrano, M. (2006). Habeas Data. In D. Cienfuegos Salgado & M. C. Macías Vázquez (Eds.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano Estudios de derecho público y*

- política* (pp. 1 - 22). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas*: Temis.
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. IIDH (ed.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, I*, . In (pp. 15-37).
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ospina G, L. F. (2001). *Ética en la investigación*.
- Othon Sidou, J. (1992). Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: mandamiento de ejecución y habeas data. *La Ley*, 1016.
- Peces-Barba, G., de Asís Roig, R., Liesa, CRF, y Cascon, AL. (1995). Curso de derechos fundamentales: teoría general. In: Instituto de derechos humanos Bartolom de las Casas, Universidad Carlos III Boletín oficial del estado.
- Pierini, A., Lorences, V., & Tornabene, M. I. (1999). *Habeas data: Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Universidad.
- Puccinelli, Ó. R. (1999). *El habeas data en Indoiberoamérica*: Editorial Temis, SA.
- Pérez Cazares, M., & Eduardo (Eds.). (1998). *El Habeas Data o Derecho a la Intimidad en el Derecho Informático*.
- Pérez-Luño Robledo, E. C. (2017). *El procedimiento de Habeas Data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson, S.L.

- Radbruch, G. (2007). *Filosofía del derecho*: Editorial Reus.
- Radbruch, G., & Roces, W. (1965). *Introducción a la Filosofía del Derecho*: Fondo de cultura económica.
- Remolina Angarita, N. (1994). El habeas data en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 7(15), 185-225.
- Sagües , N. P. (1994). Habeas Data: su desarrollo constitucional. *AAVV, Lecturas Andinas Constitucionales*, 3(3).
- Sartori, G. (2012). *La Política, Lógica y método en las ciencias sociales*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Valdés, E. R. (2011). Capítulo 4 Bioética, globalización y pluralismo: ¿Autonomía Individual o Justicia Social? In *Derecho y Justicia en el Pluralismo y la Globalización* (pp. 79): Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
- Varga, A. C. (1990). Bioética: principales problems. In *Bioética: principales problems*: Ediciones Paulinas.
- Zúñiga Urbina, F. (1997). 19. El derecho a la intimidad y sus paradigmas. *Ius et praxis*, 3(1).
- Ávila, M. G. (2002). Aspectos éticos de la investigación cualitativa. *Revista Iberoamericana de educación*, 29, 85-104.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA

UNA VISIÓN DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO

Catherine Díaz-Sanabria
Mady Juliana Montaña,
Nubia Catalina Monguí-Merchán

I. Introducción

El presente artículo realiza un estudio descriptivo, producto de la revisión de algunos instrumentos internacionales, documentos legales, y doctrina, respecto de la protección constitucional de la población Indígena en Colombia tomando como referente el pluralismo jurídico. Se justifica en tanto que es un estudio producto de la investigación “*Laboratorio de derechos fundamentales. Retos del departamento de Boyacá frente la cohabitación del sistema jurídico de la Comunidad Indígena U’wa y el ordenamiento jurídico pluralista del Estado colombiano*” adscrito a la Línea de Investigación “*Derecho Constitucional y Construcción Democrática*” (Colciencias, 2015), la cual se integra al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas CIS y que se encuentra reconocido por la Unidad de Investigación de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja y por Colciencias. El cual permite distinguir los conceptos de plurinacionalidad, interculturalidad, post colonialidad y neo territorialidad, haciendo un breve estudio sobre el nuevo constitucionalismo y los principios del pluralismo jurídico. Para tal fin se hace una descripción que permite estudiar las características de protección constitucional y legal que se brinda a la población indígena en Colombia.

II. Pluralismo Jurídico

El pluralismo como principio fundamental del Estado Social de Derecho que prioriza cuestiones como diversidad y diferencia, es producto de luchas reivindicativas y reconocimiento de la legitimidad de nuevas sociabilidades lo que implica nuevas características jurídicas, políticas, culturales y económicas que buscan adecuar la constitución a la realidad y necesidades de comunidades originarias, campesinas y afrodescendientes con aspiraciones de justicia y transformación.

La pluralidad, propia de sociedades democráticas y occidentales, no garantiza a priori el pluralismo y la tolerancia. Si se niega la existencia de una diversidad de valores y ponderaciones morales, algunas irreconciliables entre sí, se promueve la posibilidad de llegar a imponer al resto de los individuos el conjunto de valores que se considera correcto. En el sentido inverso, suscribir el pluralismo propicia el respeto y comprensión de una legítima diversidad valorativa. Sin embargo, éste no justifica necesariamente el respeto por las ideas, creencias y prácticas distintas o contrarias, y solo en el último tramo del siglo XX se ha constituido como una suerte de exigencia para la reflexión de la filosofía moral contemporánea. (Valdés Meza, E. R. 2011).

Colombia como Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const., 1991, art. 1)

Lo que implica en palabras de Boaventura de Sousa Santos el reconocimiento de un “constitucionalismo transformador” “con su nueva agenda y nueva concepción de constitución, coloca bajo cuestionamiento esa selectividad, implicando así una nueva relación entre Nación, Estado y Constitución”, ahora abierta a la diversidad y a la interculturalidad (Sousa Santos, 2012).

En este punto es importante resaltar que, bajo las tradicionales teorías del Pluralismo Clásico, se reconocen diversas realidades, campos sociales y

culturales como de experiencias propias y únicas, producto de la resistencia al Estado nación principalmente en la década de los 60, “involucra al conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reducen entre sí”. (Wolkmer, Veras Neto, Lixa, 2012 P. 88). “En este tipo de pluralismo se insertan las experiencias de normatividades que van más allá del Estado, como la justicia comunitaria, la justicia indígena, la justicia “quilombola” de los afro-descendientes, las rondas campesinas, justicia itinerante y otras”. (Wolkmer, 2015 P.185). En consecuencia, el pluralismo clásico determinó claramente la relación existente entre diferentes órdenes jurídicos con conceptos netamente disímiles, el reconocimiento de la importancia de la costumbre en culturas determinadas; y la dialéctica que se desarrolla en los ordenes jurídicos existentes en un mismo Estado.

Las nuevas teorías sobre el Pluralismo Jurídico desarrollan el concepto de distintos niveles normativos que pueden coexistir y estar interconectados en una sociedad, pero que gozan de cierto grado de independencia respecto del orden central. Es por ello que este supone una dualidad entre el centralismo y pluralismo jurídico, si bien es cierto el pluralismo conlleva inmersamente el pluralismo socio-cultural, que emerge de un derecho consuetudinario, teniendo en cuenta sus usos y costumbres en el “marco sociológico y antropológico” del derecho en la sociedad.

Es así que la percepción de que los sistemas culturales contenían un tipo de “derecho” se veía reafirmada por el hecho de que esa práctica, en las relaciones culturales, era consistente con la noción de un derecho nativo. Los juristas y los antropólogos del derecho eran llamados para que distinguieran las normas culturales jurídicas de las sociales, políticas o morales. El proceso mismo de ocuparse de esta tarea, a pesar de las dificultades y de la sospecha que surgiría más tarde entre los propios antropólogos y a la propia idea de derecho consuetudinario, ayudó a consolidar la presunción de que existía el “derecho” no estatal. (Tamanaha, B. 2007).

Lo cierto es que de las dos teorías se puede extraer el reconocimiento de nuevas formas de ordenamientos normativos que van más allá de las generadas propiamente por el Estado. Al respecto la Constitución Política de Colombia establece:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. (Const., 1991, art. 246)

Sin embargo, las instituciones políticas, jurídicas y sociales aún no tienen claro como coexisten estos dos sistemas ni los retos o el manejo que debe darse a las tensiones que dicha relación genera y como estos, afectan la consolidación de lo que los constituyentes denominaron la “Constitución Pluralista”.

Podría afirmarse que no existe una materialización frente al reconocimiento de sus funciones jurisdiccionales pues no es un secreto que dentro de los diferentes departamentos no existen políticas públicas frente a la protección de los derechos producto de la misma tensión.



Fuente: Creación de los autores

III. Protección Constitucional de la Población Indígena en Colombia

La población indígena es una de las poblaciones que ha tenido que vivir en condiciones de desigualdad, viéndose sometida a las imposiciones del mundo occidental, sin que se respete sus tradiciones ancestrales ubicándolas en posición de desventaja frente a la protección de derechos que deberían ostentar por parte de los Estados, sus costumbres ancestrales, sus creencias religiosas, tradiciones sociales ideológicas y políticas son vulneradas y desconocidas por personas no indígenas y por los mismos Estados donde se encuentran ubicadas sus tierras y por ende su sustento, lo que termina con la pérdida de su identidad cultural y la pérdida de su territorio; sin embargo, sigue persistente su lucha por conservar y reivindicar sus derechos de identidad, derechos sobre la tierra, el territorio, suelos, bosques, vegetación, animales, y minerales.

En palabras de Rodolfo Stavenhagen en el capítulo *Derecho Consuetudinario Indígena En América Latina* “Los Estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las costumbres y los valores de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos”.

Para lograr la protección de los pueblos indígenas se desarrolló el concepto de “autodeterminación de los pueblos” concepto que concibió la Organización de las Naciones Unidas tras la finalización de la primera guerra mundial como un presupuesto de desarrollo y reconocimiento de su condición política, económica, social y cultural, con el objeto de que todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [...]. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. (DNUPI. 2007).

De conformidad con lo establecido en el Convenio de la OIT N ° 169 de 1989, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 4 de marzo de 1991, que deroga el Convenio 107 de 1957, introduce mayores elementos con respecto a la participación y a la identidad indígena, definiendo

que los pueblos indígenas descenden de pueblos que habitaban en “un país o una región geográfica durante la conquista o la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales” y “conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Mediante el mencionado Convenio los Estados deben promulgar acciones que garanticen su integridad y consultar las medidas legislativas y administrativas que permitan gozar, en pie de igualdad y sin discriminación, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; que promuevan la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, e instituciones que sean compatibles con sus aspiraciones y formas de vida.(art. 2).

Por tal razón, desde la concepción de protección internacional de los derechos humanos, y producto de las constantes luchas por reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, la comunidad internacional ha hecho esfuerzos por consolidar normas de carácter universal que se expresan en la conformación de nuevos status políticos económicos y territoriales y la instauración de nuevas relaciones entre los Estados y las comunidades ancestrales.

Porejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas del 13 septiembre 2007; “en consacrant le droit à l’autodétermination des peuples autochtones” inscrit dans la lignée des grands textes internationaux relatifs aux droits de l’homme et dans une logique d’internationalisation progressive de ces droits [consagrando el derecho a la autodeterminación de los pueblos autóctonos se inscribe en la línea de los grandes textos internacionales relativos a los derechos del hombre y en la lógica de internacionalización progresiva de los derechos]” (Abdallah, 2014, p. 61). Y que refleja la reivindicación de los pueblos originarios como una coyuntura a la que el derecho nacional está llamado a reconocer en su relevancia.

Y es en tal sentido, bajo las directrices internacionales, que el derecho interno, por vía constitucional, va reconfigurando lo normativo reflejando

las dimensiones “estructural y simbólica” y que significa según indica Ghislain Otis l’inscription de « l’ancestralité » des droits autochtones dans le droit étatique exprime la continuité juridique essentielle entre l’autochtonie contemporaine et les ancêtres des temps précoloniaux. Elle distille aussitout la problématique des sources des droits ancestraux dans le droit positif. Si les autochtones tiennent leurs droits des ancêtres, c’est que ces droits plongent leurs racines dans un terreau juridique précolonial (...) en soulignant la « préexistence » des droits ancestraux par rapport au droit étatique [la inclusión de “lo ancestral” del derecho autóctono en el derecho estatal expresa la continuidad jurídica esencial entre la autonomía contemporánea y los ancestros de tiempos pre-coloniales. Ella condensa también toda la problemática de las fuentes de derechos ancestrales dentro del derecho positivo. Si los indígenas mantienen sus derechos ancestrales, es que estos derechos están enraizados en una base legal pre-colonial, (...) al enfatizar la “preexistencia” de los derechos aborígenes en relación con la ley estatal] (2014, p. 72)

Desde esta perspectiva la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-266 de 1999 estableció que: “de la existencia de las jurisdicciones especiales se desprende el derecho de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas a un fuero, en virtud del cual, se confiere el derecho a dirimir sus controversias por las autoridades propias, acorde con su cosmovisión, normas, procedimientos, costumbres, dentro de su ámbito territorial y a fin de garantizar el respeto por la especial cosmovisión de la persona” (Sentencia T -266 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Lo que implica un derecho subjetivo de los pueblos a ser considerados culturalmente diferentes, a establecer su propio idioma, formas de gobierno y de relaciones sociales y a proteger su territorio propio y particular donde existen.

Partiendo de lo desarrollado por Boaventura de Sousa Santos, es necesario distinguir los conceptos plurinacionalidad, interculturalidad, neoterritorialidad y postcolonialidad, así:

1. Plurinacionalidad

Es consensual en bastantes Estados del mundo. Existen muchos Estados que son plurinacionales verbigracia Canadá es plurinacional, Suiza es plurinacional, Bélgica es plurinacional. Entonces, históricamente, hay dos conceptos de nación. El primer concepto de nación es el concepto liberal que hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado; es decir, nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado y por eso en los Estados modernos se llaman Estados-nación: una nación, un Estado. Pero hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado. Por ejemplo, sabemos cómo los alemanes fueron, en Europa central y oriental, durante mucho tiempo, una nación sin Estado porque su identidad era una identidad cultural y no una identidad política. Aquí podemos ver que esta segunda tradición de nación, la tradición comunitaria, es la tradición que los pueblos indígenas han desarrollado. Este concepto de nación conlleva un concepto de autodeterminación, pero no de independencia. Nunca los pueblos indígenas han reivindicado, ni en el mismo Canadá, la independencia. Han reivindicado formas más fuertes o más débiles de autodeterminación. (De Sousa Santos, 2009)

Autodeterminación entendida como la libre determinación dentro del marco jurídico internacional, y dentro del Estado los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación en el cual instauran libremente su situación política, económica, cultural y social. Para ello la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha tomado decisiones relevantes en lo que tiene que ver con autonomía y autodeterminación dentro de su jurisprudencia, además de la (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) que señala en su artículo 3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, y su Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. (DNU DPI. 2007)

Y dentro de la autonomía el doctrinante (Valdés, E. R. 2011) manifiesta que: la idea de autonomía como capacidad funciona muy bien con las personas consideradas incapaces de autodeterminarse, tales como los niños, los deficientes mentales, y aquellas en estado vegetativo persistente, entre otras. Aunque este asunto también ha llevado a importantes controversias, existe un considerable consenso respecto de que tales tipos de personas requieren ser representados en sus decisiones, porque han perdido la capacidad de tomarlas por ellas mismas. Y aquí adquieren sentido práctico las distinciones anteriores, ya que el hecho de que estas personas sean representadas en sus decisiones implica que solo han perdido la capacidad y no el derecho a la autodeterminación.

Entonces está aquí la idea de que la plurinacionalidad obliga, obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, como vamos a ver, es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado. (De Sousa Santos, 2009, p. 17)

2. Interculturalidad

Tiene esta característica que no es simplemente cultural, sino también política y, además, presupone una cultura común. No hay interculturalidad si no hay una cultura común, una cultura compartida. ¿Cuál es la cultura compartida en las sociedades plurinacionales? Es la manera específica de cómo cada sociedad organiza su plurinacionalidad, su convivencia plurinacional. Es decir, es la nación compartida, la cultura común, la cultura compartida. Es de esta manera cómo estas sociedades van creando formas de convivencia intercultural de manera específica. Por eso Bolivia no puede copiar a Bélgica, Bélgica no puede copiar a Canadá. Las sociedades son distintas. India, por ejemplo, es un ejemplo muy interesante de plurinacionalidad; hoy, con un sustrato constitucional muy fuerte. (De Sousa Santos, 2009, p. 18)

Es así que la interculturalidad desde un derecho intercultural, se presenta como un principio (democrático, político-cultural y jurídico) que implica en su génesis la reinención del Estado y la Nación como pluriétnico, en

que se reconoce de hecho y derecho los modos de vida, conocimientos, lenguajes, religiones ancestrales, autogobiernos, territorios, la economía, el medio ambiente, los sistemas y organizaciones jurídicas, lo que conlleva a determinar que los derechos culturales no son lo único y determinante para hablar de un pluralismo jurídico, sino en reconocer que ésta apenas es una de muchas formas jurídicas que pueden existir en la actualidad por la transversalidad intercultural en dichas formas en la interculturalidad de lo jurídico. (Gallego Marín. J. 2015, p. 48).

3. Neoterritorialidad

La idea de que con la globalización todo se iba a desterritorializar, todo iba a ser global se ve empañada por la repentina importancia que cobra el territorio y la tierra como aspectos centrales. Todos los teóricos occidentales habían dicho que la tierra y el territorio iban a perder influencia en el mundo del siglo XXI y que serían una cosa residual. Por el contrario, hoy hay una reivindicación y demanda de tierra y territorio muy fuertes en el continente Latinoamericano, en África y en Asia. Es una demanda que tiene diferentes formas: rurales, pero también urbanas. Los bloqueos de Oaxaca, los bloqueos de El Alto, los bloqueos de los piqueteros en Buenos Aires, son modos de apropiación de la ciudad, son otras formas de territorialidad que no estaban en los esquemas convencionales. (De Sousa Santos, 2009, p. 18).

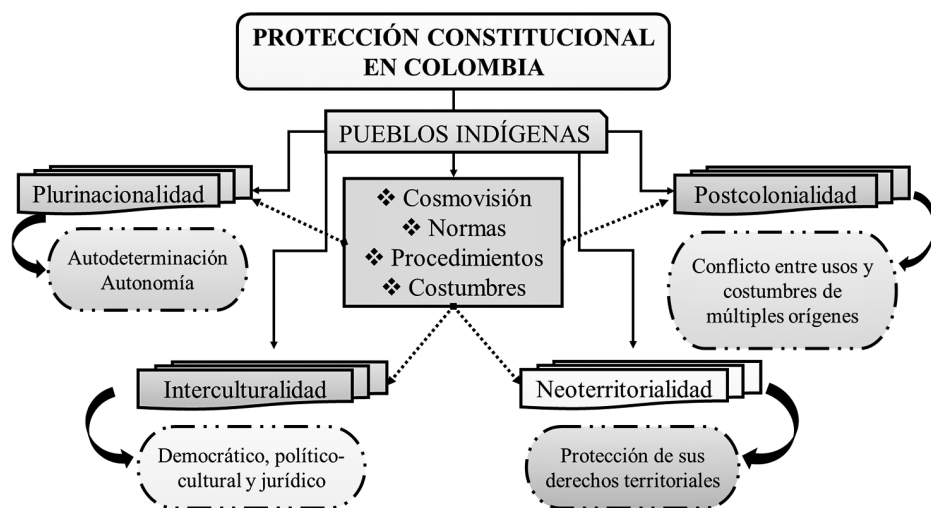
Desde tiempos inmemoriales las comunidades indígenas han tenido especial arraigo a la tierra, está en la cual tienen su asentamiento y se desarrollan, además como medio de sustento y vida en comunidad, si bien es cierto que ellos tienen un excepcional cuidado con la naturaleza y el territorio mismo. Para (Kymlicka. 1996) enuncia el hecho mismo de los conflictos étnicos y el mundo donde los pueblos indígenas tienen el deber de cuidado y la protección de sus derechos territoriales.

4. Postcolonialidad

Es el reconocimiento de que el colonialismo, como decía, no terminó con la independencia y que entre la independencia y el postcolonialismo va pasar un período muy largo. Por ejemplo, solamente desde el año pasado,

184 años después de la independencia, Brasil ha reconocido que es una sociedad racista y que necesita de una acción afirmativa, de un sistema de cuotas y discriminación positiva. Hasta ahora la también tensión social de las poblaciones afrodescendientes era considerada un problema de clase, no tenía especificidad; ahora se reconoce que además de un problema de clase es también un problema racial y que para combatirlo es necesaria la acción afirmativa. Y esto es doloroso para la gente, porque ella fue criada en Brasil en la idea de la democracia racial y ahora ve que, finalmente, era una sociedad racista porque, por alguna razón, el 95% de los negros son pobres, mientras que solo el 40% de la población blanca lo es. Hay aquí algo que no es simplemente la clase, sino que es otra cosa la que está por ocurrir y, por eso, el reconocimiento de racismo es correcto para eliminarlo. Debemos reconocer el racismo cuando es necesario para eliminarlo. Ésta es la idea de la postcolonialidad que lleva consigo dos cuestiones muy importantes para tomar en cuenta. Una, que el Estado no puede ser culturalmente neutro porque si es neutro, objetivamente, favorece a la cultura dominante; y dos, la cuestión de la memoria; vamos a vivir un período en el que algunos no querrán recordar y otros no querrán olvidar la historia pasada por las injusticias históricas que fueron cometidas en el período largo del colonialismo. (De Sousa Santos, 2009, pp. 18-19).

Así, la propuesta de Boaventura De Sousa Santos, induce la necesidad de acercarse a la reconfiguración de las relaciones de los grupos humanos y lo jurídico en medio de realidades sociales que incluyen la presencia de varias naciones en un mismo territorio, la convergencia y choque entre usos y costumbres de múltiples orígenes, las cargas de los poderes hegemónicos del pasado que allí se implantaron y que por supuesto llama a la nueva comprensión de lo local en medio de la globalización. Sin embargo, resulta indispensable hacer ese acercamiento a grupos humanos específicos y estudiar nuestro entorno cercano, en el cual se evidencia esta relación.



Fuente: Diagrama creación de los autores

Desde el aspecto normativo en Colombia, es importante resaltar la reforma constitucional de 1991 y la preminencia que se le dio a la inclusión de principios pluralistas.

La Constitución política, como norma de normas y pilar fundamental del ordenamiento jurídico, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica; desarrolla un reconocimiento al pluralismo, evidenciando que las comunidades indígenas dejan de ser una realidad fáctica para convertirse en verdaderos sujetos de derechos, en virtud de ello los reconoce así:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (artículo 7) y es obligación del Estado proteger las riquezas culturales (artículo 8). Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe. (artículo 10). Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural (artículo 68). Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63).

Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales,

que deben ser reglamentados por ley (artículo 72). Reconoce como nacionales colombianos a los indígenas que compartan en territorios fronterizos, a condición de reciprocidad (artículo 96).

Dentro de la participación política, crea cargos de senadores y un número a reglamentarse de hasta cinco representantes a elegirse en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (artículo 176). Establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes (artículo 246). (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2015, párr. 6-12)

A su vez, dichos principios han sido desarrollados a través de normas y decretos. La Ley 21 de 1991, ratifica el Convenio 169 de la OIT, anteriormente referido; y se consagra entre otras cosas el “Derecho a la autonomía y autodeterminación, Derechos territoriales, Derechos sociales y culturales, Derecho propio, Derecho a la participación, Derecho a los recursos naturales, Derecho al trabajo, Derecho a la salud, Derecho a la educación, Derechos políticos” (Ley 21, 1991). Por su parte, la Ley 99 de 1993 y que “regula lo concerniente a la explotación de los recursos naturales, establece que “debe realizarse sin menoscabo de la identidad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras, las decisiones deben tomarse previa consulta a los dirigentes de las comunidades” (Ley 99, 1993, art. 73).

Esta ley concreta la función del Estado frente al reconocimiento de la participación y la protección de especial de los derechos, integridad, diversidad étnica y cultural, en el contexto ambiental de los proyectos.

Igualmente, el Decreto 1396 de 1996 “crea la comisión nacional de territorios indígenas y crea el programa especial de atención a los pueblos indígenas”, el Decreto 1397 de 1996 “Reglamenta lo concerniente a los otorgamientos de licencias ambientales señalando la importancia de los estudios de impacto sobre los pueblos o comunidades indígenas, respetando sus derechos. Los estudios se realizarán con la participación de las comunidades y organizaciones”.

Por su parte, la jurisprudencia ha protegido a las comunidades indígenas y ha aportado a la consolidación del nuevo constitucionalismo colombiano. En primer lugar, la Sentencia C-463 de 2014 señala que:

Se reconocen a las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales, diferenciando que dichas comunidades no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de éstos, pues no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos, reitera que la acción de tutela es el mecanismo adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-463, 2014)

De modo similar la Sentencia T- 198 de 2011 da cuenta de las “comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional-Reiteración de jurisprudencia” (Corte Constitucional, Sala séptima, Sentencia T 198, 2011).

En Colombia los pueblos indígenas se encuentran reunidos como organización desde el año de 1982 cuando “se reunieron en Bosa más de 1.500 representantes del centenar de los pueblos indígenas que habían sobrevivido a la evangelización, a la expansión terrateniente y a la expoliación comercial” (Molano, 2012, párr. 1). La conformación de la Organización Nacional Indígena ONIC, tal y como lo relata Alfredo Molado Bravo, incluyó la movilización, el establecimiento de normas y la lucha armada.

Fue el último capítulo de una larga y accidentada historia de intentos que se remonta a fines del siglo XIX, cuando los indios de la Sierra Nevada de Santa Marta llegaron a pie desde su territorio a pedirle al gobierno su intervención para detener el robo de tierras por parte de los hacendados y el de niños por parte de los curas. Quizá de allí salió la Ley 89 de 1898, que todavía rige y que fue el marco legal para la creación de resguardos. El indígena Quintín Lame continuó esta lucha en los años 20. Encarcelado, perseguido con saña, logró sin embargo crear —como se dice hoy— un

corredor de lucha indígena entre Popayán y Chaparral y agitar en Bogotá, frente a los “altos poderes”, las banderas indígenas.

Su enfrentamiento con la aristocracia caucana fue radical. En el fondo, reivindicaba lo de siempre: territorio, cultura y autoridad. Lo acusaron de fundar una “república indígena”. La violencia de los 50 paralizó las luchas indígenas porque siempre su gente ha sido carne de cañón. Fue también la época en que cazaban indígenas guahibos como venados en los Llanos Orientales. En la agitación agraria del 69 y el 70 se volvieron a oír voces ancestrales en defensa de sus tierras. El Incora las oyó: a los inganos y kamtsás del Valle de Sibundoy les reconoció el derecho a parcelas que eran haciendas de los capuchinos. No obstante, el Frente Nacional no pudo —o no quiso— detener la ampliación de los latifundios en Cauca, Huila y Tolima en detrimento de los resguardos. Los indígenas hicieron causa común con los campesinos de la Asociación de Usuarios Campesinos (ANUC), donde encontraron protección y respaldo. Nació entonces en 1971 el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC). La respuesta fue el asesinato, la persecución y el encarcelamiento de sus dirigentes. En 1980 volvieron a reunirse representantes indígenas de todo el país en Lomas de Ilarco, sur de Tolima, en el primer encuentro indígena nacional, que creó la Coordinadora Nacional de Gobierno Indígena, la que dos años después se transformó en ONIC. La Constituyente del 91 estableció una circunscripción especial y la Constitución reconoció el derecho a sus territorios, a sus leyes y a sus autoridades (ONIC, 2015, párr. 2). La Organización Nacional Indígena de Colombia refleja la existencia de niveles de gobierno y jurisdiccionales al interior del Estado colombiano.

Como corolario de lo anterior se puede determinar que al existir un reconocimiento material y efectivo de un pluralismo jurídico se busca llegar a tener la posibilidad de dialogar con toda la riqueza cultural y social colombiana de los diferentes pueblos originarios, teniendo en cuenta su identidad lo que permitirá a los colombianos proteger las diferentes culturas y porque no estudiar las más de 70 lenguas nativas como prioritarias.

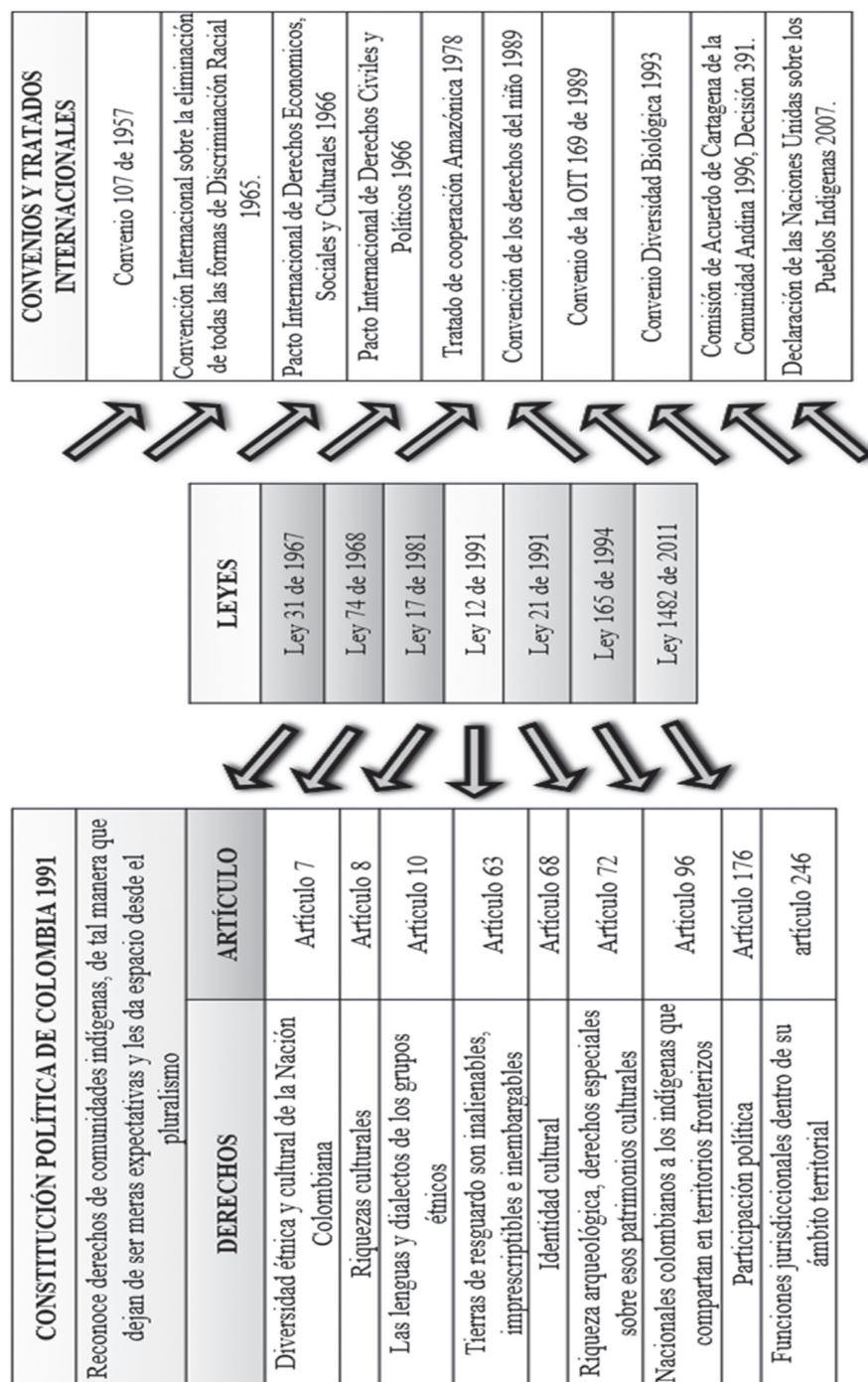
El derecho resulta de vital importancia no solamente como herramienta de control, sino también de emancipación de las culturas ancestrales frente

al Estado Colombiano, como reconocimiento efectivo en lo que tiene que ver con sus prácticas, conocimientos, lugares y territorios sagrados en el marco de un equilibrio.

La incorporación al ordenamiento jurídico colombiano del convenio 169 de la OIT verifica la manifestación por parte de un Organismo Internacional, respecto al reconocimiento de las Comunidades Indígenas, lo que permite respetar cada una de sus identidades, sus saberes alternativos y emergentes, lo que permite un mejor desarrollo político- institucional que amplía el ejercicio de la democracia y permite nuevas formas de participación en el desarrollo jurídico político del país, permitiendo el reconocimiento de los pueblos originarios, los afro- descendientes, otras minorías y movimientos sociales lo cual se podría entender como comunidades independientes, pero tomadas como unidad del Estado colombiano.

La sociología jurídica juega un papel muy importante y fundamental frente a la tensión existente de los múltiples ordenamientos jurídicos aparentemente reconocidos en la constitución de 1991, pues se deben comprender y conocer las diferentes culturas indígenas de tal suerte que al interactuar y conocer sus necesidades (racismo, la propiedad privada, sacrificios a la madre tierra entre otros), permitirá intentar una posible mediación y reconocimiento material de sus derechos pudiéndose generar a futuro políticas públicas efectivas enfocadas en su protección y respeto convirtiéndose de esta forma un pluralismo jurídico de tipo comunitario-participativo.

El concepto de diversidad enmarca infinidad de factores que deben ser tenidos en cuenta en el Estado colombiano; diferentes formas de pensar, de sentir, de vivir que deben ser protegidas por los diferentes agentes del Estado lo que conlleva a la ruptura del paradigma de fundamentación filosófica, de visión antropocéntrica, a favor de un “giro biocéntrico” que reconoce a las comunidades ancestrales y que permite una evolución del monismo político y jurídico, hacia la incorporación y práctica de un pluralismo jurídico, de tipo creador privilegiando, la confluencia y convivencia entre diversas instancias de jurisdicción y diversos contenidos interculturales consagrados veladamente en la Constitución.



Fuente: Creación de los autores

IV. Conclusiones

Podría afirmarse que no existe una realización frente a la declaración de sus funciones jurisdiccionales indígenas, pues no es un secreto que dentro de los diferentes departamentos no existen políticas públicas frente a la protección de los derechos producto de la tensión entre centralismo y pluralismo jurídico.

El Estado moderno, es un Estado que tiene una sola nación, y hay que combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado, para así integrar el valor del hecho generador en discusión del Estado y los pueblos originarios.

El derecho es importante como instrumento de control y también de independencia de las culturas ancestrales frente al Estado Colombiano, en declaración positiva en lo que tiene que ver con sus prácticas, conocimientos, lugares y territorios sagrados en el marco de un equilibrio jurídico.

La sociología y la antropología jurídica juegan un papel fundamental en la tensión existente de los múltiples ordenamientos jurídicos presuntamente reconocidos en la Constitución Política de 1991, ya que deben estudiar minuciosamente cada una de las comunidades que hacen parte de nuestro territorio y así permitir desde el marco jurídico y desde el campo democrático y participativo elaborar políticas públicas que no solo queden en el papel, sino que minuciosamente tengan efectivos reconocimientos de derechos desde el principal que es la vida, dentro del pluralismo jurídico de tipo comunitario-participativo.

Hacen falta políticas públicas que protejan realmente a las comunidades indígenas en todo su esplendor y en cada uno de sus territorios, no basta solo entregar territorios o restituir tierras y dejarlos a la suerte, pues son estas comunidades indígenas las que velan por cuidar de las fuentes hídricas, de los nacimientos hídricos, de pervivir en una sociedad que se ha encargado de desaparecerlos y no darles el valor que bien merecen, desde la protección a la dignidad humana y de sus usos, costumbres y tradiciones.

V. Bibliografía

- Abdallah, A. A. (2014). *Revue Québécoise de droit international. Réflexions critiques sur le Droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans la déclaration des Nations Unies du 13 septembre 2007*, (27.1), 61-85. Recuperado de https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQDI_27-1_3_Abdallah.pdf
- Bernal Gómez, B. (2010). Historia y derecho. En Bernal Gómez, B. *Historia del derecho* (11-22), México: UNAM.
- Colciencias. (2015). Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas. En Plataforma Scienti – Colombia. Recuperado de <http://scienti.colciencias.gov.co:8085/gruplac/jsp/visualiza/visualizagr.jsp?nro=00000000004537>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Capítulo XI Los derechos de los indígenas en Colombia. En Country Report. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.11.htm>
- Congreso de la República. (4 de marzo de 1991). Aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. [Ley 21 de 1991]. DO: 39.720.
- Congreso de la República. (22 de diciembre de 1993). Política pública ambiental de Colombia. [Ley 99 de 1993]. DO: 41.146.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis
- Corte Constitucional, Sala de Tutelas. (7 de Marzo de 2000) Sentencia 266 de 1999. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de julio de 2014). Sentencia C-463. MP María Victoria Correa.

- Corte Constitucional, Sala Séptima. (23 de marzo de 2011). Sentencia T-198. MP José Ignacio Pretelt.
- Chenaut, V. & Sierra, T. (2006). Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: Las corrientes anglosajonas. En: *Antología Grandes Temas de la Antropología Jurídica* (pp. 27-58), México: RELAJU
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea General. Sexagésimo primer período de sesiones. New York, septiembre, 2007^a.
- De Sousa Santos, B. (2007). La reinención del estado y el estado plurinacional. En F. Garcés (Presidencia). Asamblea Territorial, Santa Cruz.
- Fernández, F. (2002). El análisis de contenido como ayuda metodológica para la investigación. *Revista de Ciencias Sociales*, (II), 96. 35-53
- Gallego Marin. Joaquín Andrés. (2015). Derecho Intercultural “Escenario y Prospecto en el Departamento de Risaralda desde los Fallos Judiciales”. Editorial Universidad Libre de Pereira.
- Geertz, C. (2004). *CurrentAnthropology. WhatIs a StateIfItIsNot a Sovereign? ReflectionsonPolitics in Complicated Places*. 45 (5), pp. 577-593. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/10.1086/423972>
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2010). Metodología de la investigación (5ta. ed.). D.F., México: McGraw Hill.
- Ianello, P. (2015). Pluralismo Jurídico. En: Zamora Fabra, J. L. & Nuñez Vaquero, A. (edit). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*. (767-790), México: Unam.
- International Labor Organization. (2015). Convenio 169 de 1989. En Publication. Recuperado de <http://www.ilo.org/wcmsp5/>

groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

International Labor Organization. (2015). Convenio 169 de 1989. En Publication. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Jerez Tegría, J. G. (2018, mayo 21). Conversación personal.

Kymlicka, Will. (1996) Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Paidós.

Malinowski, B. (1986). El país de los habitantes del distrito del Kula. En Malinowski, B. *Los argonautas del pacífico occidental*. (43-64). Barcelona: Planeta.

Ministerio de Cultura. (2015). Caracterización de los pueblos indígenas de Colombia. En Dirección de poblaciones. Recuperado de <http://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/PUEBLO%20UWA.pdf>

Ministerio del Interior. (8 de agosto de 1996). Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y se crea el programa especial de atención a los Pueblos Indígenas. [Decreto 1396 de 1996]. DO: 42.853.

Molano Bravo, A. (26 Feb 2012). La ONIC, 30 años. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-328683-onic-30-anos>

Navarro, P. & Díaz, C. (1998). **Análisis de contenido**. En: Delgado, Juan Manuel y Gutiérrez, Juan (coords.). *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, (177-224). Madrid: Síntesis

ONIC. (2015). U'wa. En Pueblos. Recuperado de <http://www.onic.org.co/pueblos>

- Pospisil, L. (1967). *The Journal of Conflict Resolution. Legal Levels and Multiplicity of Legal Systems in Human Societies*. 11 (1). 2-26. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/172928>
- Presidencia de la República. (8 de agosto de 1996). Comisión Nacional de territorios Indígenas y la Mesa permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas. [Decreto 1397 de 1996]. DO: 42.853.
- Stavenhagen R. (2006). *Derecho Consuetudinario Indígena En América Latina*. En: *Antología Grandes Temas de la Antropología Jurídica* (pp. 15-26), México: RELAJU
- Tamanaha, Brian Z. (2007). La Insensatez del concepto “científico social” del Pluralismo Jurídico. Pluralismo Jurídico/ Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá: Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Valdés, E. R. (2011). Capítulo 4 Bioética, globalización y pluralismo: ¿Autonomía Individual o Justicia Social? In *Derecho y Justicia en el Pluralismo y la Globalización* (pp. 79): Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
- Vanderlinden, J. (1993). *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif. Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique*, (1), 573-583. Recuperado de http://www.institut-gouvernance.org/IMG/pdf/vanderlinden_nouvelle-approche-pluralismejuridique.pdf
- Wolkmer, Antonio Carlos; Veras Neto, Francisco Q.; Lixa, Ivone M. (Orgs.) (2012). *Pluralismo Jurídico: Os Novos caminhos da contemporaneidade*. 2ed. São Paulo: Saraiva.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2015), *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. https://www.ustatunja.edu.co/images/01-USTATunja/05-USTA-Tunja-ProgramasAcademicos/Pregrado/Derecho/2019/Documentos/Boletin/Boletin_Laboratorio_de_derechos_fundamentales_Uwa_actividades_2018.pdf

ANEXOS

Laboratorio de derechos fundamentales. Retos del departamento de Boyacá frente la cohabitación del sistema jurídico de la Comunidad Indígena U'wa y el ordenamiento jurídico pluralista del Estado colombiano” adscrito a la Línea de Investigación “Derecho Constitucional y Construcción Democrática”¹⁶

(Fotografías trabajo de campo a la comunidad indígena U'WA- noviembre 2018)



¹⁶ https://www.ustatunja.edu.co/images/01-USTATunja/05-USTA-Tunja-ProgramasAcademicos/Pregrado/Derecho/2019/Documentos/Boletin/Boletin_Laboratorio_de_derechos_fundamentales_Uwa_actividades_2018.pdf





FOTOGRAFÍAS VISITA AL RESGUARDO INDÍGENA U'WA CUBARA-
DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

TENDENCIAS INVESTIGATIVAS CONTEMPORANEAS EN MATERIA AMBIENTAL DESDE EL DERECHO.

Una reflexión de las experiencias académicas
investigativas

Juan Carlos Sosa-Ruiz

I. Introducción

Sin lugar a duda, la protección ambiental en nuestra contemporaneidad es relevante para el mundo en general y la investigación que frente a este tema se realice es más que una tendencia, una necesidad, varias de las circunstancias que preocupan al mundo en general se desprenden de las temáticas ambientales, y es allí donde la visión desde el derecho se hace imprescindible con sus aportes investigativos como ciencia que regula nuestras actividades como humanos.

Conforme a lo anterior y a la globalización de los temas ambientales y su relación propia con el derecho, encontraremos que los antecedentes teóricos y prácticos aparecen en el orden internacional para luego recaer en el local, por esta razón el objetivo mismo de este capítulo se centrará en contextualizar en primera instancia el avance de las temáticas ambientales relacionadas con el derecho y en segunda instancia describiendo parte de las tendencias investigativas que desde allí se desprenden, agrupando dichas tendencias investigativas en tres grupos de los cuales se hará un señalamiento general y estructural que sirva como base de nuevas investigaciones con obstáculos en su configuración lo que en muchas ocasiones se convierte en impedimentos para el correcto abordaje de las temáticas ambientales desde el derecho.

El método básico y descriptivo de este artículo, parte de generalidades que vislumbran una serie de temáticas inmersas y optativas en las tendencias investigativas desde el derecho en temas ambientales, considerándose allí conceptos y factores interdisciplinarios que brindan una amplitud de circunstancias a investigar y que transversalmente convierten al investigador jurídico y socio jurídico en un técnico del derecho ambiental que se saldrá de lo netamente jurídico para relacionar el derecho con otras ciencias como lo son la Biología, la Ingeniería de minas, la Ingeniería ambiental, la ingeniería de petróleos, la geología, la economía etc que agrandan indiscutiblemente su espectro investigativo y que le permitirá dar una mejor aplicación a su profesión y a sus técnicas de investigación, es este un marco general para focalizar posibles intenciones investigativas en temas ambientales desde el derecho.

II. Contexto de la Investigación Ambiental desde el Derecho.

1. CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN AMBIENTAL DESDE EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

El medio ambiente y su protección a partir del derecho, en nuestra época contemporánea, más allá de una moda o de una tendencia pasajera, nos indica una relación inexorable predicable incluso a partir de la filosofía con la teoría propia del pacto social Jacques Rousseau 1762 en donde discusiones como la prevalencia del interés general sobre el particular, incluyéndose allí la protección del medio ambiente, sobre salen, frente a la obligatoriedad que adquiere el estado a partir de ese pacto social para que por intermedio de una herramienta como el derecho regule y administre el medio ambiente. (Rousseau, 1999)

Por lo anterior, y frente a la evolución misma de la sociedad que determina gradualmente un ascenso en las preocupaciones ambientales, es el derecho, la ciencia que como definió (Kant, 1788) *crítica de la razón práctica* 1788 “*El derecho se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia*” la ciencia que determinara nuestra coexistencia desde el punto de vista ambiental.

La evolución del derecho ambiental a lo largo de la historia y haciendo referencia puntual al derecho ambiental colombiano ha dependido y sigue dependiendo del derecho internacional. Es a partir de las decisiones internacionales que ha surgido prácticamente toda la normatividad ambiental local, el contexto internacional a propósito de un contexto investigativo es el que detenta la aparición de distintos conceptos, como lo puede llegar a ser el de “ecología” formulado por primera vez en 1866 por el jurisconsulto alemán HAECKEL (1834-1919) (Haeckel, 2020).

Es precisamente por la característica propia de internacional del derecho ambiental que el contexto inicial de la investigación en materia ambiental vista desde el derecho inicia por parte de los investigadores con el acercamiento de la evolución internacional en materia de preocupaciones ambientales y sus consecuentes regulaciones a través de tratados o convenios internacionales.

El hombre y la naturaleza interactúan y es a partir de esta relación que surgen los conflictos que paradójicamente encuentran para este caso en particular, que una de las partes antes reseñadas, como interactuantes, el hombre, termina haciendo las veces de sujeto activo y a la vez pasivo sobre las diferentes actuaciones que en la naturaleza se ejerzan, esto desde el punto de vista del derecho ya que tiene que ver con la afectación que pueda llegar a tener el hombre sobre su salud a causa de una afectación al medio ambiente. Por esta razón y a pesar de que se ha venido evolucionando en la normatividad y el derecho, podríamos decir que esta rama, la del derecho Ambiental es relativamente joven, los primeros estudios que pueden catalogarse para efectos de este capítulo “investigaciones”, aparecen a finales del siglo pasado y precisamente con un enfoque académico y es cuando surgen publicaciones como la de «Hombre y Naturaleza» Man and Nature, (Marsh, 2013) Silent Spring o primavera silenciosa de la bióloga Rachel Carson (Carson, 1962), “Los Límites al Crecimiento” MEADOWS 1972 el club de roma (Zazo & Bisbal, 2018) entre otros que inician una visualización de la problemática ambiental en el mundo y que por su misma categoría nos compete a todos.

Es precisamente en 1972 en donde el medio ambiente y su protección a través del derecho adquiere una relevancia mundial significativa con la conferencia de las Naciones Unidas en Estocolmo sobre “el medio humano” (Unidas, dpublico .org, 1972) conocida también como la primera cumbre para la Tierra, la cual sin duda alguna es un referente histórico para el desarrollo normativo en materia ambiental en el mundo y que da cuenta de un antecedente ineludible dentro de las investigaciones en materia ambiental desde el derecho.

A partir del hito histórico reseñado anteriormente, y ya con el liderazgo de la mayor organización internacional existente y que como propósito se fija “la paz, la dignidad y la igualdad en un planeta sano” (Unidas, Naciones Unidas , 2020), se fijan reuniones de su asamblea que dan como resultado las bases propias del derecho ambiental internacional y fijan un camino para el desarrollo normativo particular de los estados, es así como aparece “la carta a la naturaleza” en 1982 que trae consigo cinco principios de conservación según los cuales debe guiarse, y ser juzgada, toda conducta humana que afecte a la naturaleza estos son:

1. Se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales.
2. No se amenazará la viabilidad genética de la tierra; la población de todas las especies, silvestres y domesticadas, se mantendrá a un nivel por lo menos suficiente para garantizar su supervivencia; asimismo, se salvaguardarán los hábitats necesarios para este fin.
3. Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la tierra como en el mar; se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitats de las especies o en peligro.
4. Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan.
5. Se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad. (Unidas, 1982)

Una vez más el desarrollo del derecho internacional da pasos en pro de establecer de manera inicial preceptos para los diferentes desarrollos normativos que se avecinaban en materia ambiental y las iniciativas investigativas empiezan a convertirse en una tendencia particularmente desde el derecho, surgen entonces de manera progresiva y paralela al desarrollo mismo de la sociedad una serie de informes, tratados, convenios, protocolos entre los que encontramos:

- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985)
- Informe Brundtland (1987)
- Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991)
- Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992)
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 1992)
- Protocolo de Kioto (1997)
- Cumbre de la Tierra de Johannesburgo (2002)
- Conferencia de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Río+20, Río de Janeiro, 2012)
- Acuerdo de París (2015)
- (Unidas, Naciones Unidas , 2020)

Lo anterior termina determinando 2 circunstancias que de una u otra forma contextualizan las diferentes iniciativas de investigación, por un lado, la progresiva afectación al medio ambiente que detenta los documentos antes reseñados, así como un contexto histórico que predica un punto de partida en el análisis de cualquier tipo de investigación en lo ambiental desde el derecho, y por otra parte la necesidad indudable de aplicar una metodología de investigación socio jurídica por la naturaleza misma de la temática a investigar “ el medio ambiente” lo cual puede ceñirnos a lo que nos refiere (Giraldo J. y., 2002) quien define en su estudio al derecho como una ciencia fáctica, explicado esto de como a partir de hechos como los que de tracto sucesivo vienen ocurriendo respecto de la naturaleza en el mundo nos impulsan a realizar investigación de tipo socio jurídica.

Los temas ambientales, aunque notoriamente novedosos y convenientes desde el punto de vista de la investigación se revisten de un paradigma ambiental (teoría Socio Cultural de Lev Vigotsky) (Otros, 2017) que nos dice la indudable inclinación investigativa por la cultura ambientalista hoy en día más trascendental para las nuevas generaciones que les genera inquietud en especial por la relevancia misma del concepto de desarrollo sostenible “el desarrollo sostenible como la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. (Informe titulado «Nuestro futuro común» de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) (Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2020) es por esto que como consecuencia de lo anterior el contexto contemporáneo para la investigación ambiental desde el derecho es propicio para la investigación socio jurídica, pero este contexto no solo podría describirse desde la visión internacional, por lo cual se da paso a la local.

2. CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN AMBIENTAL DESDE EL DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO.

Reiterando un poco lo mencionado anteriormente, es claro que nuestra normatividad ambiental colombiana surge como consecuencia del desarrollo internacional y aunque en este texto, solo de manera explicativa se diferencien los contextos internacional y local, la visión debe ser mundial en seguimiento de preceptos como el establecido por nuestro actual papa Francisco en su encíclica Laudato si en la que habla de “nuestra casa común” (Francisco, 2015). En Este mismo sentido se puede mencionar a René Dubois (1901-1982) quien adujo “Piensa globalmente, actúa localmente”

Como se mencionó antes, un punto relevante en la historia del derecho ambiental y del surgimiento de las tendencias investigativas en materia ambiental desde el derecho fue el año 1972, para el caso colombiano luego de este hito internacional aparece para los años 1973 y 1974 dos de las normas que aún son cimientos o bases de nuestra regulación ambiental,

ellas son la ley 23 de 1973¹⁷ y el decreto 2811 de 1974¹⁸ este último hoy aun nuestro código de los recursos naturales.

De este punto de partida se da inicio a un desarrollo legislativo en materia ambiental impulsado fundamentalmente a partir de la Constitución de 1991 la cual fue caracterizada de tres maneras distintas en tres tiempos distintos, antropocéntrica inicialmente, en la cual el ser humano es el centro de las disposiciones ambientales, en segundo lugar, se proporciona una visión biocéntrica que reconoce al medio ambiente como un bien jurídico que debe tutelarse y se reconocen sanciones como medio preventivo, y por último, un enfoque de ecocéntrica, sobre el cual no basta con proteger este derecho sino que se deben tomar todas las medidas necesarias para la preservación de los recursos naturales (Constitucional, 2020).

Frente a un análisis de tiempos y teniendo en cuenta el contexto internacional ya delimitado para la fecha de nuestra nueva Constitución, la misma se convertía en un precedente local de lo que iba ocurrir en el año 1992 a nivel internacional con la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en 1992 la cual declara 27 principios en torno a la protección ambiental, acogidos en el año siguiente es decir en 1993 en nuestra legislación local a través de la ley 99 de 1993 que se convierte en la columna vertebral de la estructura estatal y legal del derecho ambiental, creándose allí el sistema nacional ambiental “SINA” (LEY 99 DE 1993)¹⁹

Era claro entonces que nuevamente el insumo de nuestra normatividad ambiental local procedía del desarrollo internacional, pero en este caso ya con un avance significativo nacional como era el “SINA”, el cual de una u

¹⁷ Artículo 1. Es objeto de la presente ley prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente, y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional.

¹⁸ Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

¹⁹ ARTÍCULO 1o. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La Política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

otra forma organizaba nuestra estructura estatal en materia ambiental y lo ligaba ahora con la normatividad desarrollada hasta ahora, la cual se veía mucho más fortalecida por los direccionamientos de orden constitucional (Constitución de 1991) que le daban un rango e importancia al tema, el cual analizado desde la pirámide kelseniana (Hans Kelsen 1934 TEORIA PURA DEL DERECHO) y desde estudios de su teoría como el de Pablo Lucas Verdú que determinaba estas jerarquías de la siguiente manera “Cada una de las jerarquías que constituye una civilización presenta un esqueleto de estructura arborescente, cuyas ramas convergen hacia un ápice formado por el principio fundamental del respectivo sector”²⁰ (Verdu, 1989) determinan una jerarquización de los derechos de los ciudadanos frente a una ambiente sano que no ponga en peligro su salud y consecuentemente su vida.

Este análisis particular del Español Verdú, nos permite pensar entre otras cosas, como las circunstancias que se vivían para la época de nuestra nueva constitución y que como se evidencio en el contexto internacional, respecto del medio ambiente y su regulación era mayoritaria y cada vez más prioritaria, ameritaba una preferencia investigativa y normativa que aun en la contemporaneidad se mantiene, así como la continuidad de la preocupación por los temas ambientales, los cuales de hecho se han ido en ascenso con el paso mismo de los años y del desarrollo de las sociedades, que dan ahora nuevas ramificaciones a partir de esta llamada arborescencia que en si se vuelven diversas ramificaciones a explotar desde la investigación como se verá adelante, pero que convergen al final en un mismo sector y este es el ambiental visto fundamentalmente desde el derecho.

Vale la pena entonces, desde este contexto, analizar algunas normas jerarquizadas desde la Constitución de 1991, que en seguimiento a lo mencionado con anterioridad por parte de la Corte Constitucional en cuanto a lo eco centrista de nuestra carta, nos determina un sector o una categorización de los derechos ambientales vistos no solo en relación con otros derechos como el de la vida, la salud, la propiedad y otros, sino con los desarrollos internacionales inmersos y por incluirse en nuestro

²⁰ Pablo Lucas Verdú, español catedrático de Derecho Constitucional, y miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (1923-2011).

ordenamiento a través del llamado bloque de Constitucionalidad, así, de esta forma, queda claro que frente a la tendencia investigativa en temas ambientales vistos desde el derecho, por lo menos de manera general, la primera fuente normativa contextual de toda investigación de carácter socio jurídica nos debe conducir al articulado mismo de la carta y sus distintos desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y normativos, tomando a esta punta piramidal como la primera fuente en la tendencia investigativa socio jurídica tal como se expone por parte de Giraldo Angel en su obra Metodología y técnica de la investigación jurídica (Giraldo J., 2012).

Así las cosas, encontramos que los artículos a destacar de la Constitución Política de Colombia para efectos del contexto nacional son:

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio. (Constitución 1991)²¹

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

²¹ Es a partir de esta primera fuente investigativa socio jurídica de donde surgen las inclinaciones y tendencias investigativas por el choque normativo para el caso entre el derecho a la propiedad privada y sus funciones.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (Constitución 1991)

Junto a estos tres artículos relevantes en materia ambiental desde la Constitución y que no son los únicos, apareciendo acciones Constitucionales preferentes en materia de la protección del medio ambiente, el cual a partir de allí logra una caracterización como derechos colectivos, estas dos acciones son la acción popular y la acción de grupo que vienen a ser reglamentadas posteriormente en el año 1998 por la ley 472 pero que se originaron en:

Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (Constitución 1991).

De esta forma entonces, se encuentra la primera base o fuente investigativa en materia ambiental vista desde el derecho, que, además, marca una tendencia desde el mismo constitucionalismo, arraigado esto no solo al contexto recaído internacionalmente y recibido localmente, sino por la creación misma de instrumentos o acciones constitucionales que por su misma naturaleza le dan una jerarquización y priorización al tema, es por esta razón que vale la pena el determinar para efectos del contexto y de la tendencia investigativa el por qué la protección del medio ambiente se determina como un derecho de característica colectivo es así como Pérez, Moreno y Martín Mateo, primero concibe el derecho ambiental como “el ordenamiento que garantiza y disciplina el goce colectivo inherente

a los bienes ambientales, velando por su integridad natural”, el segundo señala que “el derecho ambiental es el derecho que incide en conductas individuales y sociales para prevenir y remediar las perturbaciones que alteran el equilibrio del ambiente” (Iópez & Ferro, 2006).

Jesús Jordano Fraga también señala:

*... la titularidad del derecho al medio ambiente es de disfrute y es plural. Es de disfrute porque otorga al sujeto únicamente el goce del derecho, pero se reconoce la titularidad dominical a otra persona (existen bienes ambientales de propiedad privada). No podría ser de otro modo: los bienes ambientales son res comunes Ómnium. no siendo posible su enajenación alteración en beneficio individual. Al sujeto sólo se le reconoce una titularidad de disfrute. La titularidad del derecho es también plural porque ese derecho pertenece simultáneamente a cada uno de los miembros que forman la colectividad.*²² (Iópez & Ferro, 2006).

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que la determinación del derecho a un ambiente sano, incluso protegido constitucionalmente, se categoriza dentro de los derechos colectivos por su relacionamiento desde el derecho público, no por esto asegurando que con las otras ramas del derecho no existe conexión como se explicará adelante, pero es indudable que frente al interés general predicado desde la protección al medio ambiente se logra que el mismo recaiga sobre las bases de derechos colectivos por la misma protección que los mismos necesitan y predicen.

Así las cosas, no solo encontramos un precedente y una fuente de investigación inicial en materia ambiental vista desde el derecho, sino que de manera indirecta pero confluyente aparecen instrumentos para su reclamación y protección como lo son las acciones populares y de grupo, ramificación que puede marcar a nivel investigativo un nuevo nicho dentro de las tendencias contemporáneas de investigación en materia ambiental vistas desde el derecho, por esta razón vale la pena resaltar de la ley 472

²² (Jesús Jordano Fraga, La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. J.M. Bosch Editor. Barcelona, 1995. pag 500)

de 1998²³, norma que desarrolla el artículo 88 de la Constitución Nacional lo siguiente:

ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. (ley 472 de 1998)

En su artículo 4 encontramos la definición de cuáles son los derechos e intereses colectivos en los siguientes literales:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; (ley 472 de 1998)*

Es claro entonces y de manera reiterativa que nuestra normatividad incluye el concepto de medio ambiente como derecho colectivo, pero adicional a esta caracterización le brinda unos componentes adicionales en materia de su protección como lo son la evitación del daño mediante el cese del peligro o amenaza, lo que definitivamente bajo la interpretación normativa y la

²³ ARTICULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de qué trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal.

investigación socio jurídica realza la motivación o tendencia investigativa frente al medio ambiente desde el derecho, como quiera que además de los instrumentos constitucionales de acción, esta innovación jurídica, determina, que se puede anticipar vulneraciones al medio ambiente con su mera amenaza circunstancia que ya de plano amerita una investigación.

Evacuado ya este precedente Constitucional y normativo frente a las tendencias propias de la investigación en materia ambiental, para finalizar este contexto nacional y determinar al fin cuales han sido entonces luego de este plano general las tendencias investigativas objeto de este capítulo, debemos mencionar algunas normas referentes en materia ambiental que terminan de forma paralela ramificando aún más las temáticas ambientales y simultáneamente proporcionando precedentes e insumos investigativos que a pesar de la contemporaneidad no pueden desconocerse por que marcan unos antecedentes que a la vez inciden en las tendencias propiamente dichas, estas normas son:

<i>NORMA</i>	<i>CONTENIDO</i>
Ley 23 de 1973	Principios fundamentales prevención y control de la contaminación aire, agua y suelo y otorgó facultades al Presidente Expedición Código de los R.N
Dec. Ley 2811-1974	Código Nacional de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente.
Ley 99 de 1993	Crea el Ministerio del Medio Ambiente y organiza el SINA.
Ley 388 de 1987	Ordenamiento Territorial Municipal y Distrital y POT.
Ley 491 de 1999	Define el seguro ecológico y delitos contra los R.N
Dec. 1220 de 2005 Dec. 2820 de 2010 Dec. 2041 de 2014	Se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre L.A
Dec. 1076 de 2015	Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible."

Cuadro 1: De autoría propia, a partir de la generalidad de normas ambientales sujetas a investigación.²⁴

²⁴ Claramente no es un recuento total de la normatividad ambiental, es una generalidad como punto de partida a una investigación.

- Algunas normas adicionales:
- Ley 1333 de 2009, la cual determina el régimen sancionatorio ambiental, una de las tendencias a explicar adelante.
- Decreto 2372 de 2010, por medio del cual se crea el “SINAP”²⁵ Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Y las últimas leyes plan determinas así sucesivamente, Ley 1450 de 2011, Ley 1753 de 2015 y ley 1955 de 2019 las cuales se han convertido en parte supletoria integral en el sector ambiental de nuestro país en temas trascendentales como delimitación de páramos, participación ciudadana, ordenamiento territorial entre otras.

Con todo lo anterior podemos entonces tener un panorama contextual que nos lleva a pensar la multiplicidad de temas ambientales que pueden determinar una tendencia investigativa desde el derecho, vale la pena mencionar que los temas ambientales como tal, se revisten de una característica interdisciplinar que hace que los abogados o los estudiantes de derecho terminen investigado conceptos no solo socio jurídicos sino propios de otras disciplinas como la Ingeniería Ambiental, la biología, la geología, la ingeniería de minas, la ingeniería de petróleos, la sociología, la arqueología, la economía y unas tantas más convergentes en los temas ambientales y que de hecho son parte esencial para el correcto entendimiento de las temáticas.

Frente a esa multiplicidad de temáticas y de ciencias convergentes en materia de investigación ambiental, resultaría interminable las posturas vistas como tendencias frente a particularidades temáticas objeto de investigación vistas desde el derecho, marca para esta delimitación entonces un punto significativo el que las definamos desde la contemporaneidad ubicando tres grandes grupos de tendencias investigativas en materia ambiental vistas desde el derecho, estos son:

²⁵ Se presentan confusiones por las siglas respecto del SINA, una cosa es el SINAP (decreto 2372 de 2010) y otra el SINA (ley 99 de 1993)

- PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES
- RESPONSABILIDAD ESTATAL.
- EL DERECHO AMBIENTAL EN RELACIÓN CON LA INDUSTRIA EXTRACTIVA Y ENERGÉTICA.

III. Procedimientos Ambientales

Como todas las ramas del derecho, la actualidad del desarrollo internacional y local en materia normativa del derecho ambiental, determina la existencia de derecho ambiental sustantivo y derecho ambiental procesal, para el caso particular a desarrollar dentro de estas tendencias contemporáneas en investigación ambiental desde el derecho, los procedimientos no vistos solo desde la procesabilidad del derecho ambiental sino incluso bajo la óptica de la gestión ambiental y nuevamente la interdisciplinariedad de los distintos tramites emergen sin duda alguna como una de las tendencias investigativas en materia ambiental.

Podríamos entonces agrupar los diferentes procedimientos o tramites de gestión ambiental, bajo los siguientes grupos:

- Obtención de “permisos menores”²⁶.
- Obtención de Licencia Ambiental.
- Proceso sancionatorio Ambiental.

Así como hablábamos de multiplicidad de temáticas ambientales, multiplicidad de ciencias convergentes y como observamos multiplicidad de procesos y tramites ambientales, los antecedentes en materia ambiental hasta antes del año 2015 en nuestro país marcaban un sin numero de normatividades particulares y específicas para cada uno de los procedimientos, aglomerados finalmente mediante el decreto 1076 de 2015 que en el párrafo final de sus consideraciones dice “Que el objeto de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en

²⁶ Diferenciación personal del autor de esta clase de permisos con respecto a la licencia ambiental.

el sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo, se hace necesario expedir el presente Decreto Reglamentario Único Sectorial” (decreto 1076 de 2015) sin embargo y a merced de lo anterior en materia investigativa es imperante la obtención de antecedentes por lo cual como veremos adelante mencionaremos algunas normas que contribuirán en la tendencia investigativa expuesta.

- **OBTENCIÓN DE PERMISOS MENORES:**

1. **Concesión de aguas superficiales (Decreto 1541 de 1978)**
2. **Explotación de aguas subterráneas(Decreto 1541 de 1978)**
3. **Concesión de Aguas subterráneas(Decreto 1541 de 1978)**
4. **Permiso de vertimientos (Decreto 3930 de 2010)**
5. **Aprovechamiento forestal (Decreto 1791 de 1996)**
6. **Ocupación de cauce(Decreto 1541 de 1978)**
7. **Emisiones atmosféricas(Decreto 948 de 1995)**

Aunque para el caso de estos permisos, así como el que se vera adelante tendiente al licenciamiento ambiental pareciera que la argumentación o la sustentación desde lo jurídico no es prioritario y fundamental, como quiera que su base es la realización de estudios desde otras ciencias como la Ingeniería ambiental, el que los mismos y su tramite lleven consigo una decisión administrativa por parte de una autoridad ambiental infiere de plano la presencia del derecho, tanto en el control de legalidad por parte de la autoridad, como en el debido proceso frente a los usuarios o solicitantes de los permisos, sin hablar que los mismos luego de ser otorgados llevan consigo un seguimiento continuo que determina la presencia misma del derecho frente nuevamente a las decisiones que puedan tomarse en este seguimiento continuo, lo que hace que en ese relacionamiento de particulares y estado o en ocasiones del mismo estado frente a tramites permisivos como los antes reseñados genere una tendencia investigativa como quiera que a pesar de lograr un avance significativo en la unificación

de las normas ambientales a través del decreto 1076 de 2015, su inestabilidad manifiesta visto desde sus precedentes normativos como los expuestos en el cuadro No 1 visto anteriormente en donde el decreto 1220 de 2005, el decreto 2820 de 2010 y el 2041 de 2014 que reglamentaban el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licenciamiento ambiental fueron cambiando y derogándose en intervalos de tiempo cortos, al respecto nos dice Ana María Castro

Hoy en día, la expedición de normas en este sector se ha convertido en un mar de derogatorias expresas y tácitas. Las vigencias no sobrepasan los dos años, ya sea porque cada gobierno decide aportar su granito de arena al sector, modificando la legislación vigente, para incluirla en su Plan de Desarrollo, o porque simplemente deciden buscar y modificar los errores de las normas después de que éstas han sido expedidas. (Castro, 2020)

Lo anterior definitivamente determina una serie de conceptos en estos trámites ambientales que incitan al investigador a ahondar en la problemática, los vacíos normativos, la inseguridad e inestabilidad jurídica, la falta de claridad en el procedimiento en sí mismo abre campo para investigaciones desde el derecho que conllevara no solo el análisis propio desde lo jurídico sino la interdisciplinariedad del asunto.

Estos permisos menores, ubicados para efectos del presente capítulo dentro de esta tendencia y en comparación con la que sigue respecto al licenciamiento ambiental, nos visualiza desde ya que no siempre estos permisos van ligados a un licenciamiento ambiental, sino que de manera independiente pueden surtir su trámite para una determinada actividad, vale la pena aclarar que su denominación de menores es particular del autor, no porque en la norma se definan así sino para diferenciarlos para el caso del gran trámite que es el de licenciamiento ambiental.

A merced de lo anterior, lo cierto es, como se vera de los distintos procedimientos objeto de esta tendencia investigativa, que las decisiones tomadas por las autoridades ambientales pueden generar conflictos de orden administrativo, es decir desde la óptica del derecho público, pero también lo es y desde ya se pone de manifiesto que la tendencia no ve

solo esto, va más allá, los investigadores en temas ambientales desde el derecho analizan por ejemplo como en un permiso de vertimientos puede existir una afectación a terceros, creando una relación con el derecho civil, como en una concesión de aguas resultaron no todos los habitantes del sector beneficiados en términos de régimen de servicios públicos y del mismo derecho a la igualdad en términos de derecho constitucional, como en un aprovechamiento forestal se afectó la calidad del aire y su relación con un derecho colectivo etc, son apenas unas de las ramificaciones que pueden surgir inequívocamente en las investigaciones que sobre estos procedimientos o tramites se realicen.

• **OBTENCIÓN DE LICENCIA AMBIENTAL**

Es claro que uno de los tramites por excelencia en materia ambiental, es el licenciamiento ambiental, por esta razón su diferenciación frente a los tramites o procedimientos para la obtención de “permisos menores”, sin embargo como se avizoraba anteriormente su trámite puede resultar muy similar e incluso bajo el trámite mismo de licenciamiento ambiental pueden solicitarse inmersos “permiso menores”, relación esta que nuevamente se hace llamativa para la investigación como quiera que la complejidad misma de una solicitud o un trámite de licenciamiento ambiental por sí mismo se incrementa y a la vez su posibilidad de debate jurídico con la inmersión dentro de este mismo tramite de permisos menores.

El Licenciamiento ambiental se debe realizar cuando se pretendan realizar actividades o ejecutar obras que se encuentren enmarcadas dentro del artículo 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015, adelantándonos un poco a una de las tendencias que se explicará adelante dentro de este capítulo vemos como en la descripción de este artículo la industria extractiva y energética juega un gran papel precisamente lo que determina que la misma se una tendencia como tal en investigación de temas ambientales, y es que los cuatro primeros numerales con sus respectivos literales nos muestran la relación estrecha entre la industria extractiva y energética con las temáticas ambientales observemos:

..... 1. el sector minero

La explotación minera

- a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea menor a ochocientas mil (800.000) toneladas/año;*
 - b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos: Cuando la producción proyectada de mineral sea menor a seiscientas mil (600.000) toneladas/año para arcillas o menor a cincuenta mil (250.000) metros cúbicos/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos;*
 - c) Minerales metálicos, piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total material útil y estéril proyectada sea menor a dos millones (2.000.000) de toneladas/año;*
 - d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a un millón (1.000.000) toneladas/año.*
- 2. Siderúrgicas, cementeras y plantas fijas cuya producción concreta sea superior a mil (10.000)*

construcción represas o con capacidad igualo inferior a doscientos millones (200.000.000) de metros cúbicos agua.

En el sector eléctrico:

- a) construcción y operación centrales generadoras con una capacidad mayor o igual a diez (10) y menor de cien (100) MW, diferentes a generadoras de ía a partir recurso hídrico;*
- b) tendido de líneas del Sistema Transmisión Regional conformado por el conjunto de I con sus módulos de conexión y/o subestaciones, operan a tensiones cincuenta (50) KV Y menores de doscientos veinte (220) KV;*
- c) La construcción y operación generadoras energía a partir recurso hídrico con una capacidad menor a (100) MW; exceptuando las*

1076DECRETO NÚM 2015 HOJA No

Continuación decreto “Por medio del cual se

Reglamentario del

Ambiente y Desarrollo

No Interconectadas (ZNI) y

cuya capacidad sea igual o menor a (10) MW;

- d) *Los proyectos exploración y uso fuentes de energía virtualmente contaminantes con capacidad instalada de igual o mayor a diez (10) MW y menor*

pequeñas hidroeléctricas destinadas a operar en

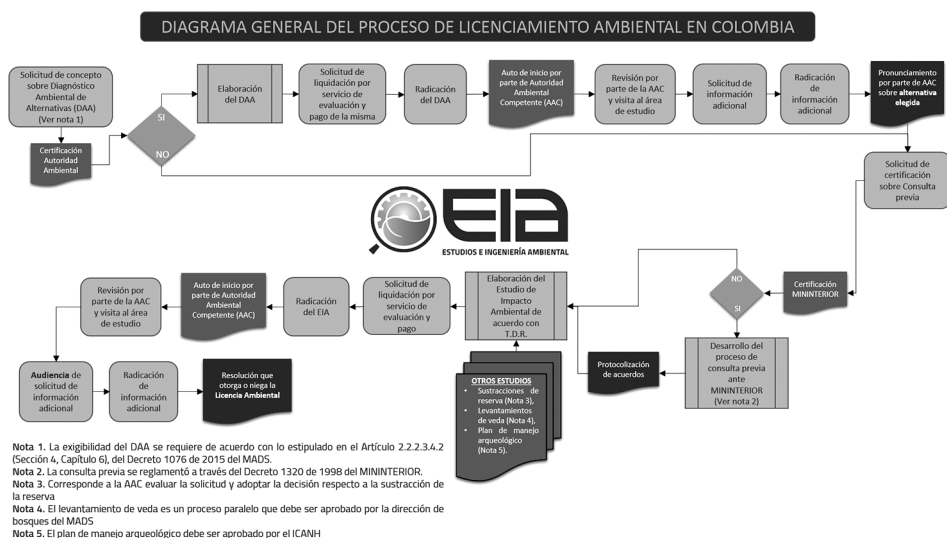
(100) MW.

(Decreto 1076 de 2015)

Las cantidades puestas allí son en virtud de la necesidad de diferenciar la competencia propia de las Corporaciones Autónomas regionales con las de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales “ANLA” circunstancia por cierto que marca nuevamente una tendencia investigativa, como quiera que esta nueva institución, no naciente con el SINA y la ley 99 de 1993 llega para licenciar los llamados grandes proyectos que son precisamente los que sobre pasan las cifras transcritas anteriormente que son propias de la competencia de las CAR, y es precisamente este punto uno más sobre la tendencia de investigación como quiera que es a partir de las competencias de CAR y ANLA que pareciera definirse finalmente las actividades sometidas a licenciamiento ambiental.

El procedimiento de licenciamiento ambiental se encuentra establecido en el Artículo 2.2.2.3.6.1 del Decreto 1076 de 2015 y se resume de la siguiente manera: Comienza con la presentación de la solicitud de licencia ambiental “Formulario Único de Licencias Ambientales”, y documentos y se solicita la liquidación para el pago por servicios de evaluación Ambiental. Una vez se cuente con el recibo de pago, se procede a radicar la solicitud Recibida la información la Autoridad Ambiental expide Auto de Inicio de trámite de licencia ambiental ordenando la evaluación de la información y la práctica de la Reunión señalada en el Numeral 2° del Artículo 2.2.2.3.6.3 de la norma en mención (inmediato), la entidad realiza la evaluación de la información (20 días con o sin visita) se cita mediante oficio a la Reunión

(10 días) con el fin de solicitar, por una sola vez, información adicional (recurso de reposición en la misma reunión), teniendo el usuario el plazo de un (1) mes, prorrogable por un término igual, para allegar la misma. En caso de no allegar la información en el plazo establecido se procede a ordenar el archivo del trámite de licencia ambiental y la devolución de la información allegada, de lo contrario, se evalúa la información adicional (10 días para solicitar información a otras entidades que deben responder en 20 días), se emite el concepto técnico respectivo y el área jurídica expide el Acto Administrativo por medio del cual se declara reunida información y Resolución a través de la cual se otorga o se niega la licencia ambiental (30 días). (Decreto 1076 de 2015)



Cuadro 2: Obtenido de <http://www.eiaconsultoria.com/index.php/component/k2/item/80-diagrama-general-licencia-ambiental>.

Como último punto de esta primera tendencia en materia de procedimientos ambientales encontramos el procedimiento sancionatorio ambiental instaurado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 1333 de 2009²⁷

²⁷ Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones.

• PROCESO SANCIONATORIO AMBIENTAL

Con la llegada de la ley 1333 de 2009 al ordenamiento jurídico colombiano, se fija un precedente histórico en los avances legislativos de la normatividad ambiental en Colombia y se establece como fin la actualización y la organización del procedimiento y del régimen sancionatorio ambiental del país, mencionan Amaya Navas y García Pachón²⁸ en la compilación de su obra investigativa denominada Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental de la Universidad Externado de Colombia:

A pesar de contar con un marco jurídico adecuado para los temas sustanciales, se ha criticado la carencia de un régimen sancionatorio idóneo para la protección de los recursos naturales. Los antecedentes de la ley 23 de 1973, del mismo decreto 2811 de 1974 y los aislados esfuerzos para diseñar un régimen sancionatorio (decreto 1541 de 1978, decreto 1681 de 1978, decreto 1715 de 1978, ley 9 de 1979, ley 99 de 1993, Decreto 948 de 1995, entre otros) han dejado en evidencia la necesidad de organizar y actualizar el procedimiento y el régimen sancionatorio ambiental del país. (Amaya & Maria, 2013).

Como se mencionará antes, lo sustancial y lo procedimental existe incluso en esta llamada joven rama del derecho, pero como se observa de la cita anterior, que por cierto resulta de esta nueva tendencia investigativa, este momento, el año 2009, marca un nuevo precedente histórico en la normatividad ambiental del país como quiera que por primera vez se instituyo de manera aglomerada, ordenada y actual un régimen sancionatorio ambiental que para efectos de este punto, en el presente capítulo, sobresale desde lo procedimental a pesar de su ineludible nexo con el código general del proceso y de código de procedimiento administrativo y de lo contenciosos administrativo.

Se convierte entonces este régimen sancionatorio ambiental en “uno de los más grandes logros en materia de protección ambiental en Colombia” (sostenible, 2020) que implica además “garantizar la efectividad de los

²⁸Compiladores y autores de la obra citada Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental de la Universidad Externado de Colombia, docentes de la Universidad Externado de Colombia.

principios y fines previstos en la Constitución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento, contemplar sanciones administrativas y medias preventivas, cuya función es evitar la continuación o realización de acciones en contra del medio ambiente” (Ambientales, 2020), resultaría entonces inequívoco pensar que este procedimiento demostrativo de los avances legislativos en materia ambiental en nuestro país, es un nuevo nicho que marca definitivamente una tendencia investigativa en materia ambiental desde el derecho.

Analizando todo lo que confluye en esta norma y en este régimen, diversas temáticas llaman la atención de investigadores socio jurídicos, para poner apenas unos ejemplos esta:

1. La duda del papel que juegan las distintas instituciones frente al procedimiento sancionatorio ambiental (Ministerio del medio Ambiente, Autoridad Nacional de licencias Ambientales, Corporaciones Autónomas Regionales etc).
2. La inexistencia de una segunda instancia en materia sancionatoria ambiental.
3. La presunción de la culpa en el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental y su relación con derechos como el del debido proceso artículo 29 de la Constitución Nacional²⁹ “presunción de culpa o dolo del infractor” (Sierra, 2013)³⁰
4. La investigación preliminar a la apertura oficial del proceso sancionatorio ambiental.
5. Las formas de inicio del procedimiento
6. La relación o coexistencia de este procedimiento administrativo con los procesos penales por delitos ambientales etc.

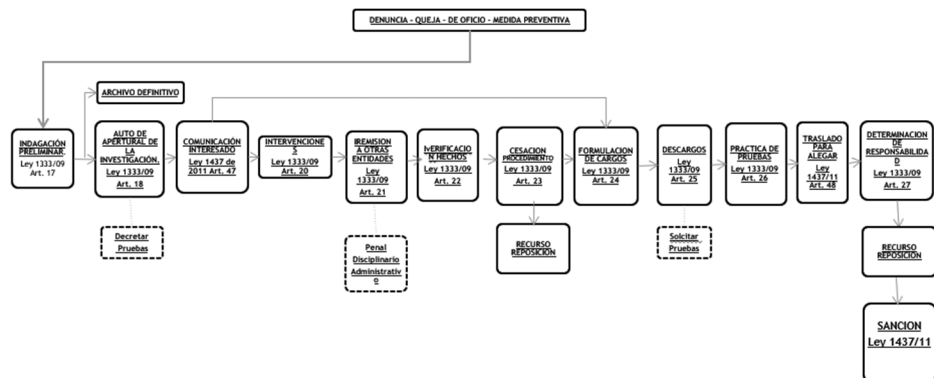
²⁹ El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

³⁰ Co autor de la obra citada Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental de la Universidad Externado de Colombia, docentes de la Universidad Externado de Colombia

Nuevamente queda en evidencia un sin número de temáticas o ramificaciones en el tema ambiental vistas desde el derecho, que sugieren tendencias y alternativas investigativas, contemplando incluso como se reseñó antes, una relación con otras áreas del derecho como la penal y la civil, de igual manera y como se mencionara respecto de los procedimientos administrativos de obtención de permisos o en el de licenciamiento ambiental, en el transcurso de estos procesos las decisiones de la autoridad ambiental inmersas dentro del procedimiento mismo conlleva la intervención jurídica que de por sí configura en cada una de las etapas en donde la misma puede producirse una inquietud investigativa como quiera que a pesar de predicarse un avance significativo en materia procedimental sancionatoria, siguen existiendo vacíos normativos, más aun cuando se infiere una circunstancia como la presunción de culpabilidad y la misma va acompañada de principios propios del ramo que coadyuvan en la interpretación particular de determinados casos, es por esto importante mencionar desde acá el buen uso que se le dé a los principios del derecho ambiental para que los mismos no se conviertan en un arma discrecional del estado que bajo la amplitud de su interpretación sustenten siempre las decisiones unilaterales de la autoridad ambiental pero no se validen en los argumentos para el caso sancionatorio ambiental del acusado por el daño ambiental o la transgresión a la norma ambiental.

Vale la pena mencionar previo a esquematizar el procedimiento sancionatorio ambiental que el daño ambiental puede provenir de 2 tipos de infracciones determinadas dentro de la misma norma; una es la infracción por afectación ambiental reconocida desde el artículo 17 de la ley 23 de 1973 y la otra es la infracción por la transgresión formal a la norma ambiental reconocida desde el artículo 84 de la ley 99 de 1993, ambos tipos de infracción ahora recogidos por la ley 1333 de 2009.

ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL LEY 1333 DE 2009 INTEGRADO CON LA LEY 1437 DE 2011



Cuadro 2: Obtenido de presentación de sustentación artículo de investigación optativo para grado de especialistas en derecho Administrativo de EMILCE YESID RUIZ BAUTISTA LEIDY JOHANA ARIAS DUARTE (3 de julio de 2018).

Teniendo clara esta primera tendencia compuesta por 3 procedimientos vistos desde su generalidad se da paso a la preestablecida para este capítulo como segunda tendencia investigativa.

IV. Responsabilidad Estatal sobre el Medio Ambiente

A pesar de la postura propia de este capítulo, que nos induce a pensar en una relación general de los temas ambientales con varias de las ramas del derecho, es ineludible la relación estrecha entre las problemáticas ambientales y el derecho público y administrativo. Si partimos de lo mencionado con antelación respecto de los procedimientos ambientales, encontramos que los mismos son de carácter administrativo y conllevan una función del estado a través de todo su sistema ambiental (SINA) (LEY 99 DE 19993), es a partir de allí que la responsabilidad de este se puede predicar o por activa o por pasiva, incluso bajo la teoría propia y particular del daño ambiental, el estado puede ser uno de los actores responsables del mismo.

El daño ambiental puede perfectamente ser predicado respecto del aparato estatal (Henao, 2000)³¹ explica dentro de su texto conceptos básicos de esta responsabilidad estatal, tales como; Responsabilidad del estado por contaminar el medio ambiente, elementos de la responsabilidad, Daño ambiental, imputación, fundamento del deber de reparar, Medios procesales para la reparación del daño ambiental etc, todos ellos de gran importancia para la investigación contemporánea que justo en este punto puede relacionar todo lo abordado inicialmente respecto del contexto internacional para ligarlo con el contexto nacional y la consecuente responsabilidad estatal. Es claro entonces, que surge a partir de la interacción del estado con el medio ambiente y de su obligación de protección de este, una serie de tendencias investigativas contemporáneas ligadas fundamentalmente a la responsabilidad, que si bien es cierto en esta tendencia la acogimos desde el estado puede predicarse de los particulares también, como se hará en la siguiente tendencia concerniente a la industria extractiva.

Resulta muy pertinente señalar que, las tendencias investigativas en temas ambientales vistas desde el derecho, no solo hacen parte de los estudios académicos propios de esta rama del derecho, la responsabilidad estatal respecto de la afectación ambiental puede predicarse e incentivar investigadores que provengan o relacionen ramas como la Constitucional, como la administrativa, como la penal, como la civil etc, un ejemplo se presenta en la Usta Tunja en donde a la fecha no existe programa de posgrado en materia de derecho ambiental, pero a partir por ejemplo de posgrados como los de derecho Administrativo, es notoria la tendencia de los estudiantes por investigar temas como la responsabilidad estatal respecto del daño ambiental.

En esta tendencia también debemos mencionar la responsabilidad estatal respecto de la afectación ambiental internacional, en donde nuevamente aparecen como protagonistas organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Unión Europea, la organización de los estados

³¹ Actual rector de la Universidad Externado de Colombia, coautor de varias obras en materia de responsabilidad estatal, para el caso por afectación al medio ambiente.

americanos, la CEPAL, la OCDE etc, en donde hablamos de una responsabilidad internacional y la obligación del estado responsable de reparar el daño.

Nos menciona (Cafferatta, 2009):

La problemática ambiental se presenta como uno de los campos de las llamadas violaciones de masa, en razón de las características del daño, el cual es difuso, pudiendo lesionar un derecho subjetivo “stricto sensu”, como intereses legítimos o intereses o derechos colectivos, que afectan a muchos, como si se tratara de una “colmena de derechos”- según la expresión de Orgaz- porque se difuminan, afectando a todos, a muchos o quienquiera.

Esta circunstancia generalizada en su afectación, incentiva aún más la investigación de los abogados y estudiantes de derecho en materia ambiental, circunstancia que no solo se aborda a partir de posgrados como los que se mencionaban con antelación, sino que las inquietudes investigativas de los estudiantes de pregrado frente a esta colmena de derechos sumado a la progresiva preocupación mundial en torno al medio ambiente y nuestra supervivencia como especie, hacen que desde su muy temprana formación exista una inclinación investigativa desde el derecho por esta serie de temas ambientales.

Por lo anterior, los estados tienen una doble responsabilidad administrativa en materia de protección del medio ambiente, una de tipo nacional y una de tipo internacional, ambas enmarcadas por desarrollos internacionales que nos enfrenta como investigadores a una fuente inobjetable en toda investigación ambiental vista desde el derecho concerniente al derecho comparado, un ejemplo de esto no lo presenta de Oro Díaz, Aimara 2013 en su monografía “la responsabilidad administrativa por daños ocasionados al medio ambiente en el derecho comparado” (Díaz, 2013) en donde nos ratifica lo ya anotado en este capítulo respecto de las derivaciones locales de la legislación ambiental a partir de desarrollos normativos internacionales que crean cierta analogía de nuestros sistemas ambientales locales.

Por esta razón y en esta nueva tendencia investigativa contemporánea al igual que en los pasados contextos y conceptos, predicamos nuevamente la necesidad de acudir como primera fuente investigativa a nuestra constitución, que resalta nuevamente la jerarquización de las temáticas ambientales desde lo constitucional y que permite un relacionamiento directo del derecho ambiental con el derecho constitucional, al respecto señala Michele Carducci que el nuevo constitucionalismo debe prever una ponderación entre los derechos individuales y humanos con los de la naturaleza estableciendo al ecosistema como un nuevo eje del Constitucionalismo (Carducci, 2017).

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia cobra gran valor como fuente investigativa de los temas ambientales vistos desde el derecho, tanto a nivel internacional como a nivel local, por que marca precedentes en el avance legislativo ambiental, cubriendo vacíos que las normas presentan y que la jurisdicción suple en su ejercicio de proporcionar justicia, un ejemplo histórico en materia jurisprudencial a nivel internacional se presenta respecto del denominado caso “TRAIL SMELTER” principal antecedente jurisprudencial internacional que “según la doctrina *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a la contaminación transfrontera, afirmándose que toda discusión sobre el derecho internacional general relativo a la contaminación debe comenzar y forzosamente terminar con el examen y mención de dicho arbitraje” (Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2020)

Con lo anterior nuevamente cobra gran importancia y marca una tendencia la investigación del derecho ambiental internacional, que plasma sucesos iconos en la historia como fue esta disputa entre Canada y Estados Unidos necesaria siempre en todo estudio de temas de responsabilidad estatal internacional y que al abordarse motiva y genera sin lugar a duda una tendencia investigativa contemporánea.

En materia jurisprudencial local, el desarrollo de la misma va cada vez mas en ascenso, precisamente porque paralelo a la tendencia investigativa en temas ambientales desde el derecho, se presentan cada vez más problemáticas que infieren la responsabilidad del estado en temas

ambientales, por nombrar algunos: fumigaciones con glifosato (Sentencia T-080/17, Sentencia T-236/17), consulta previa (Sentencia SU123/18, Sentencia SU217/17), ecosistemas o elementos de la naturaleza objeto de derechos (Sentencia T-622/16) y regulación de actividades extractivas la cual nos da paso a la siguiente y ultima tendencia de este capítulo.

V. El Derecho Ambiental en relación con la Industria Extractiva y Energetica.

Esta tendencia está enmarcada por el relacionamiento que hacemos de la industria extractiva con las afectaciones del medio ambiente, el desarrollo progresivo de las sociedades, su tendencia capitalista, la rentabilidad de los recursos naturales, el sobre consumismo, la obsolescencia programada, los desarrollos tecnológicos Entre otros, todos de la mano de la industria extractiva y que forman definitivamente una tendencia investigativa en temas ambientales desde el derecho.

En seguimiento de la línea de la tendencia anterior, tendiente a la observancia de la jurisprudencia y a la responsabilidad misma del estado, la industria extractiva desarrollada esta por particulares o por el mismo estado se configura en toda una tendencia de investigación, son en nuestra contemporaneidad muy comunes las problemáticas desde el punto de vista de la industria extractiva y energética, los despliegues mediáticos ahora con las redes sociales y las comunicaciones a la mano hacen que la tendencia investigativa crezca y se ahonde en temáticas novedosas desde el derecho por su injerencia desde lo interdisciplinario. El desarrollo jurisprudencial en materia minero energético se ha presentado básicamente como producto de los diferentes vacíos normativos de la industria, que por su nexo con el tema ambiental resquebrajan afectaciones ya antes señaladas jerarquizadas incluso desde lo Constitucional, un ejemplo de estos intentos supletivos de la jurisprudencia respecto de esta tendencia investigativa son la (Sentencia C- 366 de 2011) la cual declara inexecutable la ley 1382 de 2010 (nuevo código de minas) por falta de consulta previa y la (Sentencia SU- 095 de 2018) que unifica una serie de pronunciamientos en torno al ordenamiento territorial, al principio unitario del estado y a la autonomía territorial fijando algunos precedentes conceptuales respecto de los principios

decoordinación, concurrencia y subsidiariedad para resolver tensiones entre el sector central y el Descentralizado, hitos jurisprudenciales que han generado gran influencia investigativa y por lo cual se mencionan en este capítulo.

Desde su misma denominación el llamado sector minero energético que incluye las industrias extractivas son una tendencia para las investigaciones en temas ambientales desde el derecho, la “UPME” Unidad de Planeación Minero-Energética define a este sector:

Es un sector que corresponde a las actividades primarias de la economía, basadas en el aprovechamiento de las energías y de los recursos naturales no renovables. Institucionalmente comprende todas las empresas y entidades relacionadas con las actividades minero-energéticas.

El Sector Minero Energético está conformado por los subsectores de energía eléctrica, minería e hidrocarburos.(UPME, 2020)

Es indudable que el desarrollo de las sociedades y de los estados ha dependido en gran medida de este sector minero energético, y es precisamente con este desarrollo mismo que se ha motivado a la investigación por su relacionamiento directo con el medio ambiente, específicamente sobre la discusión de desarrollo sostenible para muchos autores una relación no posible, para otros una oportunidad para el sector como lo expresa (Garzón, 2020)

en el ámbito externo se transita hacia una revolución tecnológica, donde incluso se habla de una industria 4.0. Además, ir a una economía baja en carbono representa oportunidades grandes para el sector minero, pues gran parte de la tecnología que se necesita desarrollar requiere minerales como el cobre, cobalto y litio.

Es este punto de discusión el que dará paso a una de las conclusiones de este capítulo, tratado fundamentalmente de las tendencias investigativas en temas ambientales desde el derecho y será referente al desarrollo sostenible y su correcto análisis y discusión, ya que los debates y confrontaciones por ejemplo para el caso entre dos sectores determinados como de interés

general y utilidad pública como lo es el ambiental y el minero energético debe mediar por todas las ramificaciones propias del concepto de desarrollo sostenible.

Al igual que las tendencias que preceden esta, en los procedimientos mismos de la industria extractiva o del sector minero energético, se presentan un sin número de situaciones y circunstancias que motivan investigación, unos ejemplos de esto son los contratos de concesión y su trámite o procedimiento, un principio en derecho minero como lo es el de primero en el tiempo primero en el derecho, la formalización minera, nuevas técnicas de extracción fracking o fracturamiento hidráulico,

La técnica para extraer gas natural de yacimientos no convencionales se denomina fracking. Se trata de explotar el gas acumulado en los poros y fisuras de ciertas rocas sedimentarias estratificadas de grano fino o muy fino, generalmente arcillosas o margosas, cuya poca permeabilidad impide la migración del metano a grandes bolsas de hidrocarburos. Para ello es necesario realizar cientos de pozos ocupando amplias áreas (la separación entre ellos ronda entre 0,6 a 2 km) e inyectar en ellos millones de litros de agua cargados con un cóctel químico y tóxico para extraerlo. (Greenpeace, 2020)

requisitos para el inicio de operación, consulta previa, el licenciamiento ambiental para estas actividades, la generación de energía y sus alternativas, ordenamiento territorial, participación ciudadana, áreas restringidas para este tipo de actividades, yacimientos no convencionales, el mercado del gas etc, sin contar con toda la cadena de por cada una de las actividades que implican necesariamente una serie de actos e instrumentos jurídicos que conllevan por su misma naturaleza una tendencia investigativa.

Sobre esta industria también debe analizarse la responsabilidad del estado y a pesar de que la misma se mencionará dentro de la tendencia anterior, en esta el papel juega en dos sentidos como quiera que puede ser él, el operador de la actividad o un concesionario particular respecto del cual debe ejercer funciones de vigilancia y control a través de sus diferentes órganos como el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Medio Ambiente, la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Agencia Nacional

de Hidrocarburos (ANH), la Autoridad Nacional de licencias ambientales (ANLA), las corporaciones autónomas regionales (CAR) la Unidad de planeación minero energética (UPME), la comisión de regulación de energía y gas (CREG) y en general toda la estructura estatal interviniente en temas extractivos y ambientales constituyéndose cada una de estas instituciones en un foco de investigación a partir de sus competencias y decisiones en materias extractivas y consecuentemente ambientales.

Es así como surge y se evidencia en los diferente repositorios el acentuado crecimiento de la investigación sobre este sector o industria y su indudable nexo con los temas ambientales (Suárez, 2011) (Lares, 2017) (Alarcon, 2016) entre otros demuestran la tendencia investigativa en este caso para la determinación de la responsabilidad del daño ambiental sobre la naturaleza en general o sobre algunas partes de esta.

VI. Conclusiones

Los temas ambientales a pesar de su interdisciplinariedad, arraigan una tendencia investigativa desde el derecho incluso para aquellos que están en otras disciplinas, esto como consecuencia de los avances progresivos en nuestra legislación frente a la protección de medio ambiente, derecho al cual, como se observó, se le dio incluso una jerarquización Constitucional, aterrizada en nuestro ordenamiento a partir de todo el desarrollo internacional de los temas ambientales, circunstancia atractiva desde el punto de vista investigativo si tomamos en cuenta la mixtura entre el derecho local y el internacional que eleva la importancia y el interés investigativo, esto si tenemos en cuenta que particularmente la ciencia del derecho no traspasa fronteras ya que cada estado tiene su normatividad particular situación no siempre vista así en materia ambiental, ya que como se evidencio tal vez todos los precedentes y los avances en materia ambiental provienen de desarrollos internacionales, esto a causa inexorablemente de la solidaridad que existe frente al mantenimiento de un buen medio ambiente pensando en la subsistencia misma de la especie humana.

Los temas ambientales pueden ser variados y no siempre prioritariamente jurídicos, más allá de determinar con exactitud todas estas ramificaciones

de temáticas ambientales vistas como tendencias, lo acá expuesto demarca una estructura investigativa que puede contemplar puntos ineludibles en toda investigación ambiental desde el derecho tal es el caso de los acuerdo internacionales hito, las sentencias o jurisprudencias relevantes, la misma Constitución y sus disposiciones en materia ambiental y un concepto que debe estar presente siempre en toda discusión de tipo ambiental cual es el de desarrollo sostenible.

VII. Referencias Bibliográficas

- Alarcon, A. L. (2016). Tesis - Responsabilidad del estado por el daño ambiental causado por la minería en Colombia. *Responsabilidad del estado por el daño ambiental causado por la minería en Colombia* . Universidad Santo Tomas Seccional Bogotá.
- Amaya, O., & María, G. (2013). *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambientales, A. N. (15 de 5 de 2020). *Autoridad Nacional de Licencias Ambientales*. Obtenido de <http://portal.anla.gov.co/regimen-sancionatorio-ambiental>
- Cafferatta, N. A. (2009). Régimen de responsabilidad Objetiva por contaminación ambiental . *Revista de Derecho Ambinetal No 3* .
- Carducci, M. (2017). *Tribunales y justicia Constitucional – Capitulo 5: ¿Qué Tipo de Justicia Constitucional Adoptar Frente al “Déficit Ecológico” de las Constituciones? una Comparación a Través del Pensamiento de Sloterdijk*. Universidad Libre .
- Carson, R. (1962). *Silent Spring*. Houghton Mifflin Company.
- Castro, A. (8 de 5 de 2020). *Asuntos: legales*. Obtenido de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/ana-maria-castro-506641/la-expedicion-de-normas-ambientales-innecesarias-2262291>

- Constitucional, C. (6 de 5 de 2020). *Relatoria Constitucional*.
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-449-15.htm>
- Díaz, A. d. (2013). La responsabilidad administrativa por daños ocasionados al medio ambiente en el derecho comparado. *Derecho y cambio social*.
- Francisco. (2015). *Carta Encíclica Laudato Si*. Roma: Tipografía Vaticana.
- García Figueroa, A. (2014). Justificación Interna y Justificación Externa. En G. A. Marina, *Argumentación Jurídica* (Págs. 157-189). España: Tirant Lo Blanch.
- Garzón, V. A. (21 de 5 de 2020). *Corporación Iberoamericana de estudios*. Obtenido de https://www.cies.org.pe/sites/default/files/files/articulos/economiaysociedad/evento_publico_desafios_de_la_mineria_para_un_desarrollo_sostenible_la_agenda_2030_y_el_sector_minero.pdf
- Gascón, A. M. (2010). *Los Hechos en el Derecho*. España: Marcial Pons 3 Ed.
- Giraldo, J. (2012). *Metodología y técnica de la Investigación Jurídica*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Giraldo, J. y. (2002). *Los Supuestos Teóricos de la Investigación Sociojurídica*. Obtenido de https://www.redsociojuridica.org/red/wp-content/uploads/2017/05/supuestos_teoricos_investigacion_sociojuridica.pdf
- Greenpeace. (21 de 5 de 2020). http://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf. Obtenido de http://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/cambio_climatico/Fracking-GP_ESP.pdf

- Haeckel, E. H. (05 de 05 de 2020). *A hombros de gigantes. Ciencia y tecnología*. Obtenido de <https://ahombrosdegigantescienciaytecnologia.wordpress.com/2015/08/09/la-ecologia-como-ciencia-haeckel/>
- Henao, J. C. (2000). Responsabilidad del estado Colombiano por daño ambiental. En J. C. Henao, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia e Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Kant, I. (1788). *Crítica de la razón práctica*. Ediciones Sígueme.
- Lares, M. R. (2017). Medidas para la protección del medio marino en la región del gran Caribe por daños ocasionados por la industria mar adentro. *Revista de Derecho* No 47 .
- López, P., & Ferro, A. (2006). *Derecho Ambiental*. México: IURE editores, SA.
- Marsh, G. P. (2013). *Man and Nature*. TheClassics.us.
- Otros, B. R. (2017). *Cultura Ambiental Sostenible en los Estudiantes de la Universidad César Vallejo de Chiclayo 2017*. Obtenido de file:///C:/Users/Juan%20Carlos/Downloads/853-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2835-1-10-20180927%20(1).pdf
- Rousseau, J. J. (1999). *El Contrato Social*. elaleph.com.
- Sierra, A. O. (2013). La presunción de la culpa en el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental. En O. Amaya, & M. García, *Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental* (págs. 61-82). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sostenible, M. d. (14 de 5 de 2020). *Ministerio de Ambiente y desarrollo sostenible*. Obtenido de <https://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/404-plantilla-bosques-biodiversidad-y-servicios-ecosistemas-9>

Suárez, L. G. (2011). *Perspectiva Jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia. Opinión Jurídica Edición especial*.

Unidas, N. (28 de 10 de 1982). Obtenido de http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Medio%20Ambiente/7.%20CartaMundialdelaNaturaleza.pdf

Unidas, N. (5 de 5 de 2020). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

Unidas, N. (5 de 6 de 1972). *dpublico .org*. Obtenido de <https://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>

Unidas, N. (10 de 5 de 2020). *Naciones Unidas*. Obtenido de https://www.un.org/es/?fbclid=IwAR1cJXAuB1ys4swJC_v2S9mB6KIscjsp7BJg47ksZLMUpWGn0Bcgo8bjYEfeed/page/24/page/6/feed/feed/

Universidad Nacional Autónoma de México. (17 de 5 de 2020). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/16.pdf>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/16.pdf>

UPME, U. d. (18 de 5 de 2020). https://www.upme.gov.co/CursoCajaHerramientas/guias/upme_departamental_1.1.pdf. Obtenido de https://www.upme.gov.co/CursoCajaHerramientas/guias/upme_departamental_1.1.pdf

VERDU, P. L. (10 de 1989). *Dialnet*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27043>

Zazo, A., & Bisbal, I. (30 de 11 de 2018). *Urbano*. Obtenido de <http://revistas.ubiobio.cl/index.php/RU/article/view/3447>



Este libro se terminó de imprimir
en diciembre de 2020 en los talleres
de Editorial Jotamar S.A.S. Tunja,
Boyacá, Colombia.

