



UNISANGIL

ISSN 1692-6404 San Gil, Santander, Colombia

Núm. 11 - Enero-Diciembre de 2017

# AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNISANGIL

Impreso: EDISOCIAL Nit. 800.085675-8 Tel. 7242547 San Gil



San Gil, Santander  
Campus universitario  
Km 2 vía Charalá  
PBX: (7) 724 5757  
(7) 724 6565

Chiquinquirá, Boyacá  
Calle 18 No. 12-18  
PBX: (8) 726 6058  
(8) 726 0002

Yopal, Casanare  
Campus Universitario:  
Km 2 vía Matepantano  
Sede Administrativa:  
Calle 7 No. 20-63  
PBX: (8) 634 1700

VIGILADA MINEDUCACIÓN

[www.unisangil.edu.co](http://www.unisangil.edu.co)



**AL DERECHO & AL REVÉS**



**Revista de la Facultad de  
Ciencias Políticas y Jurídicas de  
UNISANGIL**

**Núm. 11 - Enero-Diciembre de 2017  
ISSN 1692-6404**

**San Gil, Santander, Colombia  
Volumen 11**



Depósito legal

Se cumple con la normatividad relativa a derecho de autor: Decreto 460 de 1995.

Los artículos de esta revista se podrán reproducir citando su procedencia y autor. La revista Al Derecho y Al Revés es el medio para divulgar la producción científico-académica y promover el intercambio de conocimiento sociojurídico con otras instituciones nacionales e internacionales.

**FRANKLIN FIGUEROA CABALLERO**  
Rector

**JOSÉ MANUEL SERRANO JAIMES**  
Vicerrector Administrativo y Financiero  
**MARCELA RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ**  
Vicerrectora Académica  
**WILSON GAMBOA CONTRERAS**  
Director Departamento de Investigación

## **DIRECCIÓN**

Laura Mercedes Torres Parada  
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

## **COMITÉ EDITORIAL**

**LAURA MERCEDES TORRES PARADA**  
Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

**LAURA LIDA SÁNCHEZ MARTÍNEZ**  
Coordinadora Unidad de Publicaciones

**KEILA PATRICIA ORTIZ MONTENEGRO**  
Coordinadora revista

**CARMEN SOFÍA LANCHEROS DURÁN**  
Directora Programa de Derecho

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**CESAR MANUEL ACEBEDO VERGARA**  
Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas UNISANGIL

## **ÁRBITROS REVISTA VOLUMEN N°. 11**

**CARMEN SOFÍA LANCHEROS DURÁN**  
Abogada. Especialista en Derecho Comercial, Magister en Derecho

**CRISTINA YANNETH BARÓN HERNÁNDEZ**  
Abogada. Magister en Derecho Contractual Público y Privado

**LUZ MARINA SAUREZ GOMEZ**  
Abogado. Abogada Especialista en derecho Administrativo y Constitucional

**LUIS JOSÉ MEDINA ZAMBRANO**  
Abogado. Especialista en Derecho Público y Gestión Pública, Magister Derecho de Familia.

**MARIA DEL PILAR RIOS DUARTE**  
Abogada. Especialista en Derecho Procesal Civil.

## **DISEÑO**

Fundación Editora Social  
EDISOCIAL

## **TRADUCCIONES**

Instituto de Idiomas UNISANGIL

## **REVISIÓN LINGÜÍSTICA**

Luis Fernando García Núñez



## CONTENIDO

**Al Derecho**

- El desarrollo del matrimonio igualitario en Colombia, a la luz del sistema interamericano / The development of egalitarian marriage in Colombia, in the light of the inter-american system. **Pg. 9**  
*Nini Johanna Jerez Mora, César Francisco Estévez Ortiz,  
Lizeth Juliana Hernández Villalba*
- Conveniencia de la despenalización de la inasistencia alimentaria / Convenience of the depenalization of food non-assistance **Pg. 15**  
*Hernando Triana Sánchez, Wilson Carreño Morantes, Luisa Saldarriaga Amaya*
- La Acción de Tutela en materia pensional con personas de la tercera edad / The action of tutela in pensional matters with third age people **Pg. 31**  
*José Abel Gámez Bohórquez, Juan Carlos Pineda Barbosa*

**Al Revés**

- Afectación a la propiedad privada, al considerar un predio rural de falsa tradición como bien baldío / Affectation to private property, considering a rural estate of false tradition as a good wasteland. **Pg. 43**  
*Luis Enrique Reina Salinas*
- Réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A: definición académica / Replicas A, AA, Triple A and Four A: academic definition. **Pg. 61**  
*Laura Lorena Pinto Tavera*
- La determinación del sujeto a reparar por daño ambiental en el Estado colombiano / The determination of the subject to repair in environmental damage in the colombian state. **Pg. 69**  
*Cristian Camilo Gordillo Murillo*



## EDITORIAL

---

**Laura Mercedes Torres Parada**  
*Directora revista Al Derecho y Al Revés*

---

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas presenta a la comunidad académica la edición No. 11 de su revista *Al Derecho y Al Revés*, la cual se ha constituido en un medio propicio para compartir los trabajos de investigación jurídica desarrollados por profesores y estudiantes, desde una concepción práctica del derecho, teniendo en cuenta que nuestra disciplina está llamada a aportar, de manera eficaz, la solución de situaciones reales del entorno donde se aplica.

Por lo anterior, en este nuevo volumen encontraremos temáticas de actualidad como “El desarrollo del matrimonio igualitario en Colombia, a la luz del Sistema Interamericano”, donde los autores plasmaron la evolución de los derechos de las parejas del mismo sexo, tanto a nivel nacional como internacional, evidenciando que nuestro país carece de legislación sobre esta materia y dejando al lector la idea de la imperiosa necesidad de que el legislador abarque temas de trascendental importancia para la comunidad.

Por otra parte, se desarrollará el tema de “La Acción de Tutela en materia pensional con personas de la tercera edad” el cual plantea la problemática que surge en torno a si es procedente o no la acción de tutela cuando se ha negado la pensión de vejez por incompatibilidades o errores en las semanas cotizadas; logrando establecer los avances frente a esta problemática con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Igualmente, el lector podrá conocer un tema de suma importancia para el derecho mercantil, “Réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A: definición académica”, donde se hace un análisis del mercado de los artículos de lujo y las réplicas ilegales, que se han convertido en un problema para titulares de marca y consumidores, concluyendo que la ausencia regulaciones normativas al respecto resulta novedoso su estudio desde la academia.

Además, se tratará la “Conveniencia de la despenalización de la inasistencia alimentaria”, analizando, en primer lugar, los aspectos que dieron lugar a la tipificación del delito, cuestionando la efectividad de la pena contemplada para el tipo penal desde el punto de vista de salvaguardar los derechos de los menores. Los autores en este escrito consideran, en el caso de la inasistencia alimentaria, que una pena privativa de la libertad no es proporcional al daño social generado, pues el menor podría verse más afectado al estar obligado a pasar por una situación que ningún niño debería soportar; alejado de sus padres y en un entorno de juzgamiento, y concluyen que optar por medidas sancionatorias más efectivas, y no privativas de la libertad, lograría una mayor garantía de los derechos fundamentales de los niños.

Por otra parte, en el artículo “La determinación del sujeto a reparar por daño ambiental en el Estado colombiano”, los autores conciben al medio ambiente como un sujeto que debe ser reparado



y señala que la sociedad está legitimada para exigir la protección de los derechos ambientales. Consideran que el ser humano como habitante de este planeta, debe combatir la contaminación que se le ha causado al medio ambiente y resarcir los daños que se le hayan causado.

Finalmente, en el artículo “Afectación a la propiedad privada, al considerar un predio rural de falsa tradición como bien baldío”, los autores exponen que los negocios jurídicos celebrados con los predios rurales en Colombia han sufrido una transformación, pues, con ocasión del desplazamiento de los campesinos originado por el conflicto armado, produjo que estos vendieran sus tierras, algunas veces sin el lleno de los requisitos señalados. Es en este caso donde el Estado decide considerar estos terrenos, donde ha existido la falsa tradición, como terrenos baldíos, vulnerando, según los autores, el derecho de propiedad privada, poniendo en cabeza del propietario la carga de probar que no son terrenos baldíos a través de una serie de procesos en materia civil.

Un especial agradecimiento a los autores y autoras, así como a los evaluadores disciplinares y miembros del Comité Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y por su contribución a la disciplina jurídica.

# EL DESARROLLO DEL MATRIMONIO IGUALITARIO EN COLOMBIA, A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO

The development of egalitarian marriage in Colombia, in the light  
of the inter-american system

Nini Johanna Jerez Mora\*

César Francisco Estévez Ortiz\*\*

Lizeth Juliana Hernández Villalba\*\*\*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

## Resumen

En el presente artículo identificamos la evolución de manera general de los derechos, en especial el controvertido tema del matrimonio igualitario de la comunidad LGBTIQ a nivel mundial, como a nivel nacional, para ello se tomaron como referentes los tratados internacionales ratificados por Colombia, los fallos de la honorable Corte Interamericana y, de la misma forma, precedentes a nivel mundial y local; evidenciando la falta de legislación expresa para el tema en controversia, toda vez que solo se encuentra jurisprudencia de la Corte Constitucional que no abastece la necesidad de amparar los derechos de esta comunidad.

**Palabras clave:** LGBTIQ, evolución, Derechos Humanos, Corte Interamericana, familia, constitucionalidad.

## Abstract

In this article we identify the evolution of the general way of rights, especially the contro-

versial issue of equal marriage of the LGBTIQ community worldwide, as well as at the national level, regarding international rights ratified by Colombia, the judgments of the honorable Inter-American Court and in the same way, precedents at the world and local level; This is the only jurisprudence of the Constitutional Court that does not supply the need to protect the rights of this community.

**Key words:** LGBTIQ, evolution, human rights, Inter-american Court, family, constitutional.



\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

## Introducción

El interés de investigar frente a esta problemática, nace de la necesidad de apoyar a nuestros amigos, vecinos, familiares y conocidos frente a su derecho igualitario, especialmente el del matrimonio, toda vez que nuestro país carece de legislación positiva frente al tema, pues debido a muchas luchas a nivel mundial y local por grupos, organizaciones o la misma comunidad, han incidido en que se generen una serie de providencias que conceden derechos, pero es allí en donde se pone en tela de juicio la eficacia o idoneidad del carácter vinculante de las mismas, ya que a la hora de ser aplicadas se quedan cortas, pues los servidores o encargados de hacerlas valer, buscan excusas infundadas con el fin de al menos retrasar la intención de acceder a sus derechos.

## De la orientación sexual

Han dicho en un comunicado *Amicus curiae*, presentado en el Tribunal Supremo de California lo siguiente:

La homosexualidad no es ni un trastorno ni una enfermedad, sino una variante normal de la orientación sexual humana. La inmensa mayoría de gays y lesbianas viven vidas felices, sanas, bien adaptadas y productivas. Muchos gays y lesbianas mantienen relaciones permanentes con personas del mismo sexo. En términos psicológicos esenciales, estas relaciones son el equivalente de las relaciones heterosexuales. La institución del matrimonio permite a los individuos un rango de beneficios que tienen un impacto favorable en su bienestar físico y mental.

*Por: American Psychological Association, American Psychiatric Association y National Association of Social Workers*

## La homosexualidad fuera de las enfermedades mentales de la OMS

La homosexualidad fue tratada como una alteración de la conducta durante gran parte del siglo XX. Esta podía curarse, de acuerdo con los médicos y especialistas de la época, mediante diversas terapias. Por suerte, la investigación científica y el desarrollo de las sociedades con valores igualitarios lograron erradicar esta idea.

De acuerdo con la web de El Mundo, hay dos puntos de vista predominantes a lo largo de la historia sobre la homosexualidad: el primero asegura que es una orientación más, mientras que el segundo sostiene que se trata de una desviación psicológica que puede cambiarse. En relación con esta última postura, se desarrollaron a lo largo del tiempo diferentes teorías sobre su origen, tratamiento y cura.

La percepción sobre el fenómeno de la homosexualidad comenzó a cambiar en el año 1973, cuando la Asociación Americana de Psiquiatría decidió quitar de su *Manual de diagnóstico de los trastornos mentales* a la homosexualidad como una enfermedad mental. A partir de entonces, la asociación se pronunció en contra de todas las legislaciones y acciones que fueran discriminatorias.

Este suceso sirvió como propulsor para el posicionamiento público de grupos y colectivos que venían trabajando en la lucha contra la discriminación y segregación de gays y lesbianas. Estas reivindicaciones siguieron su curso a favor de los derechos de las personas homosexuales y de la igualdad de todos los seres humanos. Finalmente, el 17 de mayo de 1990, la OMS retiró a la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales.

## American University Washington College of Law

Las parejas del mismo sexo son una realidad que no puede negarse. La orientación sexual es una parte esencial de todas las personas, y el derecho puede reconocerlo o negarlo. Si lo niega, sin embargo, está violando derechos fundamentales de las personas. Es una violación al derecho a la igualdad consagrado en la mayoría de las constituciones occidentales, y consagrado en los tratados internacionales de carácter universal y regional de derechos humanos suscritos por Colombia. El matrimonio igualitario es solo un corolario del reconocimiento del derecho a la igualdad y a la autonomía.

## División de Estudios Jurídicos - Centro de Investigación y Docencia Económicas en México

Se ha integrado el matrimonio igualitario a otras cuatro entidades federativas con lo que al día de hoy la mitad de los Estados miembros de la República mexicana han iniciado la estrategia jurídica para hacer válido el derecho de las parejas de persona del mismo sexo a contraer matrimonio; hasta el momento todos los amparos que se han promovido se han pronunciado por hacer valer el principio de igualdad y no discriminación por encima de cualquier restricción de acceso a la figura del matrimonio que se base en criterios relacionados con la orientación sexual de las personas.

## Universidad Industrial de Santander

Los magistrados y jueces de la República no deberían temer respaldar enteramente el derecho de la Corte Constitucional que ya les ha sido reconocido a las parejas del mismo sexo, derecho que se basa en los principios de la igualdad y la dignidad humana. Tal respaldo

no implica, de ninguna forma, la expulsión o el menosprecio de la religión y de los argumentos de los ciudadanos religiosos. Al contrario, lo que salvaguarda es la compactibilidad que debe existir entre estos últimos y el creciente desarrollo democrático de Colombia.

## El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

También ha decidido, en tres oportunidades, que la discriminación sobre la base de la orientación sexual viola el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En su más reciente decisión, *X vs. Colombia* (14 de mayo del 2007), el Comité ha observado que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual y que Colombia ha violado el artículo 26, al denegar al autor el derecho a la pensión de su compañero permanente, sobre la base de su orientación sexual.

## Ciencias que apoyan el objetivo del proyecto desarrollado

Las ciencias que aportaron para el logro del objetivo del proyecto son:

Antropología, evidencia un recorrido de interpretación de la resocialización con ciertas características.

Sociología, al analizar el matrimonio homosexual desde la filosofía y la sociología, se permite explorar un espectro que no se había contemplado sino hasta la década de los 90, ya que es pertinente entender y explicar la homosexualidad como una construcción social de las nuevas expresiones de la sexualidad humana, al incorporar variables que llevan a pensar que la homosexualidad no se dio como una categoría natural sino como una categoría social: una construcción de la misma humanidad que

se encargó de crear los comportamientos y actitudes que la definen. Desde la mirada biológica, María José Borrego Gutiérrez (2011), en su estudio titulado Bases fisiológicas de la reproducción masculina y femenina: posible correlación entre patologías o estados intersexuales y una orientación sexual determinada, señala: "Hay que distinguir la identidad sexual (ser hombre o mujer) de la orientación sexual (heterosexualidad o bisexualidad). Se entiende como orientación sexual, la preferencia sexual que la persona establece durante la adolescencia, que coincide con la época en que se completa el desarrollo cerebral. Tiene una base biológica y está configurada, además, por otros factores como la educación, la cultura y las experiencias propias. Aunque los números varían según diversas investigaciones, se puede decir que la inmensa mayoría de los humanos son atraídos por personas del sexo opuesto, es decir que más del 99% de los seres humanos son heterosexuales" (Borrego, 2011b, p. 26).

Lejos de considerar la Asociación Norteamericana de Psiquiatría la homo-sexualidad como un trastorno desde 1973, y como conductas no patológicas por la Organización Mundial de la Salud, para 1990, no se registran en la literatura científica estudios recientes desde el ámbito científico. Se dio paso a cuestiones y deliberaciones de orden eminentemente cultural, donde las orientaciones e identidades sexuales permean a la sociedad globalizada en la búsqueda de equiparaciones de los derechos de personas, sin diferenciación del sexo para establecer el matrimonio. Estas situaciones controversiales presentan problemas acuciantes a la bioética del siglo XXI y plantean desafíos al bioderecho (Amparo de Jesús Zárate Cuello, 2015).

## **Psicología y homosexualidad**

En la psicología también se han mantenido focos de discriminación. Quizás el más prominente se refiere al conformado por una serie de profesionales psicólogos y psiquiatras que han desarrollado y difundido las llamadas "terapias curativas" de la homosexualidad, sosteniendo que es posible cambiar la orientación sexual de una persona mediante un tratamiento psicológico, sin considerar las ideas y principios compartidos por la comunidad científica al respecto.

Mientras se redacta esta columna apareció en EE.UU. un reportaje en el que Robert Spitzer (1), el profesional que en un estudio de 2001 concluyó que un homosexual "altamente motivado" para ser heterosexual podía cambiar, y que se transformó así en la bandera de lucha de grupos religiosos, también dijo que las críticas a su trabajo eran, en su mayoría, correctas. En este sentido, el rol de los profesionales de la salud mental es utilizar las categorías diagnósticas sin fines discriminatorios, aceptando al otro como un igual desde su autenticidad más íntima. El presente muestra aceleradamente cómo la técnica y el deseo humano posibilitan la emergencia de nuevas identidades y familias que requieren una comprensión desprejuiciada por parte de la psicología y de quienes la ejercemos. La despatologización de los transgénero y la familia homoparental son fenómenos que necesitan atención disciplinar y política inmediata.

En un contexto mucho más conservador, represor y discriminatorio, el mismo Freud escribía a una madre afligida por su hijo: "Deduzco, por su carta, que su hijo es homosexual. Lo que más me impresiona es el hecho de que usted haya omitido este término cuando me ha hablado de él. ¿Puedo preguntarle por qué lo evita? La homosexualidad, desde luego, no es necesariamente una ventaja, pero tampoco

es nada de lo que haya que avergonzarse. No es un vicio, ni un signo de degeneración, y no puede clasificarse como una enfermedad (...). Cuando me pregunta si puedo ayudarla, supongo que quiere decir si puedo acabar con la homosexualidad de su hijo y reemplazarla por la heterosexualidad. La respuesta es, en términos generales, que no podemos asegurar ese resultado (...). En verdad lo que el psicoanálisis podría hacer por su hijo es algo muy diferente. Si se siente infeliz, neurótico, desgarrado por los conflictos, inhibido en su vida social... el análisis puede traerle armonía, paz mental y plena eficiencia. Independiente de que cambie o no cambie.

## Metodología

Con el fin de llevar a cabo este artículo, se dispondrá de un análisis metodológico de carácter descriptivo, se busca analizar el comportamiento de esta población en específico, frente a la ausencia de derecho positivo con respecto al matrimonio igualitario, y de la misma manera evidenciar, cómo se está desarrollando o implementando este derecho en la vida cotidiana de los contrayentes y futuros contrayentes de matrimonio de esta comunidad.

La palabra método da la idea de orden y de pasos a seguir para lograr un objetivo. Cuando se habla de seguir un camino en la investigación, se está haciendo alusión a los pasos ordenados que permiten el acercamiento a la realidad; son posibles vías para llegar a un objetivo, por lo tanto, no son infalibles. Dependiendo de los fines o del campo de estudio que se trabaje hay distintos métodos de abordaje. (Ezequiel, 1995)

## Antropología y matrimonio homosexual

En el ámbito europeo, siete países (los cinco países escandinavos, Alemania y Francia) tie-

nen legislación sobre uniones de hecho entre personas de un mismo sexo y dos (Holanda y Bélgica) reconocen el matrimonio homosexual. En España, la mayor parte de las Comunidades Autónomas (11 de 17) han aprobado también leyes sobre el tema y se ha generado una movilización social tan amplia que ha llevado a situar el derecho al matrimonio para gays y lesbianas como uno de los principales asuntos de la agenda política de cara a las elecciones al Parlamento que se celebrarán el próximo 14 de marzo. Todos los partidos del arco parlamentario están a favor del reconocimiento del matrimonio homosexual excepto el Partido Popular (conservadores), actualmente en el gobierno, por lo que parece que solo una nueva mayoría absoluta de este partido evitará que esta institución sea realidad a nivel estatal (Galván, 2003).

## Conclusiones

Como se evidencia en el presente artículo, en Colombia se carece de legislación positiva frente al tema, generando diferentes posturas a la hora de configurar o hacer efectivo este derecho, si bien la jurisprudencia ha fijado los lineamientos respectivos para que los funcionarios competentes lo apliquen, pero en realidad amparados bajo la objeción de conciencia. Los servidores se han apartado del precedente dejando desamparado este derecho.

Hablando de países con creencias arraigadas tenemos a Taiwán, quien luego de que el constitucional declara anticonstitucional la palabra matrimonio en su ordenamiento, el legislativo el 20 de mayo hogaño, realizó la estructura legal frente al tema y dejó claro los pasos para los demás derechos que se desprenden de estas uniones, así mismo, fijó la competencia de las autoridades locales.

## Referencias

Borrego, M. (2011). Bases Fisiológicas de la reproducción masculina y femenina: Posible correlación entre patologías o estados intersexuales y una orientación sexual determinada. En S. M. Carmen, ideología de género apariencia y realidad. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU.

Ezequiel, Ander-Egg . (1995), Técnicas de Investigación Social. [https://www.academia.edu/9500464/t%c3%89cnicas\\_de\\_investigaci%c3%93n\\_social](https://www.academia.edu/9500464/t%c3%89cnicas_de_investigaci%c3%93n_social)

Galván, Luz Elena (2003). “Los escenarios institucionales, los objetos de estudio, las categorías de análisis y las fuentes para la investigación”.

<https://www.liberarte.co/blog/parejas-del-mismo-sexo/matrimonio-igualitario-en-colombia-un-analisis-psicologico/>  
(<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/reds/article/view/1455/1205>)

<https://www.aibr.org/antropologia/boant/criticos/mar0401.html>

[https://elpais.com/sociedad/2019/05/17/actualidad/1558075176\\_467168.html](https://elpais.com/sociedad/2019/05/17/actualidad/1558075176_467168.html).

Mauricio Arteaga\* y Javiera Navarro\*\*. \*Psicólogo, UC. Doctor en psicología Universidad Autónoma de Barcelona, España. Decano Facultad de Psicología UAH. \*\*Psicóloga, UC. Magíster en psicología forense Kings' College London University, UK. Directora Carrera de Psicología UAH.

Zárate-Cuello, A. (2015) Adopción y procreación humana asistida homoparental en Colombia: problemas a la bioética y reflexiones del bioderecho.

# CONVENIENCIA DE LA DESPENALIZACIÓN DE LA INASISTENCIA ALIMENTARIA

Convenience of the depenalization of food non-assistance

Hernando Triana Sánchez\* Wilson Carreño Morantes\*\*

Luisa Saldarriaga Amaya\*\*\*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

## Resumen

El presente artículo expone los resultados del trabajo de investigación titulado: “Conveniencia de la despenalización de la inasistencia alimentaria”. Se centra en la recopilación y análisis de los aspectos que dieron lugar a la tipificación del delito y cuestiona la efectividad de la pena contemplada para el tipo penal desde el punto de vista de salvaguardar los derechos de los menores. Claramente, el Estado está obligado a sancionar penalmente las conductas antisociales, pero no todas generan el mismo riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos y no todos los delitos tipificados con pena privativa de la libertad garantizan la salvaguarda o restablecimiento de un derecho. En el caso de la inasistencia alimentaria una pena privativa de la libertad no es proporcional al daño social generado, si bien no se debe premiar la vulneración a los derechos del menor tampoco este tipo de medida los protege, por el contrario, podría decirse que los victimiza, ya que el menor podría verse más afectado al estar obligado a pasar por una situación que ningún niño debería soportar; alejado de sus padres y en un entorno de juzgamiento. En consecuencia, despenalizar la inasistencia

alimentaria en Colombia y optar por medidas sancionatorias más efectivas y no privativas de la libertad lograría una mayor garantía de los derechos fundamentales de los niños.

**Palabras clave:** alimentos, inasistencia alimentaria, delito, derecho del menor, protección al menor.

## Abstract

The present article exposes the results of the research work entitled: Convenience of the decriminalization of food non-attendance. It focuses on the collection and analysis of the aspects that gave rise to the criminalization of the crime and questions the effectiveness of the punishment contemplated for the criminal offense from the point of view of safeguarding the rights of minors. Clearly, the State is obliged to criminally sanction antisocial behavior, but not all generate the same risk to the interests of the community or individuals and not all crimes punishable by deprivation of liberty guarantee the safeguarding or restoration of a right. In the case of food non-attendance a deprivation of liberty is not proportional to the social damage generated, although the violation of the rights of the minor must not be

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.



rewarded, nor does this type of measure protect them, on the contrary it could be said that they are victimized, since the child could be more affected by being forced to go through a situation that no child should endure; away from his parents and in a judging environment. Consequently, decriminalizing food shortages in Colombia and opting for more effective and non-custodial sanction measures would achieve a greater guarantee of the fundamental rights of children.

**Key words:** Child support, Alimony, Crime Minor Law, Child Protection.



### Introducción

“Alimentos” es el nombre genérico que se le da a un tipo de obligación de origen legal, por medio de la cual se le impone a un sujeto llamado alimentante la obligación de proveer al alimentario, que es un sujeto con quien tiene un vínculo familiar, los medios necesarios para su subsistencia y bienestar.

Además del vínculo entre los sujetos, “para que se configure la obligación es necesario que el alimentario carezca de medios suficientes para subsistir en condiciones dignas, y que el alimentante tenga capacidad económica para proporcionar dichos medios” (Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, 2012).

Dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

En síntesis, cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley les obliga. El deber de asistencia del Estado es subsidiario, y se limita a atender las necesidades de quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Sentencia C-237, 1997).

En nuestro ordenamiento jurídico diversas son las normas que consagran esta obligación. Para el caso de los menores de edad constituye un derecho fundamental consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional y, por tanto, exigible incluso por vía de tutela. De este deber se ocupa todo un capítulo del Código Civil y para el caso de los niños está regulado de manera especial en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia.

Proporcionar alimentos es una obligación en cabeza de quien la ley señale y, por tanto, sustraerse de este deber trae consecuencias de diversa índole, tanto en el campo del derecho civil, como en el campo del derecho penal en el que se considera una conducta típica castigada con privación de la libertad.

Desde que en nuestro ordenamiento jurídico se incluyó la inasistencia alimentaria como delito, ha habido diversas posiciones tanto en pro como en contra de esta sanción punitiva que van desde los que consideran su imperiosa necesidad para evitar graves problemas sociales a futuro, y los que piensan que es una medida

exagerada y que en muchos casos es una manera de criminalizar la pobreza.

Este artículo no pretende esclarecer si es conveniente mantener el delito de inasistencia alimentaria o no, se limita a hacer una revisión jurídica de lo que actualmente se hace en nuestro país tanto desde el punto de vista civil, penal y administrativo para garantizar el deber de proporcionar alimentos a quienes por ley se deba y, además, determinar la efectividad de la penalización de la inasistencia alimentaria respecto al cumplimiento de la obligación y, por otra parte, indicar la forma como otros ordenamientos jurídicos abordan la misma problemática a fin de estudiar posibles alternativas a las medidas actualmente aplicables.

## A. Desarrollo histórico del concepto de alimentos

El registro histórico más antiguo con que contamos de una regulación jurídica completa del derecho de alimentos se encuentra en un texto del Digesto. Allí se halla un desarrollo altamente elaborado del derecho a exigir alimentos, del cual evidentemente fueron tomadas las reglas para el code francés a su vez trasladadas al código de Andrés Bello y, al cabo, al Código Civil colombiano, siendo insignificantes las diferencias que registran estas legislaciones respecto de la fuente.

Se precisaba que quien pretendía los alimentos tenga necesidad de ellos, entendiendo que pudiendo proveérselos por sí mismo, carecería de legitimidad para reclamarlos, por otro lado, al deudor de alimentos solo podría exigírsele de acuerdo con sus facultades. Presupuesto que reiteró al prever que si el deudor se negara a prestar alimentos, su monto sería fijado por el juez, pero con arreglo a las facultades del deudor. En tercer lugar, podría el deudor negarse a

prestar alimentos si su acreedor hubiese hecho algo en su contra, por ejemplo, denunciarlo. De donde surge que no solo se precisaban condiciones objetivas como la capacidad de pago correspondiente a la necesidad igualmente objetiva por parte del acreedor, sino que entre los extremos subjetivos de la obligación debían persistir presupuestos, si se quiere subjetivos, que expliquen la vigencia de la “caridad de sangre”, antes que basarse en sentimientos particulares, de reconocimiento y respeto de la dignidad ostentada.

*Así mismo, según Ulpiano, la carga de los alimentos respecto de los hijos recaía tanto en el padre como en la madre simultáneamente, dado que si la madre suplía lo que el padre dejó de pagar tendría derecho a reembolso contra este, salvo en aquella parte que debió pagar ella en todo caso, por el amor propio de la madre hacia el hijo (Vargas, 2007, p. 47).*

## Naturaleza del derecho de alimentos

El concepto de derecho natural se ha asociado con las disposiciones introducidas al derecho civil sin necesidad de explicación diversa que la naturaleza humana.

*Es decir, se trata de un derecho de orígenes inciertos, cuya existencia y validez no depende de la voluntad de los pueblos o de los consejos con funciones legislativas, si no que se impone por la fuerza de la naturaleza, termina por ser algo así como un saber confiado por los dioses a los hombres, no se presta a duda, es inmutable, imperecedero y perfecto (Kaser, 2004, pp. 68-74).*

Pérez Moya explica en su libro los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la práctica judicial que el derecho de alimentos no era posible en el tipo de familia propio del derecho arcaico y en buena parte republicano, organizando conforme al criterio genético, caracterizado por la unidad domés-

tica de orden, social, económico y político, en que se apoyó Roma desde su fundación hasta ya desatada irreversiblemente la crisis de la República que dio paso al principado. Por consiguiente, el derecho de alimentos surge cuando la familia, fuertemente coaccionada, fue desplazada por otra que extraña los lazos de unidad sólida, que tiende a la dispersión y más que ello a la desaparición. En la época de los juristas clásicos sigue existiendo aún la categoría social de las gens, pero paulatinamente va exigiéndose el derecho especial de los gentiles, que se nos ha transmitido en relación con la sucesión intestada y la tutela y la curatela.

Ese derecho no se designa como *ius gentium*, sino como *gentilicium ius*. Como restos históricos del mismo sobrevivieron el *nomen gentile* y ciertas relaciones sacrales y sociales.

Es precisamente esta la explicación de por qué Ulpiano invoca las naturales *ratio* y *aequitas*, al momento de justificar la naturaleza de la obligación alimentaria, y no una indiscutible y divina ordenación natural. El derecho de alimentos nació frente a una necesidad política concreta de procurar mantener un estatus que antes estaba asegurado por la consistencia y solidez de la organización familiar de raigambre gentilicia, ancestral, patriarcal, cerrada y autosuficiente.

La autosatisfacción prodigada por la economía doméstica que naturalmente proveía la familia, estaba llamada a perderse junto con la estructura familiar gentilicia, porque ahora la sociedad era receptora del individuo cuyo sostenimiento, prodigado inicialmente para la familia, debía procurarse dentro de la sociedad respecto de la cual la familia no era otra cosa que el articulador, algo así como un esquema en que aparece el individuo familia-sociedad, siendo la familia el puente que une a los dos extremos. Sin embargo, el individuo no se encontraba abandonado a su suerte. Las normas romanas sobre derecho de alimentos son enfáticas en condicionar la obligación a que los parientes

deudores tuviesen capacidad de proveer alimentos a su acreedor, quien a su vez debía necesitar la asistencia. ¿Qué sucedía cuando ningún pariente disponía de dicha capacidad?

*La verdad es que la obligación alimentaria habría surgido cuando ya el Estado había consolidado un sistema de seguridad social que hacia responsable al Estado (Grimal, 1999, pp. 281-282).*

Los antónimos se distinguieron entre otros, por su política de seguridad social; inicialmente fue Nerva quien consolidó un sistema alimentario de asistencia estatal para personas pobres. Incluso, inició un fondo a favor de los huérfanos y pobres, además de una reforma agraria que permitía distribuir tierras entre las clases menos favorecidas.

Esta política fue seguida de cerca por sus sucesores. Adriano incrementó la ayuda a la infancia, mientras que Antonio Pío sancionó leyes orientadas a favorecer a las familias pobres. Ciertamente, la consagración del derecho de alimentos es el principal reconocimiento a la creciente desaparición de la familia nuclear, como modelo habitual de familia estandarizada, entendida esta como una realidad fenoménica inherente a organizaciones políticas estáticas, mantenida ahora como una realidad meramente institucional, dentro de la cual, y solo dentro de ella, son posibles mecanismos que se ejercen por alguno de los miembros contra otro, que cuestionan los lazos emocionales en los cuales descansaba la familia gentilicia y se pretende, desde luego artificialmente, que coexistan con estos cuando la verdad es precisamente lo contrario.

*El derecho de alimentos pone de manifiesto que la familia, entendida como como estatus termina por sobreponerse a la asociación de personas, verdadera familia si se quiere, fundada en la unidad de propósitos y cohesionada por emociones compartidas (Bonfante, 1963, p. 379).*

La obligación alimentaria es patrimonio de la familia jurídica, donde lo que cuenta es el estatus sustentado en una relación cuyo contenido ha podido dejar de existir; se trata de una atadura, un ligamen, un vínculo jurídico, esto es meramente institucional, de ahí que exista sin importar la clase de sentimientos que pervivan entre el acreedor y el deudor.

*Así que el derecho de alimentos nada tiene que ver con el amor compartido de los miembros de la familia, antes bien insinúa su desaparición (Vargas, 2007, p. 51).*

Prueba de lo cual es que solo se grava a los parientes que cuenten con la suficiente capacidad de provisión a quienes la requieran, pero su imposibilidad está suplida por el Estado a través de un sistema de seguridad social que atendía a las necesidades de las personas pobres y , patrimonialmente, de niños pobres o huérfanos.

El individuo antes confiado a la unidad doméstica amenazaba ser una responsabilidad de la sociedad, y frente a tal exigencia su respuesta fue configurar un sistema corresponsable que si bien, gravó a quienes observaban cierta condición jurídica respecto de él y los primeros afectados fueron los familiares, tanto más cuanto más próximos, también el Estado estuvo involucrado como codeudor corresponsable.

## **B. La familia y el deber de brindar alimentos**

Dado que la obligación alimentaria está íntimamente ligada con la institución familiar, es menester iniciar nuestro abordaje del delito de inasistencia alimentaria hablando de la familia.

*El origen etimológico de la palabra familia se remonta al latín famulus, que hace inicialmente referencia al grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens (sistema social). De otro lado se cree que, el vocablo proviene del latín fames (hambre) haciendo referencia al conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa, lo cual evidencia la importancia del uso de una olla común como un elemento fundamental en la configuración de la familia, independientemente de los lazos de sangre (Ortiz, 2004, p. 74).*

Desde el punto de vista sociológico el concepto de familia es multidimensional y multidisciplinario, lo que permite que sea estudiada desde una perspectiva integradora; desde la biología, la familia nace con el encuentro de dos seres humanos de sexo distinto que se unen con el fin primario de generar la reproducción y que tiene como fin último la conservación de la especie; de igual manera, bajo una perspectiva biológica solo se reconoce como familia la unión de individuos bajo lazos de sangre (Gómez, 2013, pp. 11-20).

Desde la concepción de familia como grupo de parientes se hace referencia a la construcción de familia desde una relación de parentesco,

*así la estructura de familia se considera el centro de la sociedad y esta es conformada por personas con algún lazo de consanguinidad en la cual la posición dominante es la del padre como estructurador de la familia (Gómez, 2013, pp. 11-20).*

En el sentido económico la concepción de familia se basa en el término pecus que hace referencia al dinero amonedado, así el sentido de familia apunta, desde lo económico, hacia la concepción de esta como bien perdurable. Para la economía, la familia es una unidad básica de consumo, y su estudio está orientado a la proyección de costos, gastos e ingresos de la misma como unidad, dentro de sus funciones se encuentra la de dotar a sus miembros de los

elementos básicos para suplir sus necesidades básicas (Suárez Franco, 1992, p. 75).

Una de esas necesidades básicas es la de los alimentos, por ello se abordará desde el punto de vista teórico este concepto.

El significado del verbo alimentar, comprende no solo el hecho crítico de administrar alimentos a quien los necesita sino también aprovisionarlos, de otro lado, el verbo deber, expresa la existencia de un crédito, una situación de exigibilidad, al paso que el sustantivo alimentos se orienta a concretar el objeto de la prestación sin que la palabra cifre su significado en una cosa particular y excluyente.

Se trata de una obligación de medio, información que aportan las formas de pago posibles como las restantes características, pues el pago puede verificarse por cualquier medio lícito con idoneidad al fin de proveer la alimentación del acreedor. Lo cual desde luego rechaza que es una obligación de resultado. Máxime que el efectivo cuidado no se confunde con el aprovisionamiento de alimentos. Adicionalmente, como podría tratarse de una obligación real sino esta previamente determinado su objeto, que se trate de una obligación patrimonial no rivaliza con el origen de la obligación ni con su esencia humanista (Moya Vargas, 2000, p. 24).

### **C. La inasistencia alimentaria como delito**

El delito de inasistencia alimentaria solo se integra cuando la obligación tuvo su fuente en la ley, ya que claramente el texto de la norma indicó "alimentos legalmente debidos". El delito es doloso. No obstante, es bueno estimar que una persona puede ser completamente consciente de que es antijurídico no asistir a los hijos. Y más aún querer el resultado, pero ello no garantiza que la conducta sea punible. Puesto que

*es necesario que el acreedor necesite algo que el deudor le puede dar pero que se resiste a ello, así que el juicio de antijuridicidad y culpabilidad desborda los sistemas tradicionales (Moya Vargas, 2000, p. 30).*

Una vez entendida la concepción del delito se han de conocer aquellos elementos que constituyen el tipo penal de inasistencia alimentaria. Sujeto activo: Es el denominado agresor, es decir, quien consume el tipo penal. En el delito de inasistencia alimentaria, según el Código Penal, es "quien se sustraiga sin justa causa de la prestación de alimentos". Además, el sujeto activo es "cualificado o calificado jurídicamente por el vínculo de familiaridad: ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o cónyuge".

**Sujeto pasivo:** Entendiendo que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que resulta afectado por la conducta del sujeto activo, son sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria el cónyuge, el compañero permanente, los ascendientes, los descendientes, los adoptantes y los adoptivos.

**Objeto jurídico:** Es el bien jurídico que se pretende proteger con la norma, *es decir, consiste en que el comportamiento que encierra el verbo determinador que ponga en peligro o de lesión efectiva de un determinado bien predicable o atribuible a los sujetos pasivos, este tipificado en una norma (Herrera Martínez, 2008, p 38).*

**Objeto material:** Son las personas sobre quienes recae la acción inculpativa o la acción típica, esa conducta típica la comprende la expresión "se sustraiga sin justa causa". Esas personas que padecen esa conducta o acción criminal son los ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos, cónyuge o compañero permanente. Perturba la armonía del hogar y pone en peligro la subsistencia de los seres que la conforman y que están protegidos cons-

titucionalmente en el artículo 42 y siguientes de nuestra Constitución Nacional (Herrera Martínez, 2008, p 38).

**Objeto jurídico:**

*Es el objeto jurídico, que resulta vulnerado por la conducta del sujeto activo, cuando encaja en la descripción establecida por el legislador, en este caso, el agente afecta el bien jurídico familia (Caro López y Mejía Guzmán, 2006).*

**La conducta:** En el delito de inasistencia alimentaria la conducta está determinada por el verbo “sustraerse” que, en este caso, es el determinante y significa abstenerse de hacer algo.

**Culpabilidad:** Para que una conducta se califique como punible, además de típica y anti-jurídica tiene que existir voluntad para su realización, es decir, “que la conducta para que sea infracción es necesario que se adecue a un tipo penal y lesione o ponga en peligro sin causa de justificación un bien jurídico”, este delito en concreto es esencialmente doloso, ya que el tipo penal consagra quien se sustraiga sin justa causa, es decir, que no haya justificación en la sustracción a la prestación de alimentos legalmente debidos (Corte Constitucional, 1992).

Visto lo anterior, se encuentran establecidos como elementos del tipo penal: la preexistencia de la obligación, su exigibilidad durante la consumación, que acontezca la sustracción y, por último, que esta sea injustificada,

*Esto tiene por consecuencia que, para poder soportar jurídicamente un juicio de responsabilidad penal por inasistencia alimentaria, la condición primera es que se verifiquen todos los elementos de la obligación, especialmente el que tiene que ver con el débito (Moya Vargas, 2007).*

La razón se ofrece clara: no existe obligación si no hay un objeto de la prestación que pueda

reclamarse. Y este preciso aspecto es objeto de regulación concreta; en el caso de Colombia existe desde hace más de un siglo.

Así las cosas para que exista débito exigible se precisa:

- Que el acreedor alimentario sufra una necesidad actual de asistencia alimentaria.
- Que el deudor de alimentos tenga capacidad de satisfacer la necesidad alimentaria.
- Que el deudor de alimentos solo debe de lo que su acreedor alimentario necesita, aquello que pueda aportarle.

“Verificadas estas tres condiciones podemos sostener que existe obligación de pagar alimentos. De lo contrario definitivamente no” (Moya Vargas, 2007, p. 120).

**D. El dilema de inasistencia alimentaria**

La inasistencia alimentaria es un delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, se corresponde a un antivalor con el cual nuestra sociedad no está dispuesta a convivir, infortunadamente la cifra de personas que incumplen con este deber es creciente, lo que congestiona nuestro ya lento aparato judicial, genera una carga adicional a los investigadores y desvía la atención de la Fiscalía en un asunto que si bien es muy relevante dentro del Estado Social de Derecho, no lo es dentro de la política criminal colombiana, que tiene como prioridad delitos de mayor envergadura como el narcotráfico, desapariciones forzosas, torturas, masacres, homicidios y tantos más delitos que por desgracia forman parte de nuestra cotidianidad.

Si bien la obligación alimentaria es de la esfera de las conductas inscritas en las costumbres y en las afectividades propias del ser humano aparece un sistemático incumplimiento en la misma, que el Estado ha intentado atacar des-

de diversas ópticas, civil, penal e incluso por medio de mecanismos alternativos de solución de conflictos, pese a ello la efectividad resulta precaria, por tanto, se hace necesario, desde el área de la investigación jurídica, estudiar esta fenomenología para poder plantear una ruta diferente en el abordaje de la conducta anti-jurídica.

Así las cosas, revisar los mecanismos actuales con que cuenta el sujeto pasivo afectado por la conducta punible, se convierte en una tarea de especial relevancia jurídica máxime si lo que se busca es garantizar el suministro de los alimentos en favor de quienes no están en capacidad de proporcionárselos por sí mismos y sancionar a quienes por ley están obligados a suministrarlos. No se trata entonces de minimizar el delito, sino de entender sus implicaciones, sus raíces y la poca o nula eficacia de la criminalización de la conducta, para poder enfrentarla con mecanismos ágiles y efectivos que resulten en la materialización del deber establecido.

### **E. Desarrollo jurisprudencial de la inasistencia alimentaria**

Es recurrente pensar que la necesidad de proveer alimentos es una obligación crediticia o lo que el régimen de derecho civil ha denominado un derecho personal, respecto de cuyo incumplimiento no puede imponerse pena privativa de la libertad se deduce de contera que, siendo así las cosas, hay una violación al artículo 28 de la Carta Política en cuanto este prohíbe la detención, prisión o arresto por deudas. Ello porque si lo que vincula al alimentante con el alimentado es una deuda, un crédito, no puede el Estado sancionar el incumplimiento con una pena privativa de la libertad.

Por suerte la Corte Constitucional, en razón de la demanda de inconstitucionalidad interpues-

ta en contra del artículo 263 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), y el inciso primero del artículo 270 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) emitió la Sentencia C-237 del 97 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz en la cual se abordaron varios aspectos relacionados con el delito de inasistencia alimentaria y de cómo con la penalización de la conducta el bien tutelado es la familia y no el patrimonio económico, en primer lugar hizo referencia al deber de solidaridad en cabeza del Estado, en este sentido señaló:

*El deber de solidaridad del Estado, ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones. Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental.*

*Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la "alimentaria".*

En la misma Sentencia se establecieron cuáles eran los requisitos fundamentales del deber de inasistencia alimentaria “la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia”.

Desde el punto de vista jurídico, la obligación alimentaria se encuentra determinada en la ley y, en general, no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. Sin embargo, para la Corte Constitucional

*Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.*

*El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario (Sentencia C-237 de 1997).*

Ha quedado establecido que en materia de inasistencia alimentaria, la razón de la sanción es la afrenta que el incumplimiento genera en la unidad familiar y en la subsistencia de los miembros del núcleo social, mientras que el deudor incumplido de otro tipo de créditos afecta, apenas, el patrimonio ajeno. Dado que se trata de dos situaciones diferentes, la que incumbe al deudor de un crédito regular y la del deudor de un crédito alimentario, no podría

la ley conferirles un tratamiento igualitario en punto al incumplimiento de la obligación, así las cosas es evidente que no existe vulneración del artículo 28 constitucional que prohíbe la prisión por deudas ya que en palabras de la Corte en Sentencia C-984 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra determinó:

El artículo 28 de la Constitución que prohíbe la sanción privativa de la libertad “por deudas”, se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito, vulnera los bienes materiales del acreedor. En la inasistencia alimentaria, se reitera, no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia.

Respecto a la iniciación del proceso penal de inasistencia alimentaria, la Corte estudió la exigencia impuesta por el artículo 33 del Decreto 2700/91 y reiterada en el artículo 2° de la Ley 81/93, y concluyó que

*la querrela como condición de procesabilidad de los delitos que se cometan contra menores, frustra el principio de prevalencia de sus derechos y la garantía en la que reposa [ya que] la comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que solo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado. Establecer, en estos casos, la querrela es impedir que la sociedad y el Estado puedan cumplir con su obligación constitucional, irrevocable e incondicional, de defender al niño (Sentencia C-459/95. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).*

Este punible, según la jurisprudencia de la Sala, tiene como elementos constitutivos la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado; la sustracción total o par-



cial de la obligación; y la inexistencia de una justa causa, es decir, que la estructuración del incumplimiento ocurra sin motivo o razón que lo justifique.

En nuestro sistema penal, esta conducta se ha distinguido como de peligro, de ejecución permanente y de tracto sucesivo. Respecto de lo primero, tanto la Corte Constitucional como esta Sala han detallado que “La conducta descrita [...] es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido”. En lo segundo, se ha precisado que su consumación comienza

*Desde que el alimentante deja de satisfacer la carga legal de suministrar alimentos o de proveer lo necesario para el sostenimiento integral del alimentado y perdura en el tiempo hasta el último acto consumativo o hasta que se formule la imputación del cargo, salvo que materialmente la obligación alimentaria termine con antelación (Sentencia T-502 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero).*

La misma Sentencia respecto del tipo penal estableció:

*El verbo “sustraer”, que constituye el núcleo de la conducta punible, expresa la idea de separarse de lo que le corresponde por obligación, prescindiendo, en consecuencia, de cumplir esta. Es una conducta activa, maliciosa, claramente regulada, de modo que deja de incriminarse cuando ocurren descuidos involuntarios o cuando se presentan inconvenientes de los que pueden incluirse dentro de las justas causas. Se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley, o existente fuera de ella, que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente, y cuya realización desintegra el tipo penal”.*

También es justa causa el hecho o circunstancia grave que se hace presente en el obligado para dificultarle la satisfacción de sus compro-

misos a pesar de que no quiere actuar de esa manera.

## **F. Posturas a favor y en contra de la despenalización**

La obligación alimentaria tiene carácter de reciprocidad y busca proteger a quien se encuentre en estado de indefensión, bien sea que se encuentre en estado de incapacidad física o mental, o que sea menor de edad, o que pertenezca a la tercera edad, o por cualquier tipo de debilidad manifiesta (Patiño Becerra, 2015, p. 57).

El deber de alimentos que surge de un derecho natural de quien está en estado de indefensión se ve en la obligación de consagrarse en el derecho positivo a fin de tener un medio de coacción y de fundamento al momento de exigirlos.

*También se ha dicho que, no basta concederle a ayuda alimentaria el simple carácter de un deber moral, sino que ha sido necesario dotarla de coercibilidad por parte de la ley positiva, a fin de que el necesitado materialmente pueda exigir a quien esté en condiciones de hacerlo, el suministro de lo necesario para subsistir; y precisamente por los vínculos de familia que unen al necesitado con el que se halle en condiciones de solvencia económica (Suárez Franco, 1992, p. 105).*

Llevar el incumplimiento de este deber al carácter de delito, sin lugar a duda, requiere de factores y argumentos que deriven en la conclusión de que dicha penalización es la opción más viable para proteger los derechos del menor.

Desde la aparición de la inasistencia alimentaria como delito en la legislación colombiana, se han esgrimido principalmente cinco clases de argumentos apoyando la penalización de esta conducta.

Primero, la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad, entre otros que justifican la creación o mantenimiento de un tipo penal intimidatorio; segundo, la ineficacia de las acciones de tipo civil para enfrentar el fenómeno de la inasistencia. Tercero, la importancia de mantener penalizada la inasistencia en razón de sus graves efectos sociales en el largo plazo. Cuarto, la idea de que la inasistencia alimentaria constituye una forma de violencia contra la mujer. Por último, el argumento de que el alto número de procesos judiciales por inasistencia demuestra la eficacia del tipo penal (Bernal y Larrota, 2012, p. 20).

Autores como Reyes Echandía y Gutiérrez Anzola afirmaron que la penalización de la inasistencia alimentaria cumplía funciones de tipo preventivo frente a otros fenómenos de tipo social. Con base en investigaciones adelantadas entre 1966 y 1968, el primero de estos autores afirmó que el incumplimiento de las obligaciones de asistencia moral y material es una de las causas determinantes de la criminalidad infantil y juvenil, la vagancia, la mendicidad, la prostitución, el alcoholismo y la gaminería. El autor encontró además una relación entre este último fenómeno y la existencia de ambientes familiares hostiles.

Por su parte, Jorge E. Gutiérrez Anzola señaló que el peligro de la inasistencia consistía en que acercaba a la familia “a los más bajos fondos de la miseria, la mendicidad, la vagancia, la prostitución, etc.” (Huertas Díaz, Charry Rojas, Archila Guio, 2014, p. 67).

En la otra orilla se encuentran quienes sostienen que el delito de inasistencia alimentaria debería ser excluido del ordenamiento jurídico penal y para sustentar su postura exponen principalmente, los siguientes argumentos:

- a. La inconstitucionalidad de penalizar el incumplimiento de deudas civiles,
- b. La violación a los principios del derecho penal garantista,
- c. Los altos niveles de congestión del sistema penal,
- d. La criminalización de la pobreza,
- e. La poca idoneidad de la penalización para proteger los derechos del alimentario,
- f. El agravamiento del conflicto social que le subyace,
- g. El uso inadecuado como “instrumento de venganza sentimental” y
- h. La mayor adecuación de la vía civil para proteger los derechos del alimentario.

## Metodología

Esta investigación intenta entregar una visión general de lo que se ha escrito en materia de inasistencia alimentaria en Colombia. Pretendemos establecer si su inclusión como delito ha sido eficaz en cuanto al cumplimiento de la obligación.

Teniendo en cuenta la multilateralidad de este tema se abordará su estudio mediante una investigación exploratoria y descriptiva, que estudie el concepto de inasistencia alimentaria su evolución histórica, la respuesta penal que se brinda, las garantías procesales a las víctimas, y la regulación de otros mecanismos, sociales e institucionales, que pueden incidir en la disminución de este delito.

Los estudios explorativos nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo la investigación más completa sobre un contexto particular de la vida real, investigar problemas del comportamiento humano que se consideren cruciales, y los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido

a análisis. Miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar.

*Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es, en un estudio descriptivo se selecciona la serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así describir lo que se investiga” (Sampieri, 1991, pp. 44-51).*

El tipo de método apropiado para esta investigación es de carácter cualitativo.

Las variables cualitativas tienen como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno, se busca un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad. Es decir, no se trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible. Decidimos utilizar este tipo de variables ya que pretendemos analizar y comprender a los sujetos y fenómenos que rodean el delito de la inasistencia alimentaria desde la perspectiva de los dos últimos; eliminando o apartándonos de prejuicios, creencias o conceptos propios; para participar en la investigación a través de la interacción con los sujetos que rodean el estudio en cuestión.

### **Sujetos de investigación**

El sujeto de la investigación es la normativa del ámbito nacional, pasando también por una revisión a la doctrina en la materia.

El diseño está constituido por la investigación documental, con la técnica inductiva que permitirá reconocer y contextualizar la problemática.

Determinar la efectividad de la penalización de la inasistencia alimentaria respecto al cumplimiento de la obligación.

### **Discusión**

La Organización de las Naciones Unidas bajo el concepto de que:

*La familia, es un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Organización de las Naciones Unidas, 1989).*

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; establece la convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989.

Dicha convención tiene como fin otorgar una protección especial a quienes por no haber alcanzado su total desarrollo físico y mental lo requieren y convoca a que los Estados partes tomen todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En el entendido de lo anterior Colombia, como Estado, propende por la protección de los menores, causando relevancia desde el marco constitucional en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, y en el marco legal, expide la Ley 1098 del 2006 a fin de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Además de lo anterior, existen distintas leyes que si bien no se consagran expresamente como medida de protecciones a los derechos de los menores, si se crearon con el objetivo de velar por esos derechos. Tal es el caso del título

XXI del Código Civil colombiano y el artículo 233 del Código Penal.

Mencionadas normas consagran el deber de los alimentos especialmente dirigidos a los niños y la consecuencia del no cumplimiento de dicha obligación.

El Código Civil dedica todo el título XXI “de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas” a definir la titularidad del derecho, clases de alimentos, duración de la obligación, entre otros aspectos. De aquí podemos derivar la intención del legislador de proteger a aquellos que por determinada situación dependen de otro y que más claro ejemplo que la dependencia de un niño a sus padres.

Un menor, conforme a lo ya mencionado por la ONU en la Convención de los Derechos del Niño, merece toda la protección y dignidad, por tanto, es inherente al hecho de ser padre la responsabilidad de suministrarle alimentos a los hijos, pero a su vez, el Estado debe otorgar garantías y establecer medidas de protección en caso de incumplimiento por parte del alimentante.

En razón a lo anterior, y dado al gran número de padres que se sustraen de brindar alimentos sus hijos, el Estado colombiano estableció una medida sancionatoria en caso de incumplimiento; estamos haciendo referencia al inciso segundo del artículo 233 del Código Penal que consagra que “aquel que se sustraiga injustificadamente del deber de brindar alimentos a un menor podría incurrir en prisión de 32 a 72 meses y multa entre 20 y 37.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Infortunadamente, la medida privativa de la libertad impuesta por la legislación colombiana ha dado como resultado la desunión de la familia, a que en ocasiones el padre que denun-

cia al que se sustrae de brindar alimentos por este delito lo hace a fin de lograr una venganza o persiguiendo su deseo de que el alimentante sea castigado por su irresponsabilidad, y no en pro de los derechos del menor.

Una vez fijada una cuota de alimentos y dado su incumpliendo se tienen dos opciones; iniciar un proceso civil para cobrar ejecutivamente esos alimentos adeudados o entablar una denuncia ante la Fiscalía a fin de iniciar un proceso penal y que el padre que se sustrae de la obligación vaya a la cárcel como castigo al incumplimiento.

Lo anterior, va en contra del llamado principio de ultima ratio ya que, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, pero en caso de incumplimiento por parte del alimentante no queda como última alternativa sino, al contrario, como la opción más usada.

El Estado está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

En el caso de la inasistencia alimentaria una pena privativa de la libertad no es proporcional al daño social generado, si bien no se debe premiar la vulneración a los derechos del menor, tampoco este tipo de medida los protege, pues podría decirse que los victimiza, puesto que el niño se verá obligado a crecer lejos de su padre y, peor aún, podría ser discriminado por ser hijo de un reo; situación que en nada se relaciona con la idea de garantizar los derechos fundamentales del menor, por el contrario, podría verse más afectado al estar obligado a pasar por una situación que ningún niño debería

soportar, alejado de sus padres y en un entorno de juzgamiento. Por motivos como estos es que se puede considerar la conveniencia de despenalizar la inasistencia alimentaria en Colombia cuando versa sobre menores de edad.

## Conclusiones

Una vez revisada la normativa nacional respecto de la tipificación de la conducta de inasistencia alimentaria, así como jurisprudencia y doctrina existentes sobre la materia; resulta evidente que la tipificación del comportamiento prima facie resulta proporcional al injusto, teniendo en cuenta la protección constitucional reforzada en cabeza de los niños, niñas y adolescentes y el interés superior de los infantes, sin embargo, existen opiniones encontradas respecto a la eficacia y efectividad de la sanción impuesta, ya que el tipo penal que se tiene reglado para el delito de inasistencia alimentaria, además de las penas principales de prisión y multa, se pueden imponer otras de las penas accesorias contempladas dentro del cuerpo normativo del Código Penal, situación que puede en casos ser efectiva para el cumplimiento de la obligación alimentaria, ante el miedo que se le inflige al deudor que dentro del proceso judicial va a ocupar los roles de investigado, indiciado, acusado y condenado ya que al sentir esa prisión de una pena tan fuerte que le puede ser aplicada, va a pagar el valor adeudado.

Pero se encuentran también teorías que están en contra de las penas impuestas y se empieza a vislumbrar en Colombia la idea de despenalizar la inasistencia alimentaria, ya que hay personas que consideran que la efectividad de las penas contempladas en el Código Penal no es suficiente para hacer que el deudor pague, y se ponga al día con su obligación alimentaria, ya que en últimas en los casos en que por la inasistencia alimentaria la víctima sea un menor,

al condenar al deudor no se hace justicia realmente, ya que la pena de prisión puede llegar a ser una excusa para que no se haga el pago de los alimentos.

Quienes apoyan esta última teoría dan pie para pensar en la aplicación de otras medidas, quizá de índole administrativo, que hagan que el pago de los alimentos sea efectivo y no, por el contrario, que sirva esta sanción como una excusa para el deudor alejarse de la deuda argumentando que en el tiempo en que se encuentre pagando una pena de prisión carece de capacidad económica que le permita cumplir con su obligación.

Es por lo anterior que se ha concluido que en el país se encuentran actualmente dos teorías respecto a la forma de castigar la inasistencia alimentaria, y esta ronda en la efectividad de la sanción que se le impone al deudor, por lo que se genera la incertidumbre de cuál de estas puede ser mejor para una sociedad en la que es común observar casos en que se adeudan alimentos.

En Colombia se ha estado aplicando la pena de prisión y multa que se contempla en el artículo 233 del Código Penal, pero en países como México y Uruguay se utilizan medidas de índole administrativo que imponen sanciones a los deudores que hacen que se les dificulte la realización de sus trámites y, además, ser reportados en centrales de información.

En la apreciación que damos como estudiantes de derecho y después de realizar una investigación sobre el tema consideramos que puede llegar a ser más útil la aplicación de sanciones de índole administrativo que sean más contundentes en la hora de hacer que el deudor esté en una situación en la que deba pagar su deuda de alimentos y, además, que haga que por el tiempo en que esté obligado a pagar alimentos lo haga sin sustraerse de esta obligación, por

el contrario, consideramos que las penas actualmente aplicadas en Colombia no son suficientes para realizar los pagos de alimentos ya que al estar de por medio un proceso judicial puede ser óbice para que la parte que realice un mejor debate probatorio sea ganador y en los casos en que esta última posición la tenga la defensa hace que el deudor salga ileso de cualquier sanción o contrario sensu que en caso de ser condenado utilice el tiempo en el que está pagando la pena para sustraerse de la obligación por no tener capacidad económica.

## REFERENCIAS

Alimentaria, I. s. (22/07/2012). Issuu. Obtenido de issuu [https://issuu.com/revistaci/docs/a8\\_impacto\\_social\\_del\\_delito\\_de\\_la\\_inasistencia\\_al/3](https://issuu.com/revistaci/docs/a8_impacto_social_del_delito_de_la_inasistencia_al/3)

Bernal, C., & Larrota, M.E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria: Diagnóstico acerca de su conveniencia. USAID - DeJusticia.

Caro López, F. C. y Mejía Guzmán, K. L. (2006). El delito de inasistencia alimentaria y la proscripción de cárcel por deudas. [Trabajo de grado para optar al título de abogado], Medellín: Facultad de Derecho - Universidad de Antioquia. [Disponible en biblioteca principal.]

Congreso de la República de Colombia. (1980). Decreto Número 100 de 1980 23 enero de 1980 "por el cual se expide el Nuevo Código Penal", Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1946). Ley 83. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1968). Ley 75. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución política. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1187. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-502. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (16/03/2004). Sentencia C- 247.

Corte Constitucional de Colombia. (12/10/1995). Sentencia C-459/95

Corte Constitucional de Colombia. (20/05/1997). Sentencia C-237

Corte Constitucional de Colombia. (13/11/2002). Sentencia C-984

Herrera Martínez, S. (2008). El delito de inasistencia alimentaria para la jurisprudencia y la doctrina, Medellín: Universidad de Antioquia. Huertas Díaz O, Charry Rojas R, Archila Guio C. M , (2014) , el Delito de Inasistencia Alimentaria.

Moya Vargas, M. F. (2000). El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo. Derecho Penal y Criminología, 88.

Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los derechos del niño. Ginebra.

Patiño Becerra, N. C. (02/2015). Repository: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de sitio web de la Universidad Nueva Granada [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahukewjp-4cq\\_iq\\_xahuhfjqkhd9bdacqfggqmae&url=http%3a%2f%2frepository.unimilitar.edu.co%2fbitstream%2f10654%2f13906%2f2%2fel%2520delito%2520de%2520inasistencia%2520alimentaria%2520en%2520e](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahukewjp-4cq_iq_xahuhfjqkhd9bdacqfggqmae&url=http%3a%2f%2frepository.unimilitar.edu.co%2fbitstream%2f10654%2f13906%2f2%2fel%2520delito%2520de%2520inasistencia%2520alimentaria%2520en%2520e) Sampieri Hernández , R., (1991), . Metodología de la investigación. Bogota : www.FreeLibros.com.

Suárez Franco, R. (1992). Derecho de familia. Bogotá: Temis.

Vargas, M. F. (2007). Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

# LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL CON PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

The action of tutela in pensional matters with third age people

————— José Abel Gámez Bohórquez\* Juan Carlos Pineda Barbosa \*\* —————

UNISANGIL

Sede Chiquinquirá, Colombia

## Resumen

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se contempló la acción de tutela, como un mecanismo preferente para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales; bien sea contra funcionarios públicos o entre particulares. Con ello ha surgido la problemática sobre la procedencia de la Acción de Tutela cuando se niega la pensión de vejez por incompatibilidades o errores en las semanas cotizadas; donde se tienen dos postulados frente a esta problemática, uno de estos especifica que debe existir un perjuicio irremediable y este, a su vez, debe ser probado y en caso de ser fallido se debe acudir ante la Jurisdicción Ordinaria. Y el otro postulado es la procedencia de la acción al estudiar si existió vulneración al núcleo esencial del derecho. Para el desarrollo de este tema se tomará como base una metodología cualitativa, basado en estudios normativo y jurisprudencial, y con ello se podrá llegar a determinar qué avances han existido frente a esta problemática con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

**Palabras clave:** personas de la tercera edad, seguridad social, acción de tutela, derechos fundamentales.

## Abstract

With the entry into force of the Political Constitution of 1991, the tutela action was contemplated as a preferential mechanism for the immediate protection of fundamental constitutional rights; either against public officials or between private individuals. With this has arisen the problematic on the origin of the tutela action when the old-age pension is denied due to incompatibilities or errors in the quoted weeks; where you have two postulates in front of this problem, one of these specifies that there must be an irremediable damage and this in turn must be proven and if it is unsuccessful, it must go before the ordinary jurisdiction. And the other ideal is the origin of the action to study if there was violation of the essential core of law. For the development of this topic will be based on a qualitative methodology, based on normative and jurisprudential study, and with this it will be possible to get to determine what advances have existed in front of this problem with the entry into force of the Political Constitution of 1991.

**Key words:** Senior citizens, Social security, Guardianship action, fundamental rights .

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.



## Introducción

La Constitución Política de 1991, por muchos ha sido considerada como una carta garante de derechos, teniendo en cuenta los grandes avances que tuvo en materia de protección de derechos en comparación con la Constitución de 1886, consagrando derechos fundamentales y, a su vez, mecanismos que las personas pueden utilizar para la protección de los mismos, tales como la acciones constitucionales; entre ellas la acción de tutela contemplada en el artículo 86 constitucional, con el fin de garantizar la protección de derechos constitucionales fundamentales, ya sean amenazados o vulnerados.

Gracias a esta Constitución, también surge un ente encargado de ser protector de la Constitución y, a su vez, realizar el trabajo de interpretación en materia de derechos cuando entre estos se encuentre algún tipo de controversia, este ente es la Corte Constitucional. Con el paso de los años, esta Corte ha sido la encargada de realizar interpretaciones en derecho sobre los cambios sociales, que han sucedido con el transcurso de los últimos años y, a su vez, ha creado precedentes jurisprudenciales los cuales han sido base fundamental para la protección e interpretación de derechos constitucionales en la actualidad.

Ahora bien, este proyecto surge con la necesidad que con el paso del tiempo ha existido una controversia relacionada con la procedencia de la Acción de Tutela, frente a algún conflicto de intereses específicos; teniendo en cuenta que las personas a veces acuden a ella, a sabiendas que existen otros mecanismos, ya sea para agotar el requisito de procedibilidad o evitan los trámites por parte de la jurisdicción ordinaria.

Entre otros, tiene que ver con el derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, cuando se les niega la pensión de vejez,

ya sea por errores o incompatibilidades por las semanas cotizadas, pues existe la vía de la jurisdicción ordinaria y la acción de tutela, pero su procedencia influye mucho en la situación fáctica de cada una de ellas y su debida justificación.

Para su pleno desarrollo es necesario realizar un análisis cualitativo, en el cual se debe recopilar y analizar la información recaudada de la normatividad, jurisprudencia y fuentes externas como bases de datos e internet para llegar a dar respuesta al interrogante planteado en el proyecto.

Además, se debe dar una aclaración de términos relevantes, para entender y comprender a lo que se quiere llegar en este proyecto, dichos términos son: núcleo esencial del derecho, personas de la tercera edad, seguridad social, pensión por vejez, entre otras, que serán explicadas más adelante.

## Metodología

A partir de la metodología de la investigación cualitativa, se dará desarrollo mediante el método de análisis documental.

Se organizó el trabajo en fases:

- 1. Recolección y registro de la información**  
Recopilación de toda la información relacionada contenida en libros, artículos académicos, páginas web, bases de datos como, Redalyc, Scielo, Lex Base, entre otras, seleccionando aquella encaminada al objeto de estudio de la investigación.

- 2. Revisión documental**

- 2.1.** Se definieron las palabras clave, se establecieron los tópicos de estudio para clasificar la información recopilada y seleccionada, así:

**2.1.1.** Tema de estudio: evolución normativa y jurisprudencial en materia de procedencia de la acción de tutela de personas de la tercera edad a las que les fue negada la pensión de vejez por incompatibilidades o errores en las semanas cotizadas; o si se debe acudir a la jurisdicción ordinaria.

- Derechos fundamentales.
- Derecho a la seguridad social.
- Protección a las personas de la tercera edad.
- Derechos en materia pensional y requisitos de pensión.
- Constitución política.
- Leyes, decretos y resoluciones emanadas del gobierno central.
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

**3.** Análisis de la información.

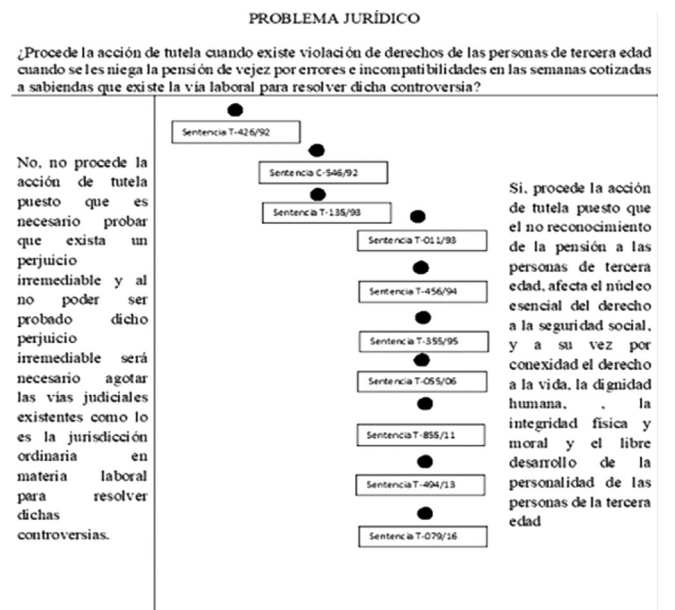
**Resultados**

Para el desarrollo de este proyecto se centró en la realización de una línea jurisprudencial, en la cual se puede evidenciar cómo la Corte Constitucional ha tratado esta problemática. En consecuencia, con la expedición de nuestra Constitución Política de 1991, en su artículo 46, otorga protección especial a las personas de la tercera edad, lo cual fue de gran incidencia en nuestro mundo actual; teniendo en cuenta que nuestra carta política se destacó por ser una constitución garante, a la hora de proteger a las personas en estado de vulnerabilidad o que merezcan una protección especial.

Ahora bien, se ha presentado una gran problemática en materia pensional, teniendo en cuenta que tanto los fondos privados o públicos pueden llegar a cometer errores en las semanas cotizadas, generando que les sea negada la pensión de vejez a las personas. Quienes como salida de base tienen que acudir ante la jurisdicción ordinaria, pero es de saberse que

el trámite de estos procesos puede llegar a ser algo tedioso y muy tardío a la hora de garantizar los derechos de las personas de la tercera edad; que si bien la probabilidad de que prospere dicho proceso es muy elevada, la contra que se tiene es que en el tiempo que se lleva dicho proceso, se pueden vulnerar los derechos de dicha persona, teniendo en cuenta que se le sustrae su sustento económico, es decir, su mínimo vital.

Entonces, se surte la suposición donde si la Acción de Tutela, contemplada en el artículo 86 constitucional y también en el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, puede proceder para proteger los derechos de las personas de la tercera edad en materia pensional cuando le es negada la pensión de vejez por errores en las semanas cotizadas.



**Explicación de las sentencias importantes**

**Sentencia T-426 de 1992**

Accionante:  
Hernando de Jesús Blanco Angarita  
Magistrado Ponente:  
Eduardo Cifuentes Muñoz

En esta Sentencia la Corte realiza un estudio del tema de las personas de la tercera edad en el contexto de la seguridad social, donde establece que: El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad. Y además de esto la Corte afirma que a las personas de la tercera edad se les debe tener en cuenta que ya han perdido gran parte de su capacidad laboral y que, además de ello, requiere una compensación por sus esfuerzos y se debe tener en cuenta la razonable diferencia de trato que amerita la vejez frente al tema pensional.

### **Sentencia C-549 de 1992**

Accionantes:

Carlos Augusto Patiño y Jairo Cabezas Arteaga  
Magistrados Ponentes: Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

Esta demanda de inconstitucionalidad está interpuesta contra unos artículos de la Ley 38 de 1989 Normativa del Presupuesto General de la Nación donde, en el caso específico de los pensionados, la situación descrita compromete adicionalmente la efectividad de otros derechos que merecen ser igualmente considerados. Se tienen entre ellos, los relativos al pago oportuno de las pensiones legales; a la protección especial de la tercera edad, así como los resultantes de los pactos y convenios ratificados por Colombia. Y, además, la Corte asegura que para la tercera edad es necesario

proteger, en particular, el pago oportuno de la pensión, ya que su no pago, habida cuenta de su imposibilidad para devengar otros ingresos ante la pérdida de la capacidad laboral, termina atentando directamente contra el derecho a la vida.

### **Sentencia T-135 de 1993**

Accionantes: Leonor Martínez, Afranio Prieto, Marina Calderón, José Herrera

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

En esta Sentencia la Corte enfatiza que el simple reconocimiento de las pensiones, que si bien es un requisito indispensable, no implica que el derecho haya sido satisfecho en su debida forma. Para ello, y en aras de darle eficacia material, es necesario que a los peticionarios se les incluya en la nómina de pensionados y, lo que es aún más importante, que en efecto se les empiece a cancelar cumplidamente las mesadas futuras y las atrasadas. El acto de ejecución de inclusión de los peticionarios en la nómina de pensionados, no es susceptible del recurso contencioso. Así las cosas, es inadmisibles desde todo punto de vista, pero en especial de la sensibilidad humana, que los jueces rechacen la acción de tutela de los peticionarios y los remitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que resuelvan allí su petición, porque después de toda la encrucijada y sufrimientos que han vivido para obtener la resolución, resulta que el acto de inclusión en la nómina es un acto de ejecución que no puede ser demandado por la vía sugerida.

### **Sentencia T-011 de 1993**

Accionante: Marco Tulio Villarreal

Magistrado Ponente:  
Alejandro Martínez Caballero

En esta Sentencia la Corte argumenta que es una obligación del Estado, la sociedad y la fa-

milia la protección de las personas de la tercera edad. En el caso del Estado, específicamente tratándose de aquellas personas que han trabajado para él, merecen una especial gratitud que se refleja en la pensión de jubilación. Se trata de un derecho que fue adquirido y que se encuentra respaldado en la Constitución y la ley. Y afirman también que para que un hombre de la tercera edad pueda tener una vida digna como tal, es obligatorio asegurarles a las personas de esta población su derecho a la seguridad social.

### **Sentencia T-456 de 1994**

Accionante: Rafael Escandón Bucheli  
Magistrado Ponente:  
Alejandro Martínez Caballero

La Corte argumenta que la pensión de jubilación, en cuanto tiene que ver con la protección a las personas de la tercera edad, con el respeto a la dignidad, con el derecho a la seguridad social y, en especial, con el derecho a la vida, tiene el carácter de fundamental. Y la pensión de jubilación tiene sentido en cuanto se traduce en unas mesadas que recibe el beneficiario. Si una persona de la tercera edad ya está jubilada y la ley le adecúa su mesada para que tenga correspondencia con el sueldo de quien está laborando en el mismo cargo, esta indexación crea para el jubilado un derecho adquirido que no puede ser vulnerado y que el Estado tiene la obligación de proteger.

### **Sentencia T-355/ de 1995**

Accionantes: Carlos Alfonso Adams  
Magistrado Ponente:  
Alejandro Martínez Caballero

En esta Sentencia se trata sobre los derechos pensionales que se consideran como ciertos, irrenunciables e indiscutibles para los beneficiarios y es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el de-

recho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quién debe pagarle la mesada. Además de esto, la Corte se enfoca en la procedencia de la tutela frente a cada caso en concreto donde establece que esta puede prosperar cuando existe un perjuicio irremediable el cual converge tanto el derecho como la realidad. Además, se considera como indispensable que exista con certeza la posibilidad de que se produzca el perjuicio, para lo cual el fallo de tutela se presenta en este caso como el medio idóneo de protección inmediata y transitoria de los derechos fundamentales del afectado, mientras el juez competente se pronuncia de manera definitiva.

### **Sentencia T-055 de 2006**

Accionante: Ciro Libardo Forero  
Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Esta Sentencia se fundamenta respecto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, en particular cuando estas correspondan a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa, deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber:

- (i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;
- (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,
- (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y
- (iv) que se acrediten, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección

inmediata de los derechos fundamentales pre-suntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.

### **Sentencia T-855 de 2011**

Accionante: Ana Elisa Artunduaga

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Los deberes que surgen para las entidades encargadas del reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional en su condición de administradoras de las historias laborales de sus afiliados no se agotan, sin embargo, en función del valor probatorio que ostentan esos documentos. Su responsabilidad en esa materia tiene que ver, también, con la naturaleza de la información que allí se consigna, la cual, en los términos advertidos previamente, incluye datos que facilitan la identificación e individualización del trabajador, que permiten conocer el monto de sus ingresos y el tipo de actividad de la que estos se derivan, los cuales se tratan de los datos personales.

Además de esto, establece que la primera obligación que surge para las administradoras de pensiones respecto del manejo de las historias laborales es la que las vincula con la custodia, conservación y guarda de la información que determina si sus afiliados cumplen los requisitos de acceso a la pensión y de los documentos físicos o magnéticos en los que esa información reposa.

### **Sentencia T-494 de 2013**

Accionante: Vitalino Rengifo Valencia

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez.

La Corte en esta Sentencia ha sostenido que cuando se ponen en conocimiento de la entidad administradora hechos que tienen relevancia o incidencia directa en el reconocimiento

de la prestación económica y no son atendidos diligentemente, a pesar de tratarse de situaciones que la entidad misma está en la posibilidad y en el deber de verificar, como lo es la existencia de semanas cotizadas en períodos determinados, se produce una vulneración al derecho de petición, en cuanto se incumple el deber de las autoridades de responder de fondo y oportunamente las solicitudes de los afiliados.

Además, la Corte ha indicado que el derecho a la seguridad social, entre otras prerrogativas, comprende la facultad de acceder a los medios de protección dispuestos por la ley para la cobertura de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias de generar los ingresos suficientes para llevar una subsistencia digna, lo cual implica la posibilidad de estar vinculados al sistema que se haya creado para tal efecto, de forma que se pueda garantizar el cubrimiento de las contingencias a las que el ser humano se haya expuesto y que pueden repercutir en su calidad de vida y en su capacidad laboral.

### **Sentencia T-079 de 2016**

Accionante: Luis Eduardo Cruz Cubillos

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

La Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto, en efecto, afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional. En cuanto a la prosperidad material de la acción, la Corte ha establecido que la misma requiere un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y la titularidad del derecho reclamado.

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir que, enfrentado a un debate sobre el

reconocimiento o el pago de una pensión, el juez de tutela debe indagar por las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, en lugar de descartar, de plano, la procedibilidad de su solicitud, sobre la base de la disponibilidad de unos instrumentos alternativos de defensa. Su tarea, en esos casos, consiste en verificar que las herramientas judiciales contempladas por el legislador para debatir el derecho a esas prestaciones sociales resulten idóneas y efectivas para proteger al accionante.

Si no lo son, en razón de su situación de vulnerabilidad o porque lo exponen a un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente las mesadas pensionales.

### Nicho Citacional

1. Sentencia C-546/92
  - Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992
  - Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992
  - Sentencia T-426 de 1992
2. Sentencia T-135/93
  - Sentencia T-426 de 1992
3. Sentencia T-456/94
  - Sentencia T-111 de 1994
  - Sentencia T-011 de 1993
  - Sentencia T-135 de 1993
  - Sentencia T-406 de 1993
  - Sentencia T-426 de 1992
4. Sentencia T-355/95
  - Sentencia T-011 de 1993
  - Sentencia T-135 de 1993
  - Sentencia T-406 de 1993
  - Sentencia C-546 de 1992
  - Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992
  - Sentencia T-011 de 1993
  - Sentencia T-414 de 1992
  - Sentencia C-546 de 1989.
5. Sentencia T-055/06
  - Sentencia SU-995 de 1999
  - Sentencia T-011 de 1998
  - Sentencia T-627 de 2004
  - Sentencia T-355 de 1995
  - Sentencia T-011 de 1993
6. Sentencia T-855/11
  - Sentencia T-063 del 9 de febrero de 2009
  - Sentencia T-920 del 17 de noviembre de 2010
  - Sentencia T-854 del 12 octubre de 2007
  - Sentencia T-395 de 2008
  - Sentencia T-214 de 2004
  - Sentencia T-656 de 2010
  - Sentencia C-748 de 2011
7. Sentencia T-603/14
  - Sentencia T-482 de 2012
  - Sentencia T-307 de 1999
  - Sentencia C-1011 de 2008
  - Sentencia C-748 de 2012
  - Sentencia T-317 de 2004
  - Sentencia T-855 de 2011
8. Sentencia T-494/13
  - Sentencia T-453 de 2009
  - Sentencia T-855 de 2011
  - Sentencia T-482 de 2012
  - Sentencia T-307 de 1999
  - Sentencias C-1011 de 2008
  - Sentencia T-098 de 2005
  - Sentencia T-268 de 2009
  - Sentencia T-425 de 2009
  - Sentencia T-098 de 2005

- Sentencia T-268 de 2009
  - Sentencia T-425 de 2009
9. Sentencia T-079/16
- Sentencia T-343 de 2014
  - Sentencia T-897 de 2010
  - Sentencia T-603 de 2014
  - Sentencia T-295 de 1999
  - Sentencia T-208 de 2012
  - Sentencia T-786 de 2008
  - Sentencia T-1093 de 2012
  - Sentencia T-855 de 2011
  - Sentencia T-832A de 2013
  - Sentencia T-706 de 2014
  - Sentencia T-595 de 2007
  - Sentencia T-040 de 2014
  - Sentencia T-395 de 2008
  - Sentencia C-131 de 2004
  - Sentencia T-377 de 2015
  - Sentencia C-177 de 1998
  - Sentencia C-1125 de 2004
  - Sentencia T-042 de 2010.

## **Análisis de la información**

Con la línea jurisprudencial desarrollada, se puede dar a conocer que a inicios en los primeros fallos de la Corte Constitucional se enfatizaba mucho en diferenciar los derechos por sus generaciones y, a su vez, no analizaban de fondo la materia fáctica de cada caso en concreto, dado que no tenían en consideración si existía o no la afectación del núcleo esencial del derecho, sino que se analizaba de fondo la procedencia de la acción, verificando si esta era pertinente o si existían otros mecanismos judiciales para solicitar la reclamación del derecho.

Esto también nos ha dado a conocer como ha sido la evolución de la sociedad y, a su vez, del derecho, que deben ir estrechamente arraigados, a sabiendas que si el derecho no se adapta a las condiciones sociales en que se encuen-

tre este se podría considerar como obsoleto; a sabiendas que esto puede generar ambigüedades y así malas decisiones por parte de la administración de justicia.

Entonces, se puede definir que ya se estableció un precedente judicial obligatorio, el cual se puede aplicar, siempre y cuando el patrón normativo, el patrón fáctico y los hechos materiales del caso sean muy arraigados a un caso que se lleve en la misma materia. Por tanto, se puede solicitar la igualdad material en el caso y, a su vez, que se aplique lo acentuado en decisiones anteriores sobre una nueva, dando aplicación propia y legítima al precedente establecido ya por la Corte Constitucional.

## **Conclusiones**

La Corte Constitucional con el pasar de los años ha sido más garante de derechos. Realiza un análisis sistemático, el cual ha garantizado más la parte del derecho sustancial, que del derecho procedimental.

El precedente judicial obligatorio, ha tenido gran auge, a sabiendas que ha garantizado la igualdad material, y así se ha garantizado mayor seguridad jurídica a la hora de emitir fallos jurisprudenciales, teniendo en cuenta que los jueces no se pueden separar del precedente.

Los análisis jurisprudenciales permiten conocer los cambios que se han realizado en cualquier materia, definiendo, a su vez, si según el problema jurídico planteado, se ha presentado el precedente jurisprudencial obligatorio.

## Referencias

Corte Constitucional de Colombia. (24/06/1992). Sentencia T-426. M. P. Hernando Jesús de Blanco.

Corte Constitucional de Colombia. (01/10/1992). Sentencia C-546. M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (01/04/1993). Sentencia T-135. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (18/01/1993). Sentencia T-011. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (09/08/1995). Sentencia T-355. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (02/02/2006). Sentencia T-055. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. (15/11/2011). Sentencia T-855. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. (26/07/2013). Sentencia T-494. M. P. Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (22/02/2016). Sentencia T-079. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.



## GUÍA PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS “AL DERECHO Y AL REVÉS”

La revista *Al Derecho y Al Revés* (ISSN 1692-6404), es una publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de UNISANGIL, cuyo objetivo principal es divulgar y visibilizar resultados de investigaciones, compartir reflexiones, experiencias y generar discusiones a partir de trabajos realizados por investigadores, docentes o profesionales de las áreas afines a los programas de la Facultad, que tienen el propósito de enriquecer el panorama académico, científico y pedagógico, con periodicidad anual y recepción de artículos en español, inglés y portugués.

**Tipos de artículo:** Se reciben para el proceso de publicación artículos que respondan a las siguientes tipologías:

**Artículo de investigación científica y tecnológica:** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

**Artículo de reflexión:** Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

**Artículo de revisión:** El propósito de un artículo de revisión es emplear publicaciones primarias -preferiblemente- (artículos científicos resultado de investigación, reflexión, revisión, reportes de caso, entre otros), con el fin de establecer un punto de vista o posición frente a un tema en particular. Es de carácter analítico y

reflexivo de un variado número de referencias bibliográficas, que determina su contenido, es todo un proceso de indagación ya que el autor debe establecer un gran interrogante a resolver, asimismo, unos objetivos que serán abordados en el desarrollo del texto. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Para efectuar la revisión de la literatura, es importante caracterizar cada uno de los tipos básicos de publicaciones o fuentes de información que existen, las fuentes primarias, datos e información de primera mano, pueden ser libros, revistas científicas, conferencias, y similares; las secundarias, resúmenes, referencias sobre un tema específico, bases de datos y demás; y las fuentes terciarias, aquellas utilizadas en caso de que no haya información disponible sobre el tema a tratar, pueden ser instituciones, organizaciones, bibliotecas, bases de datos y expertos, que puedan proporcionar algún tipo de información relacionada con el tema que se está desarrollando.

### 1. Forma de presentación del artículo

**1.1.** Se recibirán artículos en versión digital (Word), tamaño carta, márgenes uniformes de 2.54 cm, tipo de letra: Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5 y espacio sencillo para las tablas o figuras. El escrito se presenta según lo indicado en las Normas APA última edición en inglés y en español.

**1.2.** Los artículos deben contener una extensión entre 4.000 y 9.000 palabras en total.

**1.3. Párrafos y sangría:** utilizar sangría en la primera línea de párrafo de 0.5. Excepto: resumen, citas en bloque, títulos y encabezados, títulos y notas de tabla y los pies de figura.

A continuación, se presenta el orden de las páginas del artículo:

- **Portada.** Debe incluir los siguientes elementos, se identifica con el número de página 1.
- **Título:** Letra mayúscula sostenida, se recomienda extensión máxima de 14 palabras, centrado situado en la mitad superior de la página en español y en inglés.
- **Nombre del autor (pie de autor):** Nombre completo. Nombre de pila y apellidos (como se haya identificado en escritos anteriores). Los nombres de los autores deben aparecer según el grado de contribución y centrados entre los márgenes laterales. En nota al pie de página, con llamado en asteriscos consecutivos (\*\*) se escribirán los siguientes datos: Profesión, grados académicos, ciudad, país y el correo electrónico (del autor principal o de quien se encargue de la correspondencia).
- **Filiación institucional:** Identifica el lugar en que el autor o los autores efectuaron la investigación. (Cuando un autor no tenga afiliación institucional, anote abajo del nombre la ciudad y la entidad de residencia.)
- **Nota al autor:** Ubicado margen izquierdo: nombres y apellidos autor (es) profesión, nivel de educación, filiación institucional y correo electrónico.
- **Resumen:** Contiene el problema, objetivo, método de estudio, participantes del estudio, en cuanto corresponda, conclusiones de la investigación, requiere estar escrito en un solo párrafo, sin sangría y contener entre 150 y 250 palabras.
- **Palabras claves:** Cuatro (4) a seis (6) palabras las cuales deberán reflejar los princi-

pales temas que trata el artículo y aparecen de manera especial en el contenido, para facilitar la búsqueda de los lectores en la web. En seguida va el Abstract y key words respectivamente.

- **Cuerpo del escrito:** El cuerpo del artículo deberá tener:

**1. Introducción:** Es breve y proporciona solo la explicación o información necesaria para facilitar al lector la comprensión y el seguimiento del texto del artículo, hace una breve descripción del problema con su ubicación espacio-temporal y antecedentes, expone la importancia del mismo, justificación y objetivos, además, menciona la metodología empleada (clase de investigación, enfoque,) relaciona la hipótesis con la estrategia de investigación, incluyendo marco teórico relevante y, finalmente, señala las implicaciones tanto teóricas como prácticas, e impactos del estudio.

**2. Metodología:** Principalmente debe describir el tipo de investigación, diseño, definiciones conceptuales y operacionales de las variables/ hipótesis (según sea el caso). A su vez, debe señalar las normas éticas que han seguido los investigadores. En caso de tener estudio de campo, debe señalar la población, tipo de muestreo, instrumentos y método de recolección de los datos, tipo de análisis o enfoque epistemológico empleado.

**3. Resultados:** Si se desarrolló un estudio de campo se muestran los resultados y el análisis de los mismos, apoyado en tablas y figuras, mencionando los datos más relevantes para presentar aspectos que requieren explicación para su interpretación y evitar la repetición de los datos con las mismas palabras que aparecen en los gráficos.

**4. Análisis o discusión:** Es el producto de la comparación integral y holística entre los resultados de la investigación que involucran el

trabajo de campo, los referentes teóricos recolectados como base del estudio, aspectos relevantes y relacionados de otras investigaciones, posturas de teóricos y doctrinantes u otras investigaciones y demás apreciaciones de especialistas.

**5. Conclusiones:** Se deben presentar las conclusiones a las que se llegó con los resultados de todo el ejercicio e involucrar juicios críticos con mínimo sesgo del autor que se desprenden de los resultados y su discusión o análisis.

**6. Recomendaciones:** Este aspecto es opcional y depende de los propósitos de la investigación en cuanto sea de especial relevancia para el autor.

**7. Referencias:** Hace alusión a las fuentes y autorías citadas en el escrito y de acuerdo a la normativa empleada.

### **Requerimiento para el autor:**

- Las siglas: Antes de hacer uso de la sigla por primera vez se ha indicado el nombre completo al que corresponde y entre paréntesis su significado. Ejemplo: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
- Si el artículo contiene gráficos o fotografías, estos deberán adjuntarse en archivos independientes. Las fotografías, en formato JPG, y los gráficos en Excel o en Power Point. Los archivos deberán denominarse indicando si es fotografía, gráfico, mapa, etc.; y asignando un número consecutivo (Foto 1, Gráfico 2, etc.).
- En todos los casos los escritos deben ser originales, solo pueden haber sido publicados hasta en un 25% de su contenido en otras publicaciones para que sean considerados originales. Naturalmente se debe explicar cuando así sea.

### **2. Contacto y envió o presentación de artículos:**

El escrito debe estar en Word en un archivo o utilizar los formatos para artículos mencionados antes para facilitar el proceso, ya que estos contienen todas las características y requisitos expuestos en esta guía. Asimismo, es necesario diligenciar debidamente la carta de presentación, originalidad y cesión de derechos de autor, la cual será facilitada por la coordinación de la revista, que a su vez exigirá recibido del documento en formato PDF escaneado, vía correo electrónico a: [alderechoyalreves@unisangil.edu.co](mailto:alderechoyalreves@unisangil.edu.co)

Al Derecho y Al Revés acusará recibo de los artículos en un plazo no mayor a ocho días hábiles, teniendo en cuenta que en ningún caso devolverá originales.

Trámite de artículos recepcionados: Los artículos recibidos pasarán por un proceso editorial que consta de: (a) valoración técnica, (b) aprobación del Comité Editorial y Científico y valoración disciplinar (cuya recisión se notificará al autor), (c) edición, corrección lingüística y (d) diseño e impresión final.

### **Correspondencia:**

Fundación Universitaria de San Gil  
UNISANGIL.  
Coordinación de la revista  
Al Derecho y Al Revés

Dirección: Km 2, vía San Gil - Charalá, San Gil, Santander (Colombia)  
PBX: (0\*7) 724 57 57 Ext.: 222  
e-mail: [alderechoyalreves@unisangil.edu.co](mailto:alderechoyalreves@unisangil.edu.co), o  
Visite: [www.unisangil.edu.co](http://www.unisangil.edu.co)

# AFFECTACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA, AL CONSIDERAR UN PREDIO RURAL DE FALSA TRADICIÓN COMO BIEN BALDÍO

Affectation to Private Property, Considering a Rural  
Estate of False Tradition as a Good Wasteland

**Luis Enrique Reina Salinas**

UNISANGIL

Sede Chiquinquirá

## Resumen

La situación jurídica de los predios rurales en Colombia ha sufrido una transformación, pues la disputa de los diferentes grupos armados al margen de la ley ocasionó el desplazamiento de los campesinos al centro del país, abandonando sus tierras o vendiendo sus derechos incompletos.

Pero existen más circunstancias generadoras de falsa tradición, como las omisiones que hacían en la realización de un negocio, por ejemplo, cuando muere el titular de derecho real y sus herederos venden sus bienes, sin realizar el proceso de sucesión. Por cuanto estarían vendiendo solo derechos herenciales, Es decir, transfieren un derecho incompleto; también se presenta cuando una persona nunca registra el bien en la oficina de registro de instrumentos públicos. Son muchas las situaciones que dieron origen a la falsa tradición de los predios rurales, incluso existen hechos que generaron una percepción de que nunca existió un titular de derecho real de dominio, aun cuando han sido poseídos desde tiempo atrás, pasando por manos de familias enteras, de generación en generación, quienes han ejercido actos de señor y dueño comportándose como sus propietarios.

Es ahí donde se inicia el desarrollo de esta gran controversia, pues, el Estado decide, mediante una resolución, considerar a los predios de falsa tradición como terrenos baldíos, dejando así el deber a sus propietarios de probar que no lo son, para esto existen unos procesos dentro de los cuales se distingue el de adjudicación, pertenencia y un proceso verbal especial que serán explicados en el desarrollo del proyecto

**Palabras clave:** predio baldío, Agencia Nacional de Tierras, UAF, unidad agrícola familiar, derecho real de dominio, falsa tradición.

## Abstract

The legal situation of the rural properties in Colombia has become a practice, in the dispute of the different armed groups in the margin of the law, caused the displacement of the peasants in the center of the country, the abandonment of their lands or the sale of your incomplete rights.

However, there are more circumstances such as the omission they made in the realization of a business, for example, when the owner of the

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

real right and his heirs sell their assets, without carrying out the process of succession. Therefore, selling only the inheritance rights, that is, transfer an incomplete right; It also occurs when a person never registers the property in the public instrument registry office. There are many situations that gave rise to the false tradition of rural properties, there are even facts that generated a perception that there never existed a holder of real ownership right when they have been owned for a long time, passing through the hands of entire families, the generation in the generation, who have exercised the acts of lord and our behavior.

This is where the development of this great controversy begins, because the state decides through a resolution for the media. which distinguishes the process of adjudication, belonging and a special verbal process that will be explained in the development of the project.

**Key words:** Vacant land; National land agency; UAF family agricultural unit; real right of ownership; false tradition.



## Introducción

La investigación se enfocó en la problemática existente, correspondiente a la legalización y saneamiento de los predios que se encuentran en falsa tradición, toda vez que en el 2014 el gobierno decidió dar un trato diferente, mediante instrucción número 13 de la Superintendencia de Notariado y Registro con fecha 13 de noviembre de 2014, a los predios que tienen esta condición, al considerarlos como terrenos baldíos lo cual quiere decir que “nun-

ca ha existido un título real de dominio sobre los mismos”, lo cual permitiría entender que son propiedad del Estado y están a su disposición (Cardozo Neira, 2008).

Es ahí, donde nace un conflicto de intereses entre Estado y personas, que aunque, no se les ha reconocido, son en la práctica los propietarios de los mismos. Estos son predios que han pertenecido a la misma familia y se han transferido de generación en generación, y muy probablemente el bien en su momento estuvo libre de falsa tradición pero, en una de estas transferencias, se constituyó esta, quizá por omitir realizar la correspondiente inscripción o, tal vez, porque en su momento no se agotó el trámite de sucesión y se inició la venta de derechos herenciales o gananciales.

Existen diversas causas que permitieron la constitución de la llamada falsa tradición, las cuales son descritas en el desarrollo del presente artículo.

De forma general, se podría atribuir como hecho generador el desconocimiento de las personas, pues realizaban sus negocios de compraventa de los predios transfiriendo los mismos, pero no un título de derecho real de dominio lo cual es fundamental en los negocios de inmuebles, pero en su momento no era tanto así pues, para esos casos, la falsa tradición se podía sanear en las notarías y con trámites poco engorrosos (Bonivento Fernández, 1991).

La investigación se desarrolló partiendo de un enfoque histórico, correspondiente a las diferentes causas que generaron la constitución de la falsa tradición y el cambio que se ha dado al trámite correspondiente para sanearla. A fin de analizar y determinar aquellas acciones que permiten sanear la falsa tradición y así evitar que se afecte el derecho a la propiedad.

Como acciones de protección se identificaron especialmente tres, pero principalmente una

dirigida al principio de especialidad descrita en la Ley 1251 de 2012, las cuales se tratan de fondo en el desarrollo del presente artículo.

Posteriormente, se realizó un estudio sobre teorías y jurisprudencias existentes, para identificar posturas aun cuando en realidad son pocas las teorías existentes acerca del tema, por cuanto estuvo dirigido el estudio a la definición y explicación de aquellas figuras jurídicas que se relacionan con el tema de investigación.

Finalmente, se realizó un estudio jurisprudencial sobre la obligación de vincular a la Agencia Nacional de Tierras a los procesos de pertenencia.

El artículo se desarrolló con una metodología de tipo cualitativo de enfoque descriptivo, partiendo de una hipótesis o teoría exponiendo la información obtenida y analizando minuciosamente los resultados obtenidos.

## Metodología

La metodología desarrollada en la investigación fue de tipo cualitativo con enfoque descriptivo, toda vez que se desarrolló haciendo uso de la interpretación de la situación problemática y las acciones que permiten solucionar esta.

De igual forma se utiliza el enfoque descriptivo ya que la investigación se desarrolló a partir de la recolección de los datos sobre la base de una hipótesis o teoría, exponiendo así la información de manera cuidadosa y luego analizando minuciosamente los resultados, a fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento.

## Resultados.

### Capítulo I BIENES BALDÍOS, TRADICIÓN, Y FALSA TRADICIÓN

#### 1. Bienes baldíos

Los bienes inmuebles son considerados como baldíos cuando existe ausencia de explotación económica por no haber estado su titularidad en cabeza diferente a la del Estado (Jaramillo, 2014), es decir, que se trata de tierras públicas, que se encuentran a esperas de un colono por primera vez.

Lo anterior es un abrebocas de la presentación que nos trae el doctor Luis Guillermo Velásquez en su libro llamado Bienes. Al interpretar ese pequeño fragmento del tema, se puede llegar a una simple conclusión, y es que estos predios son públicos y se encuentran disponibles para que en cualquier momento una persona llegue a usarlos y poseerlos, no obstante, el autor realiza una aclaración y es que este colono debe cumplir con unos requisitos legales para que le sea posible incorporar ese bien a los bienes productivos de la nación. En términos generales, a lo que se refiere el doctor Velásquez es que debe existir un trámite con sus respectivos requisitos para que un predio baldío salga de las manos del Estado y se convierta en uno más de los terrenos privados, otorgando al colono un justo título que lo reconoce como propietario del mismo.

El autor señala que estos bienes son susceptibles de apropiación privada, mediante la ocupación acompañada del trabajo. Definición que puede acogerse en nuestra legislación si se precisa que no se admite la adquisición de baldíos por los modos originarios de la prescripción y la ocupación.

La titularidad de estos se encuentra en cabeza de Estado, con la finalidad de ser adjudicados a personas naturales, empresas comunitarias y cooperativas campesinas de acuerdo con los lineamientos y condiciones fijados para cada región o municipio por la Agencia Nacional de Tierras.

También, puede adjudicarse a entidades de derecho público con el fin de construir obras dirigidas a la instalación o dotación de un servicio público u otras actividades declaradas por la ley de utilidad pública o interés social.

Estos bienes también pueden ser sujetos de adjudicación a fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, destinados a la prestación de un servicio público o cuyas funciones, por autorización de la ley, sean de beneficio común. En ambos casos debe cumplirse con la adjudicación los fines propuestos; de lo contrario, el bien regresará al patrimonio de la nación.

Como regla general la adjudicación de baldíos se efectuará en unidades agrícolas familiares salvo las excepciones que para el efecto establezca la Agencia Nacional de Tierras. Las extensiones máximas y mínimas que se pueden adjudicar se determinarán teniendo en cuenta las características generales de la zona tales como condiciones de explotación agrícola, sistemas de aguas, vías de comunicación, concentración de la propiedad territorial, productividad, etc.

Para beneficiarse de la adjudicación de un bien baldío debe demostrarse previamente una ocupación y explotación económica no inferior a las dos terceras partes de la superficie que se pretende, por un período de cinco años, explotación que de ninguna manera equivale a una posesión en los términos del Código Civil y mucho menos el de lograr el dominio por prescripción.

Por lo anterior, se deduce que el bien baldío tiene una característica particular y es la imprescriptibilidad, lo cual aduce que aun cuando puede ser adjudicado no se puede hacer por prescripción adquisitiva toda vez que se trata de un bien del Estado y solo puede adjudicarse en las situaciones antes descritas.

## **2. Tradición**

La tradición es entendida como un modo de adquirir el dominio de las cosas, la cual consiste en aquella entrega que hace el dueño de ella a otro, existiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y, por otro lado, la capacidad e intención de adquirirlo (Roncancio, 2005).

Así las cosas, debe entenderse la tradición como una figura jurídica que permite a las personas trasladarse el dominio de los bienes, haciendo uso de aquellos títulos traslativos provenientes de una compraventa, una permuta, una donación, una dación en pago o cualquier otra figura propia de realizarse como acto entre vivos, siendo así el instrumento jurídico que facilita el perfeccionamiento del modo.

Como se expresó dos párrafos atrás, esta tradición se surte con la entrega que hace del bien el tradente al adquirente, es de gran importancia resaltar que al tratarse de bienes a sujetos a registro, la inscripción del título es la entrega. Es aquí cuando se empieza a relacionar el tema motivo de la presente investigación, es decir, ¿qué sucede al existir facultad y voluntad en el tradente para entregar el bien y a su vez existe facultad y voluntad en el adquirente para recibirlo, pero por desconocimiento o circunstancias ajenas a la voluntad el adquirente omite realizar la correspondiente inscripción en la oficina de registro, aun cuando el bien ya se lo han entregado materialmente?

En la actualidad es muy poco probable que suceda lo expuesto en la anterior incógnita, pero, fue una situación muy común en la historia de los negocios que celebraban nuestros antepasados (Borda, 2008), dando origen a la llamada falsa tradición, que se refiere a que aun teniendo el bien materialmente, y realizando los comunes actos de señor y dueño carece de una tradición, pues quizá se realizó la compraventa del bien, pero no fue inscrita en la oficina de registro, pero ahí no acaba esto, pues, así se realizó negocio tras negocio, sin tener conocimiento que esta falsa tradición les traería consecuencias, las cuales afectarían su derecho de propiedad sobre el bien, pues se genera un conflicto entre los particulares propietarios de aquellos predios en falsa tradición y el Estado, al desconocer su derecho como propietarios considerando aquellos predios como terrenos baldíos, pero es de aclarar que no fue la única forma en que se configuró la falsa tradición.

### 3. Falsa tradición

La llamada falsa tradición es entendida en la Ley 1275 de 2012 de forma muy genérica y no tan de fondo como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio.

Ahora bien, es menester determinar qué es lo que les falta a estos propietarios para que se les reconozca como dueños de determinadas propiedades, así las cosas se entiende un predio en falsa tradición cuando existe ausencia del derecho real de dominio, a lo cual (Roncancio, 2004, p. 8) dice

*El dominio es un derecho real. Principal, que le otorga a su titular el más amplio poder de señorío sobre un bien, conforme a la ley, la utilidad pública y el interés social.*

Entonces, se entiende que es esa facultad plena que tiene el titular del mismo para ejercer poder y control sobre determinada cosa, pues se entiende como derecho real aquel derecho que se ejerce sobre una cosa corporal determinada en forma exclusiva, es decir, de manera absoluta (Zea, 2007).

Al determinar que el reconocimiento como propietario de un bien depende del derecho real de dominio nace una incógnita más y es que si no tienen el derecho real de dominio entonces qué es lo que tienen estas personas para portarse como propietarios de los bienes, es decir, si no es un derecho real de dominio, por qué razón existen escrituras a nombre de estas personas, pero aun así no se les ha reconocido su derecho como propietario.

La anterior es la pregunta que se hacen todas las personas que creyeron ser propietarios, pero que al existir una falsa tradición y al tenerse como predios baldíos se les restringe su derecho a la propiedad. Pues bien, al analizar las posibles situaciones que conllevan a la constitución de una falsa tradición, se encontraron, dentro de una gran variedad, las siguientes: la enajenación de derechos herenciales; la compraventa de posesión de un bien; la omisión de inscripción del título ante la correspondiente oficina de registro e instrumentos públicos (Caicedo Escobar, 2001); la omisión de realizar el trámite de sucesión cuando el propietario se convierte en causante. Sin embargo, es posible afirmar que la forma más común de constituirse una falsa tradición consiste en la compraventa de derechos incompletos (Monsalve, 2007).



## Capítulo II PROCESOS DE SANEAMIENTO

### 1. Proceso verbal especial. Ley 1251 de 2012

La Ley 1561 de 2012 diseñó un proceso que permite el saneamiento de aquellos predios rurales que se encuentran en falsa tradición que no excedan de una unidad agrícola familiar (UAF), así como de predios urbanos cuyo valor catastral no supere los 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Ahora bien, es necesario estudiar a fondo lo relacionado en la mencionada ley con respecto a los predios rurales que se encuentren en falsa tradición, a lo cual se tiene que la Ley 1251 de 2012 tiene como objeto promover el acceso a la propiedad, mediante un proceso especial para otorgar título de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, y para sanear títulos que conlleven la llamada falsa tradición, con el fin de garantizar seguridad jurídica en los derechos sobre inmuebles, propiciar el desarrollo sostenible y prevenir el despojo o abandono forzado de inmuebles.

La ley establece que se otorgará título de propiedad a quien demuestre posesión material sobre bien inmueble, urbano o rural, que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

Quien tenga título registrado a su nombre con inscripción que conlleve la llamada falsa tradición, tales como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio, de conformidad con lo dispuesto en la ley registral, lo sanearán, siempre y cuando cumpla los requisitos previstos en esta ley.

De igual forma, establece la ley que quien pretenda el título de propiedad de un bien inmueble rural mediante el presente proceso deberá demostrar la posesión material, pública, pacífica e ininterrumpida por un término de cinco años si se trata de posesión regular o diez si lo es irregular, es importante resaltar que se tendrá también como posesión material, explotación económica, la vivienda rural y la conservación ambiental, certificada por la autoridad competente. Como se manifestó al inicio el objeto de esta ley se tramitará mediante un proceso verbal especial.

#### 1.1. Requisitos

Para la aplicación del presente proceso será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos.

- Que los bienes inmuebles no sean imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público, conforme a los artículos 63, 72, 102 y 332 de la Constitución Política y, en general, bienes cuya posesión, ocupación o transferencia, según el caso, estén prohibidas o restringidas por normas constitucionales o legales.

El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación.

- Que el demandante posea o haya poseído materialmente el inmueble en forma pública, pacífica e ininterrumpida, y por los términos establecidos en la presente ley.

- Que sobre el inmueble no se adelante proceso de restitución de que trata la Ley 1448 de 2011 y el Decreto 4829 de 2011, o cualquier otro proceso judicial o administrativo tendiente a la reparación o restablecimiento a víctimas de despojo o abandono forzado de tierras, o que no se encuentre incluido en el Registro Único de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente de la Ley 387 de 1997.

La resolución de inicio del estudio formal previsto en el Decreto 4829 de 2011, suspende el trámite del proceso de que trata la presente ley, hasta tanto se decida la inclusión o no del predio en el Registro Único de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzosamente.

Si iniciado el proceso verbal especial de que trata la presente ley, el inmueble es incluido en el Registro o vinculado a los procedimientos previstos en el inciso anterior, el juez terminará el proceso y remitirá inmediatamente el caso, con toda la información existente sobre el mismo, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

- Que el inmueble objeto del proceso no se encuentre ubicado en las áreas o zonas que se señalan a continuación:

**a)** Zonas declaradas como de alto riesgo no mitigable identificadas en el Plan de Ordenamiento Territorial y en los instrumentos que lo desarrollen y complementen, o aquellas que se definan por estudios geotécnicos que adopte oficialmente la Administración Municipal, Distrital o el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cualquier momento.

**b)** Zonas o áreas protegidas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2ª de 1959 y el Decreto 2372 de 2010 y demás normas que sustituyan o modifiquen.

**c)** Áreas de resguardo indígena o de propiedad colectiva de las comunidades negras u otros grupos étnicos.

**d)** Zonas de cantera que hayan sufrido grave deterioro físico, hasta tanto se adelante un manejo especial de recomposición geomorfológica de su suelo que las habilite para el desarrollo urbano.

Cuando la persona se encuentre en cualquiera de las situaciones descritas en este numeral, será incluida en los programas especiales de reubicación que deberá diseñar la administración municipal o distrital, de conformidad con la política nacional para estos fines.

- Que las construcciones no se encuentren, total o parcialmente, en terrenos afectados por obra pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 9ª de 1989.

- Que el inmueble no se encuentre sometido a procedimientos administrativos agrarios de titulación de baldíos, extinción del derecho de dominio (Carvajal A., 1999), clarificación de la propiedad, recuperación de baldíos indebidamente ocupados, deslinde de tierras de la Nación, o de las comunidades indígenas o afro descendientes u otras minorías étnicas, o delimitación de sabanas o playones comunales conforme a la legislación agraria y aquellos que están dentro del régimen de propiedad parcelaria establecido en la Ley 160 de 1994 y las normas que la modifiquen o sustituyan.

- Que el inmueble no se encuentre ubicado en zonas declaradas de inminente riesgo de desplazamiento o de desplazamiento forzado, en los términos de la Ley 387 de 1997, sus reglamentos y demás normas que la adicionen o modifiquen, o en similares zonas urbanas, salvo que el poseedor que acuda a este proceso se encuentre identificado dentro del informe de derechos sobre inmuebles y territorios a los que se refiere el Decreto 2007 de 2001.

- Que no esté destinado a actividades ilícitas.

Estos son los requisitos que se deben cumplir para pretender acceder al proceso verbal especial en mención. Es importante resaltar que la competencia de estos procesos recae sobre el juez municipal del lugar en donde se encuentre el terreno, de igual forma es menester resaltar que existe un término de 6 meses contados a partir de la notificación para que se dicte sentencia salvo interrupción o suspensión del proceso esto en primera instancia. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a tres meses, contados a partir del recibo del expediente en la Secretaría del Juzgado.

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, o a la entidad que lo reemplace y remitir el expediente al juez que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de tres meses.

La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

Excepcionalmente el juez podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por tres meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso (Guzmán, 2015).

Ahora, al analizar de forma detallada el proceso de la Ley 1251 de 2012, es claro que, como lo manifestó Angarita, por mandato legal si un instrumento o título requiere inscripción, para que tenga mérito probatorio, hay que demostrar tal hecho. El Decreto 1250 de 1970, en su artículo 4314, señala de manera expresa el mérito probatorio del registro; el ordenamiento civil en sus artículos 756, 759, 785 y 789, en armonía con el Decreto 1250/70, consideran el registro como una prueba de la posesión (Angarita Gómez, 2004, pp. 20-21).

## **2. Proceso adjudicación de tierras, Agencia Nacional de Tierras**

Cuando el predio que se encuentre en falsa tradición no pueda ser saneado, al existir una presunción de pertenecer a los predios baldíos, existe un procedimiento de carácter administrativo que podrá adelantarse ante la Agencia Nacional de Tierras consistente en la adjudicación.

Las personas que pretendan acceder al presente proceso de adjudicación deben cumplir los siguientes requisitos:

- Las personas naturales, que soliciten la adjudicación de un terreno baldío, deberán demostrar que tienen bajo explotación económica las dos terceras partes de la superficie que solicitan.
- Los peticionarios deberán acreditar una ocupación y explotación previa no inferior a cinco años.
- El patrimonio neto del solicitante no puede superar los mil salarios mínimos mensuales legales.
- El tiempo de ocupación de persona distinta del peticionario, no es transferible a terceros en ningún caso.

- En la solicitud de adjudicación. El peticionario deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento:

a) Si es o no propietario o poseedor a cualquier título de otros inmuebles rurales en el territorio nacional,

b) Si se halla o no obligado legalmente a presentar declaración de renta y patrimonio.

Una vez allegados los documentos que la ley exige, la ANT procederá a hacer el estudio de la solicitud, en caso de encontrarse conforme a la ley y a los decretos reglamentarios, se hará la aceptación de la solicitud. La ANT, hará el levantamiento topográfico que será avalado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, conforme a la Ley 1727 de 2014, acto seguido se le dará la publicidad a la solicitud. Se ordenará la práctica de inspección ocular, notificando a colindantes, procurador agrario y se comunicará a la entidad ambiental.

Surtidas las anteriores etapas se realiza la notificación por edicto o en su defecto por aviso. Así las cosas, funcionarios de la ANT realizarán en terreno la práctica de la diligencia de inspección ocular. Quienes se crean con derecho podrán formular la oposición a la adjudicación, en caso de oposición el trámite de la oposición le otorga tres días al peticionario frente al agente del ministerio público agrario para formular alegaciones, y se otorgarán diez días para decretar pruebas. Una vez se resuelva el recurso de oposición se profiere la resolución de la oposición.

Un abogado de la ANT hará la revisión previa a la adjudicación, con el fin de evitar que la titulación se haga en favor de quien no cumpla con los requisitos o exigencias que prescribe la ley, sobre terrenos que no son baldíos o reservados o destinados a un servicio o uso público; o que excedan las áreas permitidas. Posteriormente se expide la resolución de adjudicación,

contra esta providencia procede únicamente, y por la vía gubernativa, el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Surtida en legal forma la notificación y debidamente ejecutoriada la resolución, se procederá a su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos del círculo competente, y a su publicación en el Diario Oficial.

### 3. Declaración de pertenencia

La declaración de pertenencia es aquel proceso judicial que busca que una persona adquiera el dominio en virtud de la prescripción adquisitiva de dominio (Carvajal R. H., 2012).

Así las cosas, se entiende que este proceso permite, a través de la prescripción como modo de adquirir el dominio, garantizar el derecho a la propiedad y declarar mediante un proceso la pertenencia de determinado bien a favor de la persona que cumpla con los requisitos para esta.

Dentro de los requisitos existentes es haber poseído el bien de forma ininterrumpida por 5 años si se trata de prescripción ordinaria, cuando existe un justo título, o 10 años cuando se trata de prescripción extraordinaria cuando no existe el justo título.

Este es el proceso más utilizado, para el saneamiento de la falsa tradición, consistente en presentar una demanda en contra del titular de derecho real de dominio (Camacho, 2016).

El proceso de declaración de pertenencia se encuentra reglado en el artículo 375 del Código General del Proceso (CGP) el cual establece unas reglas específicas que se aplicaran en estos procesos, dentro de estas se advierte que no procede la declaración cuando se trata de bienes imprescriptibles o propiedad de las entidades de uso público es decir que

*(...) El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación (...).*

Así las cosas, el hecho de considerar un predio de falsa tradición como predio baldío genera unas consecuencias graves, pues estaría ilegitimando a las personas para que, mediante el proceso de declaración de pertenencia, accedan al correspondiente saneamiento de sus propiedades (Camacho, 2016), pues efectivamente tal como lo establece el artículo 375 CGP, la demanda se rechazara cuando se trate de bienes baldíos.

Ahora bien, es necesario establecer la forma en que las personas podrán ejercer su derecho a la contradicción respecto a los procesos que pueden ser rechazados y esto es vinculando a la Agencia Nacional de Tierras, quien es la encargada de establecer si en efecto el predio pertenece a los baldíos o si, por el contrario, se trata de un bien particular.

### **Capítulo III ESTUDIO JURISPRUDENCIAL**

#### **1. Introducción**

De acuerdo con el sacerdote Javier Giraldo, una de las principales causas del conflicto armado en Colombia fue la lucha de los campesinos y de la población de bajos recursos por la propiedad y tenencia de la tierra, quienes al no tener justo título se alzaron en armas para poder acceder a la tierra (Giraldo, 2015). Bajo esta perspectiva, la Ley 200 de 1936 estableció que para acreditar la posesión de un fundo

rural se debía tener en cuenta la explotación económica ejercida sobre el mismo.

Unido a lo expresado, la Ley 200 de 1936 privilegió la posesión material viéndose beneficiados los campesinos que no tenían justo título sobre los predios que habitaban o poseían, dado que dichos terrenos eran considerados por el legislador como privados siempre y cuando se explotan económicamente. Este pensamiento tuvo aceptación jurídica y judicial durante varios años, hasta que la Corte Constitucional, en Sentencia T-488 del 2014, otorgó fuerza probatoria a las inscripciones y registros de matrícula inmobiliaria en los procesos de pertenencia, asumiendo que estos dos elementos debían ser entendidos como indicios que permitieran al juez observar que sobre el bien en disputa, estaba inmersa la presunción de bien baldío aun cuando se ejerciera en el ánimo de señor y dueño (Rodríguez, 2011).

En consecuencia, es necesario elaborar una línea jurisprudencial que permita analizar cómo la Corte Constitucional, a través de sus pronunciamientos, ha condicionado el acceso a la propiedad rural al título traslativo de dominio otorgado por el Estado, implantando la doctrina de presunción de bien baldío que contraría lo dispuesto en la Ley 200 de 1936, al considerar procedente la acción de tutela contra providencia judicial cuando en proceso de pertenencia el juez, al tener en cuenta la posesión formal del bien y al ser explotado económicamente, debe presumirlo como bien privado y, por lo tanto, no es necesaria la vinculación al litigio del Incoder, hoy Agencia Nacional de Tierras (ANT).

Para tal fin se utilizará la metodología creada por el doctor (López Medina, 2010) elaborando un problema jurídico; seguidamente se buscará la sentencia arquimédica la cual servirá como punto de referencia para estructurar el nicho citacional, que contendrá las sentencias

hito las cuales serán estudiadas para la formación de la línea jurisprudencial.

## 2. Explicación del problema jurídico

Recapitulando, se debe tener presente que la ANT tiene la función de administrar los bienes de la nación que se consideran como baldíos. En tal sentido, debe determinarse si en los procesos de pertenencia por usucapión, es necesario integrar a dicha institución cuando se tiene incertidumbre acerca de la titularidad del predio que ha sido explotado en labores agrarias y en ese sentido se plantea el siguiente cuestionamiento:

¿Procede la acción de tutela contra providencia judicial, por defecto sustantivo, cuando no se vincula la ANT al proceso de pertenencia de inmueble que se presume como privado por su explotación económica?

La importancia de dicho problema se fundamenta en la inversión probatoria que ha hecho la Corte Constitucional en contra del campesino que presenta demanda de pertenencia, al no tener en cuenta los actos de *animus domini*, que ha ejercido sobre el inmueble que pretende usucapir, otorgando mayor valor al folio de matrícula inmobiliaria del fundo y a la ausencia de propietario inscrito. En ese sentido los operadores de justicia, bajo la presunción de bien privado, en adelante no podrán reconocer la posesión del inmueble explotado económicamente como presupuesto fáctico de la usucapión, puesto que su providencia configuraría un error sustantivo que origina la no vinculación al proceso de la ANT, porque los jueces, según la Corte, no han interpretado integralmente la Ley 200 de 1936 junto con la Ley 160 de 1994 que reglamenta los bienes baldíos.

## 3. Descripción del punto arquimédico

Ahora bien, en el proceso de elaboración del nicho citacional de la presente línea, se eli-

gió como punto arquimédico (Medina, 2010) la Sentencia T-549 de 2016, puesto que es un pronunciamiento reciente que se acopla al problema jurídico antes señalado. En la mencionada Sentencia el Tribunal Constitucional, en sede de revisión, estudia la acción de tutela presentada por el Incoder contra providencia expedida por un juez promiscuo municipal de Boyacá, porque no fue vinculado al contradictorio en el proceso de pertenencia, en el que se decretó la prescripción adquisitiva del dominio de un predio rural que se consideró como privado, pero que según la Entidad accionante puede ser de naturaleza baldía, razón por la cual le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la legalidad, al debido proceso y a la seguridad jurídica, por incurrir en un defecto fáctico y sustantivo.

La tutela fue conocida en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito el cual consideró que era improcedente dicha acción, puesto que conforme al principio de subsidiariedad el accionante tuvo otro mecanismo de defensa contra la sentencia emitida por el juez promiscuo municipal, como lo es el recurso extraordinario de revisión. Además, señaló que el Incoder no debía catalogar al fundo objeto de la litis como baldío, en razón a la mera ausencia de titulares del derecho de dominio que presentaba el predio, sino desvirtuar la presunción de propiedad privada estimada por el juez promiscuo. Por tal motivo el juez de tutela negó el amparo de los derechos del Incoder.

Inconforme con la providencia emitida en primera instancia, el accionante decidió llevar el proceso ante el Tribunal competente quien confirmó (Sentencia T-549 de 2016, 2016) el fallo de tutela, aduciendo que no podía proceder esta acción constitucional, con lo cual se apartó de la (Sentencia T-488 de 2014), aplicando disposiciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 1776 de 2016, la cual reitera la doctrina de presunción de bien privado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional en sus considerandos describe las características de las que están revestidos los bienes baldíos en relación con su imprescriptibilidad. Igualmente deja entrever las discrepancias que habitan en los jueces al momento de aplicar las doctrinas de bien privado y de bien baldío. A causa de ello esa corporación expresó que los artículos 1 y 2 de la Ley 200 de 1936, no debían ser interpretados por los jueces de manera literal, en cuanto este tipo de hermenéutica haría que todo bien inmueble poseído con fines de explotación económica fuese visto como de naturaleza privada, por lo que la interpretación que debe hacerse de las normas en mención es de tipo sistemático, de tal manera que no haya conflicto normativo entre la Ley 200 de 1936 y las disposiciones de la Ley 160 de 1994.

Bajo este apotegma, se decanta como regla jurisprudencial aplicable al problema jurídico objeto de estudio, la siguiente:

*(...) el juez debe llevar a cabo una interpretación armónica de las diferentes normas existentes en torno a tan específico asunto, tales como los artículos 1° de la Ley 200 de 1936; 65 de la Ley 160 de 1994, 675 del Código Civil y 63 de la Constitución Política, sin desconocer que existe una presunción iuris tantum en relación con la naturaleza de bien baldío, ante la ausencia de propietario privado registrado, pues tal desconocimiento lo puede llevar a incurrir en un defecto sustantivo por aplicar una regla de manera manifestamente errada, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable (Sentencia, 2016).*

En ese sentido, la Corte Constitucional decidió amparar los derechos del Incoder, debido a que la decisión tomada por juez promiscuo municipal adolece de defecto sustantivo, al no interpretar, de manera armónica, la doctrina de bien privado con la doctrina de bien baldío.

### Nicho Citacional

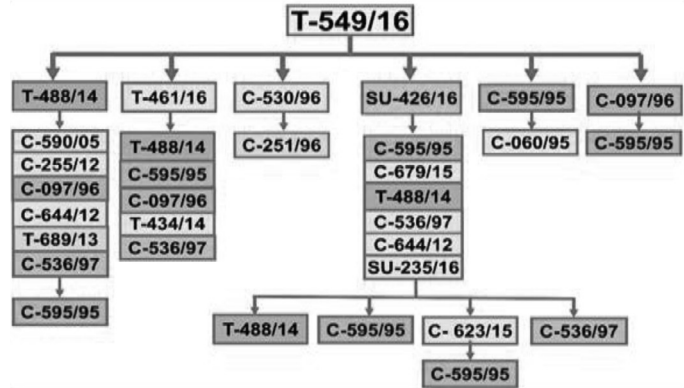


Ilustración 1. Nicho citacional, fuente: diseño del autor a partir del análisis Jurisprudencial en el marco de la Investigación.

Se conoce como nicho citacional al conjunto de sentencias que siendo citadas por el punto arquimédico, permiten hallar los fallos hitos que componen la estructura de la línea jurisprudencial. Teniendo en cuenta lo anterior, se observarán en la siguiente gráfica las sentencias que sirvieron como soporte jurídico a la Providencia T-549/16. Ahora bien: en atención a las sentencias que se muestran varias veces y que registran un tono diferente a la sentencia arquimédica, ya que por su peso gravitacional se calificarán como hito. Así las cosas, se identifica inicialmente la Sentencia T-488/14 como reconceptualizadora del precedente; luego están las sentencias (C-536, 2014 y C-097, 1996) que son respectivamente consolidadora y modificadora de línea. Finalmente, se encuentra la Sentencia fundadora C-595/95 que por ser la más citada se considera como de clase dominante.

## Relato De Ingeniería Reversa

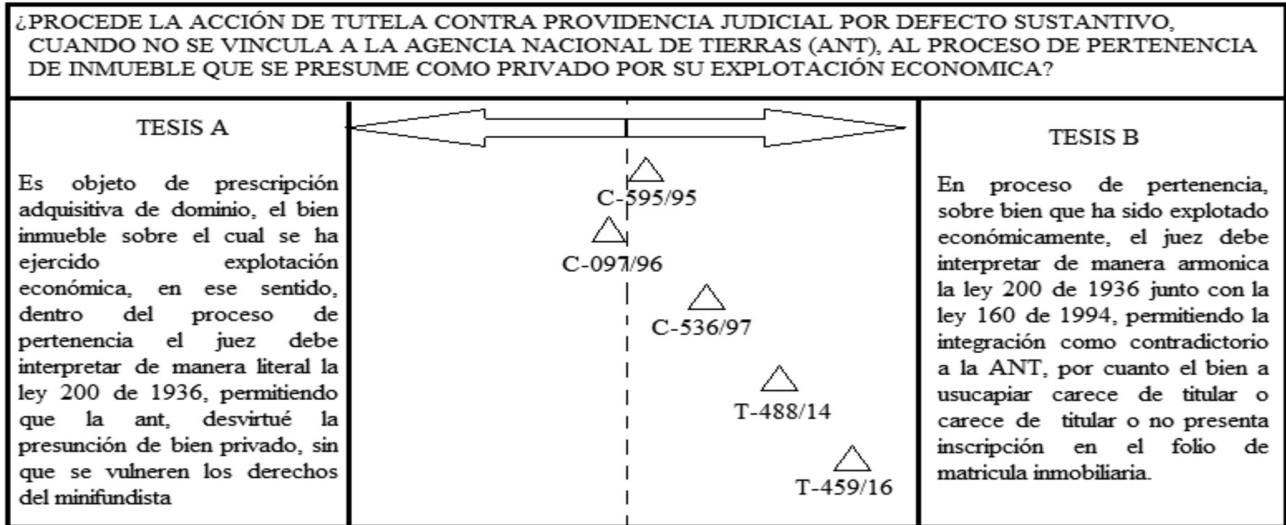


Ilustración 2. Ingeniería reversa, fuente: diseño del autor a partir del análisis Jurisprudencial en el marco de la Investigación.

Las sentencias hito presentes en el nicho citacional conforman un patrón jurisprudencial denominado como sombra decisional (Medina, 2010), el cual se estudiará por medio del siguiente gráfico que representa la ubicación de las sentencias hito en relación con las dos soluciones que dan respuesta al problema jurídico y serán explicadas a continuación .

La tesis (A) está inspirada en los pronunciamientos que emitió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia hasta antes de la Sentencia 12184, de 2016 del magistrado Ariel Salazar Ramírez, en la que esa corporación adhiere al pensamiento de la Corte Constitucional. Esta postura defiende la presunción de bien privado derivada de los actos de explotación económica conforme a la Ley 200 de 1936, permitiendo la prescripción adquisitiva de dominio sobre inmueble de naturaleza jurídica desconocida, siempre y cuando se ejerzan en él actos positivos de señor y dueño, no obstante, dentro del proceso de pertenencia el juez debe vincular a la ANT para que desvirtúe la presunción de bien privado, lo cual es

plausible, pues la carga de la prueba le corresponde a dicha entidad.

Contrario sensu, la tesis (B) basada en la doctrina constitucional de bien baldío, expresa que la Ley 200 de 1936 no debe ser interpretada de manera literal. Por el contrario, la hermenéutica dada por el tribunal constitucional a la mencionada norma, es aquella que permite armonizar sus disposiciones con la Ley 160 de 1994. En ese sentido en los terrenos rurales en que se desconoce su naturaleza jurídica, aun cuando se han ejercido en ellos actos de señor y dueño, deben ser presumidos por el juez como baldíos en cuanto no tienen titular de derecho real o folio de matrícula inmobiliaria, por consiguiente, la tesis (B) es la solución más adecuada para el problema jurídico, en cuanto, su parte sustantiva protege el patrimonio de la nación, sin embargo, no se debe dejar a un lado la realidad social del minifundista, quien ha explotado económicamente a través de las generaciones el bien objeto del litigio, pues gracias a esa actividad se aseguran ingresos y medios de subsistencia para su familia.

Habiendo analizado las dos soluciones al problema jurídico, se dará paso a la narrativa de



ingeniería reversa iniciando con la Providencia T-488/14, en la que un ciudadano presenta demanda de pertenencia sobre predio rural ante Juzgado Promiscuo del Circuito competente, el cual por sentencia declaró que el actor había adquirido dicho predio a través del modo de usucapión, razón por la cual se debía inscribir dicha providencia en el folio de matrícula inmobiliaria. Sin embargo, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos rehusó la orden que impartió el juez, ocasionando que el actor considerara vulnerados sus derechos al acceso a la administración de justicia, la seguridad jurídica y la confianza legítima, por lo que presentó acción de tutela que fue fallada a su favor.

El Tribunal Constitucional en sede de revisión integra al Incoder, quien reprochó que no fue debidamente vinculado al proceso ordinario de pertenencia, ni a la acción de tutela, pese a ser la entidad responsable de la administración y adjudicación de bienes baldíos. Por ende, la Corte Constitucional expresó que la declaración de prescripción adquisitiva hecha por el a quo, a través de un proceso de pertenencia sobre el terreno baldío objeto de la litis, transgredió el ordenamiento legal colombiano en razón a que la Ley 200 de 1936 fue interpretada de manera taxativa por el juez. En ese sentido la Corte Constitucional reconceptualiza la línea jurisprudencial, en cuanto le da valor de indicios a la carencia de titular e inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria del bien en disputa, explicando que estos dos elementos llevan a concluir que en el bien yace la presunción de baldío y no la de privado y, por consiguiente, hay una inclinación por la tesis (B) en la sombra decisional en construcción.

Siguiendo con el hilo conductor de la ingeniería a la inversa, se estudia la (Sentencia C-536, 1997), con la cual se dispone la Corte a revisar la constitucionalidad de los incisos 9 y 12 del artículo 72 de la Ley 160 de 1994, al considerar el actor que vulneran los artículos 13, 58 y

83 de la Constitución, por cuanto impiden el acceso a adquirir predios rurales de mayor extensión de la permitida por el Incoder.

Argumenta también el accionante que no se reguló lo relativo a la retroactividad de la referida ley, con lo cual no se le protegen los derechos a las personas que han obtenido estas tierras con anterioridad a la norma. Igualmente, el demandante también debate sobre la exigencia de solicitarle autorización al Incoder para poder registrar contratos de tradición de inmuebles rurales, cuyo registro inicial sea el de una adjudicación de baldíos cuando con dichos contratos se fraccionen los inmuebles en extensiones inferiores a la fijada por la unidad agrícola familiar.

Así las cosas, la Corte, consolidando la sombra decisional de la línea, se inclina por la tesis (B) demostrando que el legislador, a partir de la reforma agraria de 1961, le entregó la administración de los baldíos al Incoder. En ese sentido se concibe que los baldíos quedaron sujetos a esta reforma, todo ello con la finalidad de transformar la tenencia de la tierra en el sector rural evitando la concentración de predios por parte de unas pocas personas. Así mismo, argumenta la Corte que la Carta Política de 1991 mantuvo algunos preceptos que se habían establecido con la Constitución de 1886, donde se instituye que el legislador está autorizado para dictar normas sobre la adjudicación de tierras baldías, además de dictar sus condiciones y restricciones para la misma.

En consecuencia, los incisos demandados fueron declarados exequibles puesto que la prohibición de fraccionamientos se adecua a los mandatos constitucionales y va encaminada a impedir la concentración de terrenos y la formación de minifundios.

Dejando la anterior providencia, se analiza la Sentencia C-097/96, donde la Corte revisa la

constitucionalidad del artículo 65 inciso 2 y del artículo 74, parágrafo 1 y 2, de la Ley 160 de 1994, frente a los artículos 29, 58, 83 de la Constitución. El actor refiere que no se garantizan los derechos a la propiedad privada conforme a lo establecido en la ley civil, en cuanto que la tenencia de un bien baldío rural con ánimo de señor y dueño no constituye posesión. Añade el actor que las personas que ejercen actos de dominio sobre el bien baldío, no son reconocidas como poseedores y por ello se verían vulnerados los derechos a la contradicción y defensa, porque se cree que estas personas actúan de mala fe teniendo únicamente una mera expectativa para que los fundos les sean adjudicados.

Al respecto la Corte aduce que la buena fe se describe como el convencimiento que tiene la persona de estar ocupando un bien bajo los preceptos de la Constitución y la ley; si esta buena fe se presume no hay necesidad de demostrarse debido a que esta presunción es de carácter legal. En ese sentido el Incoder u otras personas pueden entrar a desvirtuarlas, pues son ellos a quienes les corresponde llevar a cabo la carga de la prueba, para determinar qué quien ocupa el baldío y actúa de mala fe. Ahora bien: de demostrarse que la persona actúa de buena fe, se llegará a un acuerdo para el reconocimiento de mejoras a que haya lugar. Esta Sentencia, a diferencia de las otras, se inclina un poco más por la tesis (A) al reconocer que a quien le corresponde la carga de la prueba es al Incoder, teniendo la oportunidad de desvirtuar la presunción de dominio que se ejerce sobre el bien pretendido en el proceso de pertenencia. En ese sentido la Sentencia es modificadora de línea; no obstante, esa corporación estima que el demandante no tiene razón, en cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad del parágrafo 1 del art. 74 de la Ley 160 de 1994, puesto que no se está obligando a los ocupantes a demostrar la buena fe, ni tampoco expone la presunción de mala fe y,

por ende, no se estaría vulnerando el artículo 83 superior.

Además, a la vista del artículo 74 de la mencionada ley el Incoder tiene la facultad de ordenar la restitución de terrenos baldíos que se encuentran indebidamente ocupados, sea porque tienen una destinación especial; porque no son adjudicables o porque la superficie ocupada supera la extensión que la misma ley permite adjudicar. Respecto del parágrafo 2 del artículo 74 de la ley antes descrita, considera que no vulnera el artículo 58 de la Constitución puesto que no es admisible la adjudicación de baldíos que están indebidamente ocupados por terceros en la totalidad o parte del área que se solicite en adjudicación, por tanto, el Incoder debe recurrir a su competencia en esta materia en orden a verificar dicho fraccionamiento, prevaleciendo como ya se dijo, la buena o mala fe del peticionario.

Para finalizar con la ingeniería en reversa se analiza la demanda de la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 48 de 1882; el artículo 61 de la Ley 110 de 1912; el inciso 2 del artículo 65 y parte del inciso 2 del artículo 69 de la Ley 160 de 1994, por infringir los artículos 25, 58, 60, 64 y 332 del Estatuto Superior.

La Corte al decidir concluye que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 160 de 1994, los terrenos baldíos podrán ser adjudicados a personas naturales y entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura, instalación o dotación de servicios públicos, con la condición de que si no se cumple esta finalidad los predios revertirán al dominio de la nación.

Además de ello, se habla de la imprescriptibilidad de los bienes baldíos y la función social de la propiedad, declarando exequibles las normas acusadas puesto que los artículos atacados para la adjudicación de tierras baldías,

tiene como propósito dotar de tierras a quienes carecen de ellas, permitiendo el acceso a la propiedad de la tierra.

En tal sentido, dentro de la línea jurisprudencial, la Corte Constitucional se inclina acá por la tesis (B) porque expresa que el Incoder dentro del proceso de pertenencia, en inmuebles que son explotados económicamente, debe ser vinculado en cuanto es el encargado de establecer condiciones para la adjudicación de bienes baldíos.

### **Conclusiones Preliminares**

La Corte Constitucional estableció en sus más recientes fallos que los jueces en procesos de pertenencia, deben presumir a los bienes objeto de litigio como baldíos, cuando no contaran con un titular de derecho real o inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria, aun si estos eran explotados económicamente.

La procedencia de la acción de tutela se funda en el error sustantivo presente en las sentencias al no hacerse una interpretación integral de la Ley 200 de 1936, con la Ley 160 de 1994, puesto que la Corte expresó que no podía interpretarse de manera literal la Ley 200 de 1936, en cuanto todo bien en el que se ejercieran actos de señor y dueño podría ser considerado como de procedencia privada y, por lo tanto, serían objeto de usucapión.

Finalmente, se evidencia la inclinación por parte de esta corporación hacia la doctrina de bien baldío que obliga a los demás operadores de justicia a integrar en los procesos de pertenencia a la ANT como parte en el litigio, para determinar la naturaleza del bien que se pretende adquirir.

### **Postura Crítica**

Como antes se expresó, la tesis (B) es la más adecuada para resolver el problema jurídico, no obstante surge una problemática en cuanto al desconocimiento que hizo la Corte Constitucional, a la explotación económica que ha ejercido el campesino sobre los minifundios de los cuales se desconoce su naturaleza jurídica, puesto que considera que estos bienes no deben ser presumidos como privados sino como baldíos, en razón de que no presentan inscripción y registro de matrícula inmobiliaria, sin embargo, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Luis Armando Tolosa Villabona, en la Sentencia 1776 expresa que la única finalidad de estos dos elementos es la de identificar los contradictores de la pretensión principal de la demanda de pertenencia (Sentencia, 2016). En ese sentido, en la mencionada sentencia se argumenta que cuando no hay titular de derechos reales (Becerra Toro, 2006), no se debe presumir de manera directa que el bien es baldío, por el contrario, a la conclusión que debe llegar el operador jurídico, es que la demanda se debe interponer en contra de personas indeterminadas, ello con la finalidad de formar adecuadamente al contradictorio, bajo esta perspectiva lo que la Corte Constitucional considera como indicios de bien baldío, no constituyen material suficiente para desvirtuar la presunción de bien privado, pues la única forma pertinente y conducente que tiene la ANT para desvirtuar tal presunción, es demostrando que el ocupante del bien no lo ha explotado económicamente y que el Estado mantiene el dominio sobre el fundo rural.

Ahora bien, la Sentencia T-407 de 2017, la cual no fue seleccionada como punto arquimédica en razón a que su accionante varía al del problema jurídico, establece medidas para proteger los derechos de la población agraria, quienes han explotado fundos de los cuales no

se tiene certeza de su naturaleza jurídica, en cuanto el Plan Nacional de Clarificación y Recuperación de Tierras Rurales que está aplicando la ANT, aunque pretende recurrar 1.202.366 hectáreas baldías, no constituye una medida de fondo para materializar el derecho al acceso a la tierra en Colombia, ya que, este plan no concibe un programa de titulación masiva, que permita la adjudicación de baldíos a los campesinos que han ejercido sobre ellos actos de señor y dueño.

En consecuencia, la solución para la problemática sucinta en la tesis (B), es la activación de una ruta prioritaria, en la cual la ANT tiene un plazo máximo de 18 meses para determinar la naturaleza del bien y si este es baldío, se deberá tener en cuenta la buena fe del campesino y la explotación económica que ha realizado a través de los años, ello con la finalidad de que inmediatamente se inicie la adjudicación del fondo, siempre y cuando quien ejerció actos de dominio sobre el inmueble rural cumpla con los requisitos de la Ley 160 de 1994, de esta manera, la Corte Constitucional antepone sobre los demás solicitantes, al individuo que pretendió usucapir el bien objeto del litigio.

### **Conclusiones Investigativas**

Finalmente, se puede concluir que aunque el Estado ha diseñado una acción especial para la protección del derecho a la propiedad, permitiendo el saneamiento de la falsa tradición, esta no cumple con el principio de especialidad. Esto en razón a que diseña un proceso que genera mayor dificultad y se torna tortuoso en comparación a otros que aun cuando no son dirigidos al saneamiento de la falsa tradición son efectivos. Son tantas las falencias que presenta este procedimiento que es mejor acudir a un proceso de adjudicación, o inclusive a uno de pertenencia que, como se evidenció, es necesario vincular a la ANT en menciona-

dos procesos antes que al establecido en la Ley 1251 de 2012, toda vez que aparentemente es una ley que regula el saneamiento, pero en la práctica no genera ningún beneficio para los accionantes, pues se trata de un proceso muy tortuoso.

**Referencias**

- Angarita Gómez, J. (2004). Lecciones de derecho civil. Bogotá: Temis.
- Becerra Toro, R. (2006). Curso didáctico sobre bienes y derechos reales. Cali: Sello Editorial Javeriano.
- Bonivento Fernández, J. (1991). Los principales contratos civiles y comerciales. Bogotá: Librería del Profesional.
- Borda, A. (2008). Contratos. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez .
- Caicedo Escobar, E. (2001). Derecho inmobiliario registral. Bogotá: Temis.
- Camacho, A. (2016). Manual de derecho procesal. Colombia: Temis.
- Cardozo Neira, M. R. (2008). Aspectos teóricos del derecho registral colombiano. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Carvajal, A. (1999). De los bienes y su dominio. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad Nuestra Señora del Rosario.
- Carvajal, R. H. (2012). Bienes. Bogotá: Temis.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia 12184.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-097.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-536.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-536.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-595.
- Corte Constitucional. (2017), Sentencia T-407.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-488.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia T-549.
- Giraldo, J. (2015). Víctimas. Colombia: Untitled.
- Guzmán, R. B. (17/06/2015). Proceso de saneamiento falsa tradición. Obtenido de Legis Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/proceso-de-saneamiento-de-falsa-tradicion>
- Jaramillo, L. G. (2014). Bienes. Bogotá: Temis.
- López Medina, D. (2010). Derecho de los jueces. Bogotá D.C.: Legis.
- Monsalve, Á. O. (2007). Derecho civil. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2011). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Roncancio, J. D. (2004). Del derecho de dominio y de la clasificación de los bienes. San Gil.
- Roncancio, J. D. (2005). Bienes. San Gil.
- Zea, A. V. (2007). Derechos reales. Bogotá: Temis.
- Velasquez Jaramillo , L.G. . Bienes . (1997) , Bogotá : Librería Ibalez

# RÉPLICAS A, AA, TRIPLE A Y CUATRO A: DEFINICIÓN ACADÉMICA

Replicas A, AA, Triple A and Four A: academic definition

Laura Lorena Pinto Tavera\*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

## Resumen

En el mercado de los artículos de lujo, las réplicas ilegales, conocidas como A, AA, Triple A y Cuatro A se han convertido en un problema para titulares de marca y consumidores; la ausencia de definición doctrinaria y la falta de criterios para la clasificación ofertada convierten en imperioso un pronunciamiento de la academia. En la presente disertación se parte desde una construcción de los caracteres generales hasta los diferenciadores, pasando por su caracterización desde ámbitos como su comercialización.

**Palabras clave:** réplicas, titulares de marca, definición doctrinaria, consumidores, comercialización.

## Abstract

In the luxury goods market, illegal replicas, known as A, AA, Triple A and Four A, have become a problem for brand owners and consumers; the absence of a doctrinal definition and the lack of criteria for the offered classification make a pronouncement of the academy imperative. The present dissertation start from a construction of the general characters to the differentiators going through their characterization from areas such as marketing.

**Key words:** Replicas; trademark holders; doctrinal definition; consumers; marketing.

## Introducción

Encontrar en el mercado web o en otros canales mercantiles, réplicas ofertadas bajo las denominaciones como las A, AA, (Triple A) AAA y (Cuatro A) AAAA no es una gran proeza; es así que desde hace ya 10 años su comercialización en el país se ha ido afianzando como una actividad altamente rentable e incluso una economía paralela. Es el comercio de lo “imitado”, “chiveado”, “no original” o “replicado” que está creciendo en Colombia y que podría mover en el país un promedio de \$10.000 millones al año, de acuerdo con los cálculos de la Dijín y los empresarios afectados por el oscuro y lucrativo negocio (Bohórquez, 2008, párr. 3). Así, el panorama y con una cifra monetaria significativa, resulta necesaria y casi obligatoria la pregunta ¿Qué son las réplicas A, AA, Triple A, y Cuatro A? Atendiendo a que solo algunos portales web ofrecen pequeñas reseñas, delimitar la definición de lo que son desde un punto de vista académico, deviene en un trabajo realmente urgente e imperioso, siendo ese el principal objetivo del texto.

Como uno de los hallazgos investigativos se evidencia que existen los elementos necesarios para una definición generosa de las réplicas mencionadas, la cual podrá ser nutrida posteriormente como continuación del trabajo científico desarrollado.

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL

El documento presenta como resultado, la concreción de parámetros de clasificación, bajo caracteres teorizantes, para lo cual, se parte desde lo general hasta lo particular iniciando con un marco teórico, aproximaciones conceptuales con forma de marco conceptual, un marco legal, apuntes frente a la comercialización de réplicas de productos de lujo, observaciones frente a la ilegalidad de las réplicas abordadas, la afectación a consumidores y la presentación de caracteres diferenciales como parte de las conclusiones del artículo.

## **2. Marco teórico**

Las marcas como signos distintivos se ubican dentro de un gran género conocido como propiedad intelectual. Su protección en el ordenamiento jurídico colombiano se fundamenta bajo el paradigma del positivismo jurídico, con una notoriedad mayor en asuntos de trámites; teóricamente su soporte se halla en lo que Herbert Lionel Adolphus Hart más conocido como H. L. A. Hart, describió en sus ensayos como las nociones de obligación jurídica y deber, poder legislativo, gobierno limitado jurídicamente, la existencia de una constitución que confiere poderes legislativos y que limita jurídicamente su competencia, así como en las nociones de validez e invalidez jurídica, como distinto de lo jurídicamente permitido y prohibido que resguarda la propiedad intelectual y sanciona las transgresiones a los derechos conferidos a sus titulares (Pinto, 2018).

No obstante, otra posición desde la cual se concibe la propiedad intelectual se encuentra en la propuesta de Stephan Kinsella, abogado experto en patentes, escritor y conferencista libertario y desde donde se conciben las leyes de propiedad intelectual bajo argumentos de derecho natural al estilo lockeano, sosteniendo que la justificación dada a la restricción del uso de la propiedad intelectual se ha fundamen-

tado en la equiparación de las creaciones con cosas tangibles frente a las cuales se predica la escasez, y la intención de dirimir las disputas entre sujetos que quieran usar bienes escasos, no obstante, según esta teoría, se afirma que realmente no existe escasez en las creaciones de la propiedad intelectual y, por ende, al existir abundancia infinita no hay una necesidad estricta de exclusividad (Pinto, 2018).

Kinsella (2013), también refiere en sus argumentos a otros libertarios, como el anarquista David Friedman quien analiza y asocia la justificación de las normas y prohibiciones sobre propiedad intelectual sobre bases legales y económicas y una estructura institucional utilitarista. Sostiene que el argumento utilitarista presupone que se deban elegir leyes y normas que maximicen la “riqueza” o la “utilidad”, desviando el sentido natural de estas expresiones. De conformidad con las posiciones plasmadas en precedencia, la ubicación teórica de la propiedad intelectual se desarrolla entre el positivismo jurídico y el derecho natural con justificaciones abismalmente opuestas.

## **3. Aproximaciones conceptuales - Marco conceptual**

Para la RAE, Real Academia Española (2017), una definición es una proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial. Así las cosas, una definición puede darse desde múltiples disciplinas o ámbitos como pueden serlo el científico, comercial, informal o académico; una definición académica es, entonces, aquella que resulta como producto de la construcción investigativa desde ese ámbito. Con la finalidad de construir definiciones sobre réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A, corresponde exponer inicialmente los caracteres genéricos de todas ellas y, después, los diferenciales para cada una.

Como punto genérico de partida para arribar a los caracteres señalados genéricos y diferenciales enunciados, la expresión piratería deviene en el referente conceptual más cercano a los términos réplica A, AA, Triple A y Cuatro A. En el contexto latinoamericano para el Instituto de Propiedad Intelectual de Chile, Inapi (s.f.), la expresión piratería consiste en la ejecución de ciertos actos de utilización que no han sido autorizados por el titular de derechos de autor o de derechos conexos, ni están contemplados en alguna excepción establecida expresamente por la ley respectiva, sobreviniendo entonces en usos ilegítimos que afectan la normal explotación de las producciones intelectuales que generan autores, artistas e industrias creativas.

El término piratería se emplea, de manera regular, en materia de propiedad intelectual para referirse a las conductas ilícitas de reproducción (copia) y distribución de ejemplares de obras y producciones intelectuales, los cuales se generan como ya se mencionó sin obtener la debida autorización en el país de origen en que se realiza la copia y constituyendo, a su vez, una infracción a derechos de autor o derechos conexos en el país de destino al que llegan tales ejemplares para su posterior distribución por diversos canales (Inapi, s.f.).

Con alguna semejanza, y algunas veces de manera indistinta frente al concepto de piratería, aparece el término falsificación, con el cual en materia de propiedad industrial se hace referencia al uso malicioso, con fines comerciales, de una marca igual o semejante a otra para los mismos productos, servicios o establecimientos. Al arribar así al ámbito de las marcas como signos distintivos es preciso, entonces, aproximarse al concepto de réplica en general.

Según el Diccionario de la RAE, (2017) la palabra réplica puede ser definida como “Copia exacta de una obra artística”. Bajo el supuesto

en que esta sea realizada con autorización a este efecto, una réplica no constituye vulneración alguna a los derechos de autor y encuadra dentro de la legalidad; en caso contrario, esto es sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, se considera una réplica ilegal.

Existen también las réplicas de productos reconocidos bajo signos distintivos. En esta situación el objeto sobre el cual es puesta la marca está intrínsecamente ligado al signo distintivo como diferenciador frente a artículos ofertados por competidores.

Una réplica ilegal consiste en la reproducción o copia de una obra artística o producto distinguido por medio de una marca, de la cual se está realizando un uso indebido como signo distintivo objeto de protección según la normativa internacional vigente en materia de propiedad industrial, y con la cual se genera una infracción a los derechos del o los titulares de marca.

#### 4. Marco legal

La normativa aplicable en materia de marcas dentro de la que se resalta la Decisión 486 de la Comunidad Andina, el Convenio de París mediante la Ley 178 de 1994, el acuerdo sobre los Adpic de la OMC, mediante la Ley 170 de 1994, más recientemente el Protocolo del Acuerdo de Madrid mediante la Ley 1455 de 2011 y, adicionalmente, las resoluciones supletivas de la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, constituyen el marco legal de la presente disertación.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 256 de 1996 y la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina la producción y comercialización de réplicas puede constituirse en un acto de competencia desleal e infracción marcaria.



## 5. Caracterización de las réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A

La descripción de las réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A, ha sido abordada en menor detalle solo por algunas páginas de internet con carácter informal como lo hace Aprendiz (s.f.) así: En materia de réplicas están las denominadas réplicas A, de muy baja calidad y con poca similitud al producto original ofrecidas a un precio bastante accesible; paso seguido están las réplicas AA denominadas de calidad media y con apariencias genuinas; de otro lado, se encuentran las réplicas AAA o triple A, las más famosas y aceptadas en el mercado, se caracterizan por ser de excelente calidad y gran precisión en sus acabados, tanto así que es difícil diferenciarlas del producto original.

En la última clasificación están las réplicas AAAA, son menos sencillas de encontrar y se trata de copias en las cuales la diferencia con el original es casi imperceptible. Este producto, por lo general se vende para el consumo interno de China, se ofrecen a la venta con marcas registradas propias. Estas marcas registradas son nombres muy similares al original (NOKIA = NKIA, IPHONE = APHONE), pagan impuestos, pasan por estricta inspección de calidad y mantienen la estética del modelo original, con cambios muy pequeños (Aprendiz, s.f.).

Según el portal web [makeupjunkiegt.com](http://makeupjunkiegt.com), Make Up Junkie Ale (2018), al referirse específicamente a las réplicas cosméticas de maquillaje las réplicas A las califica como las peores de todas por ofrecer productos que los titulares de marca legítimos no tienen dentro de su catálogo, las réplicas AA, se diferencian porque posiblemente se oferte de productos que los titulares de marca legales realmente sí venden, sin embargo, su principal característica, es la diferencia en colores frente al producto origi-

nal junto con otras particularidades de las que podría inferirse una mala calidad; por último, respecto a las réplicas AAA resalta que muchas mujeres confunden estos productos con los originales obteniendo una falsa idea respecto a su calidad, sin embargo, al desconocerse las sustancias con las que fueron elaboradas no pueden catalogarse como seguras sino solo como las de mayor similitud con el producto original.

En Colombia, las más populares en sitios web y mercadillos son las descritas como réplica Triple A o réplicas AAA. Las prendas y accesorios de vestir, junto con los cosméticos, son los productos de los cuáles es más fácil encontrar este tipo de imitaciones, no siendo los únicos segmentos afectados en tanto la perfumería y productos de belleza también han sido permeados (Pinto, 2018).

Si bien las réplicas ilegales pueden presentarse de cualquier producto distinguido bajo cualquier marca, lo más común es encontrarlas bajo la clasificación de A, AA, AAA o AAAA en lo que se describirá a continuación como productos de lujo, considerados como aquellos que los consumidores con ingresos económicos promedio, en condiciones normales o habituales, no puede conseguir, es decir, es usual o común de las clases económicas altas o individuos adinerados que pagan más por el reconocimiento, sensación o beneficio social de lo que obtienen que por lo que en realidad cuesta objetivamente el producto o servicio (Pinto, 2018).

## 6. Frente a la comercialización de réplicas de productos de lujo

Aunado a lo anterior la comercialización de réplicas ilegales de productos de lujo como las A, AA, Triple A y Cuatro A constituye un negocio altamente rentable soportado en el lucro

del esfuerzo ajeno con grandes gratificaciones económicas, pero con importantes desmedros para los titulares de los derechos de propiedad industrial como se esboza en adelante.

El negocio de la comercialización de réplicas permite grandes ganancias en la medida en que quien produce una réplica solo se encarga de lograr un producto terminado para la venta sin necesidad de invertir cuantiosas sumas de dinero en mercadeo; la labor de posicionamiento de la marca está ya bastante avanzada tras el costoso trabajo de muchos años por parte de las compañías que ofrecen los productos genuinos y a sus publicistas y expertos en marketing. Como el producto de lujo genuino se ofrece al público a un costo elevado, solo algunos individuos pueden adquirirlo, sin embargo, no son solo ellos a quienes les apetece, para alguien que por sus ingresos económicos no puede comprar el producto original, la réplica ilegal se convierte en una opción para satisfacer dicho deseo, así sea de manera ilusoria.

El desmedro económico para quien obtiene una licencia de marca de lujo o quien simplemente es titular, puede observarse desde varios puntos de vista, el principal de ellos, la pérdida de posicionamiento de marca por la presencia de réplicas ilegales en el mercado como se expone a continuación.

## **7. De la ilegalidad de las réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A**

Al abordar el lucro del esfuerzo ajeno, se arriba a la afectación que sufren los titulares de marca desde el punto de vista del posicionamiento de la misma según los siguientes supuestos: Una marca como signo distintivo de un producto de lujo, para algunas compañías o asociados, llega a considerarse como un intangible de gran valor dado el posicionamiento en la mente del consumidor; este es obtenido por

medio de varias estrategias de mercado como la exclusividad, el direccionamiento a segmentos sociales específicos de clases sociales altas. Sin ahondar mucho en la explicación y aplicación de las estrategias de posicionamiento de una marca, es de resaltar que, para lograrlo, las compañías titulares de derechos invierten enormes sumas de dinero y tiempo impactando la mente de sus clientes potenciales a fin de influenciar su decisión de consumo y crear un concepto de la marca.

Así las cosas, bajo los supuestos planteados en precedencia, un individuo puede preferir y decidir su opción de consumo hacia un producto distinguido por una marca de lujo influenciado por el impacto que la estrategia de posicionamiento de la misma le ha generado, inducido además por la oferta de un producto exclusivo, propio de una clase económica alta, o de uso común de individuos con un estándar de vida envidiable y que puede despertarle una sensación de sentirse privilegiado al adquirirlo.

En el momento en que este individuo observa que en el mercado alguien que no cumple con el prototipo de persona que el concepto de marca le ha creado respecto al consumidor del producto, obtiene o porta un bien de apariencia mínimamente similar, un poco similar, muy similar o idéntico al bien genuino por el que él paga o pagaría una considerable suma de dinero y lo cual podría ser una réplica según las descripciones que ya se han presentado (A, AA, Triple A o Cuatro A) el posicionamiento de la marca sufre un desmedro motivado en el quebranto de las ideas de exclusividad, estatus social, beneficio, privilegio y demás ya mencionadas en precedencia.

Como una afirmación lógica, si una marca pierde posicionamiento, pierde parte de su valor agregado como intangible, resultando entonces obvio que si la comercialización o presencia en el mercado de una réplica ya sea A,

AA, Triple A o Cuatro A ocasiona la pérdida de dicho posicionamiento, ningún titular otorga autorización alguna para su producción o mercantilización, pues equivaldría a que él mismo estuviese aprobando su perjuicio. Así las cosas, se entiende que una réplica como las ya enunciadas no cuentan con autorización del titular de los derechos otorgados por la legislativa en materia de propiedad intelectual y, de esta forma, se convierte en ilegal.

## **8. Afectación a consumidores**

El problema de las réplicas ilegales no afecta solo a productores, titulares, comercializadores o distribuidores que acatan la normativa vigente y encajan dentro de la legalidad y que contribuyen desde sus posibilidades al posicionamiento de una marca, los consumidores también acarrearán las consecuencias nocivas que estas generan, independientemente de que exista el conocimiento y conciencia de estar adquiriendo una réplica o de haber sido víctima de un engaño para su adquisición; las copias ilegales en muchas ocasiones, aunque conservan la apariencia física según la clasificación en A, AA, AAA o AAAA abordada previamente, es en la calidad de sus materias primas o elementos de acabados donde distan abismalmente de los productos originales distinguidos por marcas que garantizan a mercados objetivos ciertas cualidades y condiciones de calidad.

Como asunto lamentable las copias ilegales al buscar un aspecto físico similar, pero a muy bajo costo de producción, emplean sustancias tóxicas, materiales nocivos, procesos de producción generadores de derivados riesgosos y hasta componentes prohibidos, diversos reportes en diarios dan cuenta de esta situación, con un vistazo rápido, noticias como la presentada por Agencia EFE, El Espectador (2008), hace ya 10 años con el titular “Incautan más de un millón de productos chinos fabricados

con cuero tóxico”, Brodmeier en El Herald (2017) “Maquillaje de imitación, un problema para la salud” y el afamado portal de belleza Vogue (2016) titulado “Las falsificaciones de los labiales de Kylie Jenner son más peligrosas de lo que parece”, reporte donde las usuarias manifestaban que sus copias de labiales contenían pegamento, permiten una visión de esta alarmante situación en donde las complicaciones de salud pueden llegar a ser incluso mortales. Sustancias como el plomo y el arsénico, encontradas en réplicas cosméticas, resultan potencialmente tóxicas y pueden llegar a generar daños irreversibles en la salud humana y en palabras de Londoño, Londoño y Muñoz (2016), tan graves como efectos teratogénicos, cáncer e incluso la muerte.

Se tiene entonces que desde las aproximaciones conceptuales abordadas una réplica ilegal según su clasificación en A, AA, Triple A o Cuatro A reúne varias características que permiten integrar sus definiciones, las cuales se presentan a manera conclusiva del documento así:

## **9. Conclusiones**

### **9.1. Caracteres genéricos**

Las réplicas cuya clasificación es dada como A, AA, Triple A o Cuatro A, son propias o comunes al mercado de artículos de lujo.

Las réplicas A, AA, Triple A y Cuatro A, derivan del concepto de piratería. Dentro de la piratería se relacionan con el término falsificación y constituyen un uso indebido de una marca, partiendo de la premisa según la cual no resulta lógico que sean producidas o comercializadas con autorización del titular de los derechos de propiedad industrial. De este modo se afirma que el hecho que un titular de marca autorice su producción o mercantilización estaría aprobando su propio perjuicio económico por pérdida de posicionamiento de la marca lo que no resulta coherente.

Dado que no cuentan con autorización del titular de marca, las citadas réplicas contravienen los derechos protegidos por la normativa internacional en materia de propiedad industrial y de esta forma devienen en ilegales.

Como copias ilegales que ocasionan pérdida de posicionamiento de una marca afectan gravemente a los titulares de los derechos de propiedad industrial.

Constituyen la fuente del lucro del esfuerzo ajeno al explotar una reputación y posicionamiento ajeno, lo cual convierte su comercialización en un negocio altamente lucrativo al no conllevar inversiones en marketing y publicidad.

El uso de materiales tóxicos o de baja calidad en la fabricación de réplicas ilegales, constituyen o un riesgo para la salud de los consumidores o una potencial pérdida de dinero con ocasión a su posible mal funcionamiento.

## 9.2. Caracteres diferenciales

Con apoyo de los componentes descritos en la reseña presentada por el portal web Aprendiz (s.f.) se expone la siguiente construcción teórica:

Las réplicas A: son de muy baja calidad, con poca similitud al producto original y se ofertan a un bajo precio, puede considerarse común en ellas el empleo de sustancias tóxicas o materias primas o de acabados prohibidos en razón a su costo mínimo.

Las réplicas AA: son de calidad media y con apariencias genuinas de nivel intermedio por lo que su precio puede ser más elevado que el de las réplicas A.

Las réplicas AAA o triple A son las más comunes en el mercado, se caracterizan por ser de

excelente calidad y gran precisión en sus acabados resultando difícil diferenciarlas del producto original; por su parte las réplicas AAAA o Cuatro A son copias en las cuales la diferencia con el original no es percibida por un comprador incauto, emplean materiales de mejor calidad que las empleadas en las otras formas de réplicas, motivo por el que sus precios pueden resultar elevados en comparación con las otras clasificaciones y muy cercano al del producto original.

## Referencias

- I. Agencia EFE. (2008). Incautan más de un millón de productos chinos fabricados con cuero tóxico. Recuperado de <https://www.elespectador.com/articulo-incautan-mas-de-un-millon-de-productos-chinos-fabricados-cuero-toxico>
- II. Aprendiz. (s.f.). Guía exclusiva cómo importar réplicas de las grandes marcas. Recuperado de: <http://www.taringa.net/posts/economia-negocios/17610431/Guia-Exclusiva-Como-Importar-Replicas-de-las-Grandes-Marcas.html>
- III. Bohórquez, E. (2008). La economía de lo chiviado. Recuperado de <https://www.elespectador.com/impreso/negocios/articuloimpreso-economia-de-chiviado>
- IV. Brodmeier, K. (2017). Maquillaje de imitación, un problema para la salud. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/entretenimiento/maquillaje-de-imitacion-un-problema-para-la-salud-351817>
- V. Kinsella, S. (2013). Contra la propiedad intelectual. Auburn, Alabama: Ludwig Von Mises Institute.
- VI Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Inapi, Chile. (s.f.). Observancia piratería falsificación. Recuperado de <https://www.inapi.cl/protege-tu-idea/pirateria-y-falsificacion>
- VII. Make Up Junkie Ale. (2018). ¿Qué son las réplicas AAA? Recuperado de <https://makeupjunkiegt.com/que-son-las-replicas-aaa/>
- VIII. Londoño, L. Londoño, P. y Muñoz, F. (2016). Los riesgos de los metales pesados en la salud humana y animal. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/bsaa/v14n2/v14n2a17.pdf>
- IX. Pinto, L. (2018). Mecanismos legales frente a la comercialización de réplicas (Tesis de maestría). Bucaramanga, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.
- X. Real Academia Española, RAE. (2017). Diccionario de la lengua española. Definición. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C2nxHO5>
- XI. Real Academia Española, RAE. (2017). Diccionario de la lengua española. Réplica. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C2nxHO5>
- XII. Vogue. (2016). Las falsificaciones de los labiales de Kylie Jenner son más peligrosas de lo que parece. Recuperado de <https://www.vogue.es/moda/news/articulos/labiales-kylie-jenner-falsos/27260>

# LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO A REPARAR POR DAÑO AMBIENTAL EN EL ESTADO COLOMBIANO

The determination of the subject to repair in environmental damage in the colombian state

Cristian Camilo Gordillo Murillo \*

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

## Resumen

La responsabilidad estatal por daño ambiental es uno de los temas que más importancia ha tomado en la última década en razón a la constante transformación del ámbito social, cultural, económico y ambiental. Es así que establecer el sujeto a reparar por el daño ambiental que el Estado puede llegar a causar, se enmarca como parte fundamental del estudio de la responsabilidad por este daño.

De esta forma, la determinación del sujeto a ser reparado por los daños ambientales causados por el Estado, es una problemática a la cual el derecho ha de responder de una forma coherente, otorgando al medio ambiente la condición de sujeto y a la colectividad la legitimación para exigir la protección de los derechos ambientales, de tal forma que se cree una apropiación jurídica colectiva, que le permita al ser humano, como habitante de este planeta, combatir la contaminación que se le ha causado al medio ambiente y resarcir los daños que se le hayan causado, es así como el sujeto sobre el cual debe recaer la reparación de los daños ambientales causados por el Estado, fundamenta este artículo de investigación, y pretende facilitar la comprensión y profundizar en la responsabilidad estatal por el daño ambiental. El documento que se puede apreciar ha sido desarrollado en el marco de una investigación realizada en un ámbito académico de derecho ambiental.

**Palabras clave:** ambiente, daño antijurídico, responsabilidad, vida, humano, conciencia, respeto, derechos, dignidad, protección, libertad.

## Abstract

The state responsibility for environmental damage is one of the most important issues in the last decade, due to the constant transformation in the social, cultural, economic and environmental fields that the country has had, therefore, to establish who it is the subject to repair product of the damages caused, it is fundamental in the study of the responsibility for environmental damage.

Thus, the law has consistently responded to the previous concern, giving the environment the status of the subject and the community the legitimacy to demand the protection of environmental rights, in such a way, a collective legal appropriation is created that it allows the human being as an inhabitant of this planet, to combat the pollution that has been caused to the environment and to compensate for the damages caused by it.

Therefore, the purpose of this article is to determine who is the subject to be repaired for the environmental damage caused by the State from the scope of State responsibility.

**Key words:** Environment, unlawful damage, responsibility, life, human, conscience, respect, rights, dignity, protection, freedom.

\* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.



## Introducción

En los últimos 30 años, como consecuencia del aprovechamiento de los recursos naturales a gran escala, se han generado como consecuencias de ese alto uso un alto grado de contaminación ambiental como lo demuestra el informe presentado por la OMS en el 2014 el cual dice

Organización Mundial de la Salud (OMS) informa que en 2012 unos 7 millones de personas murieron –una de cada ocho del total de muertes en el mundo– como consecuencia de la exposición a la contaminación atmosférica (OMS, 2014).

Lo anterior refuerza el argumento de la protección ambiental pro el ordenamiento jurídico. En este sentido, Suramérica, y en específico Colombia, propende por garantizar los fines esenciales, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política para salvaguarda del medio ambiente, tal como lo estipulan los artículos 79 y 80 de la Carta magna, sin embargo, es también el Estado quien debe reparar los daños ocasionados al medio ambiente, y que produzcan perjuicios a los habitantes o ciudadanos de un área determinada y, así mismo, a todos los ciudadanos en general.

En esta investigación determino, de una manera coherente, a los encargados de reparar

los daños medioambientales en nuestro país, se establecieron cuestiones de índole social, económico y, principalmente jurídicas que influyen en la titularidad de una comunidad, un ciudadano, o el mismo medio ambiente para que los daños ambientales les sean reparados. En este artículo de investigación se planteó la posibilidad de aclarar el concepto de la determinación del sujeto a reparar en el daño ambiental, es así que el análisis que se realizó, se tomó por un lado en referentes teóricos en relación con la responsabilidad Estatal por daño ambiental y en específico al sujeto que debe ser remediado por parte del Estado cuando este causa un daño ambiental, lo cual dio la posibilidad de al final concluir, de manera clara, y expresar un concepto sólido de quién debe resarcir el daño ambiental en Colombia, así mismo, mostrar cómo ha ido evolucionando a lo largo de la historia de la normatividad en Colombia en relación a la determinación del sujeto a subsanar en el daño ambiental causado por el Estado, y cómo ha ido tomando más relevancia, en la comunidad académica y en la sociedad en general, la temática medio ambiental junto a la responsabilidad estatal.

Este artículo de investigación es resultado de una fuerte labor de consulta de referentes teóricos, que se desarrolló dentro de una investigación más amplia la cual actualmente se encuentra en ejecución en el ámbito académico y titulada “La responsabilidad estatal por daño ambiental”, y de esta forma el presente artículo de investigación sintetizó una profundización de índole teórica, importante tanto para el punto de vista académico como para la sociedad en general.

## LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO A REPARAR EN DAÑO AMBIENTAL EN EL ESTADO COLOMBIANO

A. Daño ambiental causado por el estado y sus implicaciones en la responsabilidad estatal

Según Amérigo (2009, p. 219):  
es posible advertir dos tipos de discurso: uno antropocéntrico que tiene que ver con la necesidad de preservar el ambiente para mantener la calidad de vida humana; y un discurso ecocéntrico que valora a la naturaleza per sé.

En el primer caso, existen dos tipos de relaciones entre seres humanos y medio ambiente que parecieran predominar: por un lado, la concepción de uso, según la cual, los componentes de la naturaleza (llamados también “recursos naturales”) están sujetos para que, en nuestra condición de seres humanos, los extraigamos y los aprovechemos y, por otro lado, la visión conservacionista que promueve el mantenimiento de la naturaleza en función de la utilidad paisajística o como garantía de nuestra preservación como especie, de esta forma es de apreciar la relación directa entre ser humano y medio ambiente, relación de la cual serían variados los ejemplos de cómo el medio ambiente le sirve al ser humano, es decir, como el medio ambiente es fundamental para la sustentación de la vida del ser humano. En este sentido, las afectaciones al medio ambiente presuponen un conflicto desde lo jurídico relacionado con la determinación del sujeto a reparar. Tal como lo afirma Westreicher (2013, p. 47), Cuando los humanos al realizar, las múltiples actividades dirigidas a satisfacer nuestras necesidades materiales y espirituales, no respetamos la capacidad de autodepuración y de regeneración de la Naturaleza, provocamos impactos negativos que degradan el ambiente; lo cual nos afecta a nosotros mismos porque debemos vivir en condiciones que

atentan contra nuestra salud y dignidad y, desde luego, contra la posibilidad de alcanzar el desarrollo sostenible.

Entendiendo de esta forma que el impacto causado por el hombre en el medio ambiente intrínsecamente se relacionan con el daño que un Estado es capaz de causar, y por el cual debe responder y en ese orden de ideas resarcir el daño.

Por otro lado, según Alberto Acosta (2013, p. 261), Las consecuencias de la perspectiva biocéntrica no se agotan en el reconocimiento de derechos a la naturaleza. Supone una igualdad básica entre todas las especies con independencia de los criterios de utilidad, juicio estético o valor, pues se asume que todos los organismos vivos tienen un papel que cumplir en los ciclos de la biósfera.

Lo anterior permite analizar cómo el medio ambiente del planeta debe ser preservado de la mejor forma, de tal manera que la calidad de vida de los seres humanos se base en la preservación del medio ambiente y de sus recursos renovables, de los cuales Colombia es ampliamente diversa en muchos factores, de tal forma que un daño ambiental causado por el Estado o por sus agentes, afecta directamente la vida de los seres humanos y la sustentación de una correcta preservación del entorno ambiental del país, así como también un daño ambiental derivaría en una afectación a la vida digna de las personas que residan en el área donde se cause el daño, constituyendo al Estado como responsable de la reparación a dichos sujetos por haber causado ese daño ambiental que derivó en la pérdida de una calidad de vida digna.

Es también importante lo afirmado por Daniela Patricia Castillo Torres y Roberto Wesley Zapata (2013), Cuando una sociedad evoluciona y va siendo consciente de que no vive sola en el



mundo, de que tiene que respetar los derechos de los demás y aprender a respetar a la naturaleza, medio ambiente, flora y fauna es ahí donde se crean los derechos de estos seres vivos capaces de sentir, prerrogativas para que estos tengan derecho a una vida y a un trato digno, así de esta manera también se logre un equilibrio del ser humano con la naturaleza que lo rodea.

El respeto por la naturaleza, su protección son pilares de la sociedad que se deben normativizar y de esa manera lograr una integración de criterios que le permitan al ser humano preservar el medio ambiente y es ahí donde debe ser el Estado un actor principal de su preservación, aunado al deber de resarcir los daños que se causen, aspecto este que requiere de una regulación más concreta, específica y estricta, incluyendo a los ciudadanos como legitimados para exigir reparación por los daños ambientales causados.

Este criterio de apropiación del ciudadano como agente que preserva el medio ambiente no es nuevo si se tiene en cuenta que, según Angélica Guadalupe Enríquez Olvera (2007, pág. 161):

Los indios de las praderas, los esquimales, las tribus africanas, los mayas, los aborígenes australianos, todos rendían culto a la madre Tierra. Gracias a ella se desarrollaban las plantas, los animales y era posible la existencia del hombre y su sustento. Para nuestros antepasados estaba claro que la Madre Tierra era un organismo vivo con el que se relacionaban cada día y ello les generaba respeto y responsabilidad, como aparece recogido en sus ritos y leyendas.

Por tanto, desde la antigüedad se tenía un respeto por el medio ambiente y, así mismo, por la naturaleza, en gran medida por la sensibilidad mostrada por las culturas antiguas en su trato con su entorno ambiental, un paradigma con-

textual que al compararlo con lo que sucede en la actualidad, donde es evidente el desinterés del ser humano y del Estado colombiano. Por ejemplo, compañías propiedad del Estado como Ecopetrol, buscan maximizar la producción de hidrocarburos y las ganancias derivadas de esta actividad que nutren al Estado de recursos económicos, pero que conllevan consecuencias para el medio ambiente y para los habitantes de las zonas donde se llevan a cabo estas actividades, nótese que el accionar del Estado colombiano a priori si puede generar daños ambientales a personas sujetos de derechos.

Por esta razón, en materia de la teoría de la responsabilidad, Adriano de Cupis (1970, p. 82) señala que: “el efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño”. De esta manera, asuntos como la contaminación ambiental de no ser estudiados a fondo y reglamentados por el derecho, convergerían en que la sociedad moderna la anarquía, en donde las personas serían libres de causar daños a cualquier bien jurídico tutelado. Así, pues, hubo que establecer un enfoque que llevó de la concepción clásica de la responsabilidad civil a una concepción moderna de responsabilidad estatal, donde el sujeto que causa el daño es el Estado y los ciudadanos son quienes sufren las consecuencias y conformarían luego los sujetos a ser reparados por el daño ambiental causado. De alguna forma es complejo que si el Estado está en la obligación de asegurar el bienestar de todos los ciudadanos, vaya a causar daños a los mismos, sin embargo, se genera una tensión por el afán de dar pasos agigantados en materia económica, afectando al medio ambiente en pro de este fin, y así generar daños ambientales que afecten en su medida a las personas.

De igual manera, según lo dicho por Michel Prieu (1996, p. 843), los representantes de los

elementos del medio natural, víctimas de los daños ecológicos, deberían estar precisamente identificados para que les sea reconocido un derecho a actuar, lo cual podría ser la función social de las asociaciones de protección de la naturaleza y del medio ambiente; podríamos así admitir que las cosas que componen el medio ambiente sean sujetos de derecho y no solamente objetos de derechos, evolución que parece ineludible.

Así, es necesario determinar el sujeto que debe ser reparado en materia de daño medio ambiental cometido por el Estado, lo que crea un nuevo escenario a nivel de normatividad ambiental en el país, por cuanto se da preponderancia jurídica a todas aquellas personas que resulten afectadas por el daño que se produzca en el medio ambiente, directa o indirectamente.

Innegablemente, los avances tecnológicos han llevado a un extremo consumismo a nivel industrial, razón por la cual Juan Carlos Henao (1998, p. 28) afirma que se presenta una relación “directa: cuanto más desarrollada sea una sociedad, mayor solidaridad se presentará ante la ocurrencia de daños”, donde irónicamente, entre más avanzada es la humanidad más daño y contaminación se le causa al medio ambiente, y en ese orden de ideas es difícil pensar que el Estado no tiene una beligerancia al menos en las decisiones propias de su territorio como, por ejemplo, las licencias para explotación minera, o el no tomar acciones reales que reduzcan el uso de combustibles fósiles y, de esta forma, se mejore la calidad del aire de las ciudades al reducir la cantidad de dióxido de carbono que emiten las industrias y, en general, a quien usa combustibles fósiles.

En tal sentido, es necesario considerar el daño desde la perspectiva del medio ambiente, desarrollando así un concepto de daño medio ambiental que, como lo dijo Dairo Alirio Gi-

rinaldo Castaño (2014, pág. 17), “puede ser encuadrado como comportamiento dañoso en la afectación a los diferentes sistemas ecológicos, pues se evidencia en estos menoscabo, detrimento o disminución”, planteando un concepto interesante que permitió establecer una perspectiva de daño que desde la responsabilidad civil ya existía un concepto propiamente dicho, pero que en materia de daño ambiental es un tanto difuso, pero se establece, como lo dijo este autor, al daño ambiental como la afectación que se provoca en un ecosistema, por el detrimento de todo el componente ecológico de que dispone el medio ambiente.

En este sentido es propicio lo indicado por Gabriel Stiglitz (1997, p. 317) donde “cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado”, con el fin de determinar quién es el sujeto a reparar por el daño ambiental causado por el Estado. En esencia, se diría que todos los ciudadanos pueden ser reparados, luego el medio ambiente fuera de una consideración regionalista, pues como ciudadanos y habitantes del país concierne a todos por igual, fenómenos como el cambio climático se podrían considerar causados por la injerencia, primero del ser humano como especie, y en ese sentido del Estado por no regular adecuadamente el manejo que se le dé a los recursos naturales y, en general, al medio ambiente, es el responsable de ese daño que recaería en una porción específica de la población, según en qué lugar una actividad propia del Estado cause un daño ambiental.

Para darle un sentido mayor a lo que el medio ambiente significa para el derecho se tiene lo dicho por Hilda Esperanza Zornosa Prieto (2000, p. 527):

esta nueva concepción, ha abierto la posibilidad de resarcir los daños supraindividuales; ya no solo se repara el daño particular tradicional. La ciencia jurídica incluyó una nueva cate-

ría; el medio ambiente, en sí mismo, es, ahora, digno de una protección independiente de las repercusiones dañosas que la contaminación o deterioro ecológico genera en las personas o en los bienes susceptibles de apropiación privada.

Este es un trasfondo más allá del concepto básico del daño, pues permite al ciudadano ser víctima del Estado que por negligencia u otra causa genere un daño medio ambiental y esto extensivo a cualquier persona del territorio nacional, sin embargo, se hace necesaria la configuración del daño medio ambiental y, así mismo, su delimitación para poder establecer a quién se debe reparar, pues es un precepto básico en donde el Estado no puede decaer en un sin fin de reparaciones a personas que exijan la retribución de un daño medio ambiental. Por esta razón, desde lo normativo se han establecido conceptos en Colombia sobre el significado de contaminación establecido en el Código de Recursos Naturales, Decreto 2811 de 1974 (1975, p. 8):

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica...

Se notó como en el Estado colombiano, desde mediados del siglo XX, se han integrado a la normatividad ambiental conceptos fundamentales para el tema de estudio, que para este caso se delimitó de forma clara un concepto

de contaminación medio ambiental vigente en la ley, concepto que permitió integrar elementos al análisis del daño medio ambiental que antes se mencionó, aplicando este concepto a las actividades que el Estado realiza en cuanto a la intervención en el ambiente.

En la perspectiva de Wilson Ruiz Orejuela, quien expresó que el daño ambiental es (2013, p. 120) “toda lesión que impida el disfrute del ambiente sano, que puede consistir en deterioro o alteraciones nocivas de las funciones del ambiente como interés colectivo y/o patrimonio común”, donde el daño se relaciona con el ambiente sano del cual todos tenemos derecho a disfrutar. No obstante, se vuelve una tarea difícil a la luz de esta noción, pues como se mencionó, en principio todos como ciudadanos y habitantes de la nación, indistintamente del domicilio o localización geográfica dentro del territorio nacional, podemos sufrir de un daño ambiental causado por el Estado.

Es necesario que la delimitación de la persona que puede ser sujeto de reparación por el daño ambiental causado por el Estado, se realice de forma meticulosa con lo cual analizar el tipo de daño cobra importancia como lo dijo Andrés Mauricio Briceño Chaves (2004, p. 71),

No será realista postular que toda alteración de un recurso natural para el hombre constituye ya un daño ecológico. El hombre ha siempre alterado su ambiente, y aquello que nos parece como natural, es en realidad con frecuencia una naturaleza cultivada. El daño ambiental supone un deterioro sustancial o durable del funcionamiento ecológico del recurso natural en cuestión, por ejemplo la pérdida para un ecosistema de servicios ecológicos suministrados por una especie destruida o maltratada o la pérdida de capacidad de regeneración.

Con lo anterior se analizó que no todo el accionar del Estado, a través de una industria o

un particular, produzca un alteración al medio ambiente, puesto que se llevaría a errores de interpretación que repercutirían en el desarrollo económico y social de la nación y que, así mismo, causarían un detrimento a las arcas públicas.

Importante tomar en cuenta como, lo pensó Hugo Andrés Arenas (2013, p. 154), que “La lesión se puede entender como aquel detrimento que el particular no debe soportar”, lo cual establece una característica más propia de aquel mal que el ciudadano o asociado no debe soportar cuando este proviene del Estado en alguno de sus accionares, sin embargo, debido a la extensión geografía del país y a la realidad propia de las condiciones, tanto económicas como sociales, el panorama pone en juego diversos factores que facilitan la generación de daños en materia medio ambiental por parte del Estado, lo cual aumenta a su vez la capacidad de poder distinguir de forma clara sobre quién debe recaer la reparación por los daños causados por el Estado en materia medio ambiental.

Según el artículo 58 de la Constitución Política se establece que la función social de la propiedad implica obligaciones, lo cual le suma una función ecológica, pues la ley en pro de favorecer el cuidado del medio ambiente y el correcto aprovechamiento de los recursos naturales se direcciona en función de un desarrollo sostenible que prepondera el medio ambiente y el cuidado que se da, resaltando lo dicho por Eugenia Ponce De León (1999, p. 507), que el derecho de propiedad ya no es un derecho subjetivo, sino que da lugar a la concepción de función social, según la cual la garantía de la propiedad privada queda condicionada a que ella responda a los intereses de la colectividad. El titular debe actuar de forma que, además de no causar perjuicios a la comunidad, garantice que el uso de la cosa traerá beneficios a esta.

Por tanto, la afectación por parte del Estado deriva más allá de los daños a un particular de forma individual, en los perjuicios que se le causan a una comunidad entera, lo cual rompe con el concepto donde la propiedad por sí misma se mira solo desde el ámbito privado y donde el daño que se le ocasione derivara solo en perjuicio para el propietario, sin embargo, al analizarlo desde la perspectiva de la función social que esta debe tener con la sociedad, un daño medio ambiental deriva en la afectación de toda una comunidad.

Es así que como se analizó, las implicaciones que tiene el daño ambiental en la responsabilidad estatal, por un lado permitieron establecer que existe una relación fundamental entre el daño causado al medio ambiente, el Estado por ejercicio de alguna actividad causa ese daño y los particulares sobre quienes recaen las consecuencias, esto quiere decir que el daño anti-jurídico derivado del Estado como ente máximo en materia de regulaciones ambientales, se traduce en un daño medio ambiental que degenera los componentes del ambiente natural y los entornos ecológicos, así como una afectación en principio a la calidad de vida y, así mismo, a la dignidad humana de las personas que se benefician de la utilización de los recursos naturales del área afectada, con lo cual se estableció que hay una implicación directa entre el daño causado al medio ambiente y la responsabilidad estatal.

## **B. Normatividad en materia de responsabilidad estatal por daño ambiental**

En materia de normatividad sobre la responsabilidad estatal por daño ambiental, son varios los preceptos que se analizaron y permitieron que se estableciera con claridad la legislación que concierne a los daños medio ambientales por parte del Estado y, en específico, quien debe ser reparado por dichos daños. En prime-

ra medida la Constitución Política implementó una serie de preceptos enfocados en el desarrollo sostenible y preservación de su entorno ecológico y medio ambiente en general.

A raíz del carácter medio ambiental integrado en la Constitución Política, se puede relacionar como lo expresó el Consejo de Estado en la Sentencia 22060 de 2013, que la Constitución Política en cabeza del ordenamiento jurídico estableció unas pautas a seguir para el direccionamiento del Estado colombiano en materia de medio ambiente, como lo son:

i) deber abstracto de protección en cabeza del Estado y de los particulares, ii) derecho a gozar del mismo a favor de todas las personas [...] y iii) deber concreto que le impone al Estado de ejercer una función precautoria, preventiva, represora y de limitación, fundamentalmente de la propiedad y de la libertad económica (Consejo de Estado, 2013).

Se encontró aquí que en materia jurisprudencial también se han establecido lineamientos de carácter ambiental por medio de los cuales se complementa la legislación ambiental en Colombia.

Por otro lado, se tomó en cuenta que en materia de normatividad el Estado colombiano, desde la década de los años setenta, ha venido desarrollando una serie de leyes que han tenido por objeto integrar al ordenamiento jurídico preceptos de carácter ambiental, y que a medida que ha pasado el tiempo han ido moldeando la responsabilidad estatal por daño ambiental. Se interpretó que existe una cláusula de responsabilidad ambiental, al analizar lo escrito en la Ley 23 de 1973, la cual en el artículo 16 estipuló que

El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como con-

secuencia de acciones que generan contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado.

Referente normativo que brindó la posibilidad de establecer cómo se puede distribuir la responsabilidad de reparar los daños medio ambientales que sean causados, en tal sentido es en primera medida un acercamiento a la determinación del sujeto a reparar por el daño ambiental, analizando ese daño cuando lo causa el Estado.

Se examinó que la declaración de Estocolmo, que data de 1972, estableció una serie de principios que sentaron el primer gran precedente en materia de legislación medio ambiental a nivel internacional, uno de sus principios, en específico el número veintidós, es un primer antecedente normativo del tema de investigación, pues este principio se enfocó en la reparación que deben realizar los Estados sobre los daños medio ambientales generados por las diferentes actividades humanas, de tal forma que la Ley 23 de 1973 es, en sí misma, el reflejo de la conciencia mundial ambiental aplicada en una de las primeras legislaciones ambientales que se desarrolló en el país, pero esta primera normatividad no dio respuesta a esta investigación, pues apenas se comenzó a desarrollar en la normatividad la responsabilidad del Estado por los daños ambientales, sin embargo, al igual que su fuente internacional como lo fue la declaración de Estocolmo, la Ley 23 de 1973 marcó un rompimiento del paradigma normativo en el país, al presentar un avance fundamental en la relación del medio ambiente con las necesidades de desarrollo del país y, así mismo, reglamentar el accionar humano con el objetivo de preservar y fortalecer el medio ambiente, marcando también el comienzo de la conciencia política y pública de los problemas ambientales en principio a nivel internacional, pero aplicados a nivel nacional.

En 1974 por medio del Decreto Ley 2811, se creó el “Código de los Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente”, lo cual significó la institución de una normatividad que enmarcaría una serie de preceptos los cuales pasarían a conformar la legislación de mayor importancia en materia ambiental en Colombia, el direccionamiento de la nación en materia ambiental estaría dado por este Código, ley que brindó la posibilidad de inferir la importancia que adquirió en Colombia el medio ambiente, por el contexto tanto nacional como internacional del momento histórico en el cual se crea e implementa, se pudo establecer que se dio respuesta a la iniciativa internacional dada en ese momento, creando una ley ambiental organizada y conformada con el objeto de preservar y usar responsablemente los recursos naturales, para 1974 se crea por medio de este Código una disposición que se plasmó en la Constitución Política actual, el artículo siete planteó: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano”. Se analizó cómo esta disposición ha estado presente en la legislación colombiana desde los años setenta, y que se ha tenido como pilar medio ambiental inferir que toda persona sin distinción alguna tiene derecho a un medio ambiente sano. Esta ley es muy importante dado que enmarcó la primera posibilidad a la hora de pensar en la persona que debe ser reparada por los daños medio ambientales en los cuales incurra el Estado, es decir, el tener como uno de los preceptos fundamentales el hecho de que cualquier persona tiene derecho a un medio ambiente sano, permitió establecer que en principio las actividades desarrolladas por el Estado al causar un deterioro al medio ambiente afectan a todos las personas que habitan el país.

Se analizó la Ley 9 de 1979, el Código Sanitario Nacional, pues esta normatividad introdujo una serie de controles y reglamentaciones al manejo que se le darían a los desechos producidos por el ser humano, el desarrollo de una

política de preservación medio ambiental cada vez más consolidada, estableció dos preceptos importantes en materia medio ambiental como lo son:

Las normas generales que servirán de base a las disposiciones y reglamentaciones necesarias para preservar, restaurar y mejorar las condiciones necesarias en lo que se relaciona a la salud humana y los procedimientos y las medidas que se deben adoptar para la regulación, legalización y control de los descargos de residuos y materiales que afectan o pueden afectar las condiciones sanitarias del ambiente. Es decir, regular las actividades propias del ser humano con el fin de preservar el medio ambiente, así como direccionar el manejo que se le den a los desechos que puedan contaminar el medio ambiente para lograr la prevención y mitigación de los efectos contaminantes del ser humano, también tomando en cuenta la salud humana y el detrimento que ocasiona el mal manejo de desechos de todo tipo en el medio ambiente, se estableció cómo evitar contaminar para poder preservar el entorno ambiental y, a su vez, la salud del ser humano.

La Ley 9 de 1979 es una normatividad que en materia medio ambiental contempla varios escenarios dentro de lo que se considera como desecho sanitario, estableció el tratamiento que se le debe dar a los diferentes desechos producidos por el ser humano, dentro de los cuales se pueden destacar, los usos sanitarios del agua, las emisiones atmosféricas, y demás residuos resultantes de las actividades desarrolladas por cualquier ser humano.

Como se mencionó el desarrollo de la normatividad medio ambiental en Colombia data desde 1970, sin embargo, en 1991 con la introducción de una nueva Constitución Política, ocurrió un cambio debido al surgimiento de disposiciones como la integración a la Carta Magna del derecho para todas las personas a

un medio ambiente sano, así como en materia de responsabilidad el gran avance que significó la cláusula general de responsabilidad estatal, integrada a la Constitución y que plasma el precepto de que el Estado es responsable de reparar los daños antijurídicos que cause a las personas.

Y en tal sentido en 1993, por medio de la Ley 99, se logran concretar en un solo documento las normas y principios que antes de esta ley carecían de coherencia en el control y formulación de políticas ambientales a nivel nacional. Conforme al contexto internacional se encontró la influencia que tiene la declaración de Río de 1992, en la cual se establecieron una serie de principios que direccionarían las políticas públicas en pro de buscar el desarrollo sostenible de los pueblos y, así mismo, la consolidación internacional definitiva de la relevancia e implicaciones a nivel mundial del desarrollo sostenible y el medio ambiente, también define lineamientos políticos y compromisos fundamentales para el desarrollo sostenible, en materia de la normatividad la Ley 99 de 1993 comprende el establecimiento de una legislación que resultaría en la creación del Ministerio de Ambiente, la reordenación del sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, la organización del Sistema Nacional Ambiental, Sina, entre otras disposiciones de carácter ambiental.

Esta ley define un concepto que marcaría la pauta para el direccionamiento de la nación en materia medio ambiental como lo es el desarrollo sostenible, definido en la ley como el que conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

Se tomó en cuenta, por otro lado, que desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial se establecieron conceptos como el dado por la Corte Constitucional en razón a la Ley 99 de 1993 en la Sentencia C- 058 del 17 de febrero de 1994 que dice que:

el constituyente del 91 trató de hacer concordantes el desarrollo económico con el derecho a un medio ambiente sano y con el equilibrio ecológico. Además la finalidad última del desarrollo sostenible es garantizar a los seres humanos una vida digna.

Se analizaron las bases de la extensión del concepto de Dignidad Humana y cómo se van extendiendo hasta las implicaciones de la preservación y la conservación del medio ambiente, se sugiere que el ser humano depende luego de la sostenibilidad de los recursos con los cuales cuenta para sustentar su vida.

También se encontró lo dicho por Beatriz Elena Arango Castaño (2010, p. 100):

Existen dos grandes corrientes epistemológicas sobre nuestra relación con el medio, una se caracteriza por el antropocentrismo, idea de centro: “todo debe girar alrededor del hombre” y bio-centrista “que invita al hombre a sentirse parte de la naturaleza, y que la tierra es un organismo vivo”, lo cual es importante al considerar las implicaciones que tiene dentro del avance que ha tenido la normatividad medio ambiental en Colombia, pues se ha terminado, a partir de 1991, con la superposición del ser humano como depredador de recursos naturales, y ello ha implicado la conversión de la sociedad con el objetivo de consolidar una civilización proteccionista y conservacionista del medio ambiente.

Se analizó que la normatividad en materia medio ambiental, como lo expresa Julio Enrique González Villa (2006, p. 307),

El derecho ambiental ha evolucionado, con referencia a los principios y acuerdos internacionales, frente a los recursos naturales renovables que son: el agua, la tierra, el aire, la fauna y la flora, los recursos del paisaje, los recursos biológicos, referidos ampliamente en el artículo 3 literal a del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto Ley 2811 de 1974).

El perpetuo paradigma del derecho como ciencia siempre en constante avance y desarrollo, donde las implicaciones del contexto medio ambiental toman mayor fuerza, pues establecen una marcha de desarrollo normativo, una relación intrínseca entre mayor deterioro del entorno medio ambiental, mayor esfuerzo por desarrollar legislaciones que frenen el menoscabo de los recursos naturales renovables y la contaminación de los entornos medio ambientales.

Por otra parte, Pierre Giolitto afirmó que (1984) el “medio ambiente” es donde vivimos todos, y el “desarrollo” es lo que todos hacemos al tratar de mejorar nuestra suerte en el entorno en que vivimos. Muchos de los caminos de desarrollo que siguen las naciones industrializadas son verdaderamente impracticables; las decisiones en materia de desarrollo que toman estas naciones, debido a su gran potencia económica y política, tendrán una repercusión profunda sobre la capacidad de todos los pueblos de mantener el progreso humano para las generaciones venideras.

Esto permitió analizar que el avance de la civilización, desde diversos puntos, es resultado de la utilización desmesurada y apresurada de los recursos naturales y del medio ambiente en general, el desprecio por el medio ambiente junto a la rentabilidad económica de actividades humanas que generan bastante contaminación en definitiva mermara la capacidad regeneradora del entorno medio ambiental del planeta. En apoyo a la anterior afirmación esta lo di-

cho por la Corte Constitucional en Sentencia T-251 de 1993

El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico -conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico- calidad de vida, ha sido decidida por el constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional (CP, arts. 80, 268-7, 334, 339 y 340).

Es decir, que sí se da vía libre al menoscabo del medio ambiente, como forma de aumentar los ingresos económicos, esto daría como lugar un aumento de daños medio ambientales, el componente a analizar aquí diluiría aún más la especificación de quién es el sujeto a reparar por los daños ambientales causados por el Estado, pues imaginar un Estado alienado con la idea de la activación de la economía, que deja de lado la preservación y conservación del medio ambiente, quitaría del espectro de este análisis la reparación de los daños medio ambientales y, así mismo, el sujeto sobre quien esta recae. Como lo dijo Sergio Rojas Quiñones (2012, pp. 42-43):

En efecto, al aludir a la reparación de los daños causados frente al bien jurídico colectivo del ambiente o el ambiente sano, es razonable inferir que sirve de sustento de una tipología especial, singular y autónoma de responsabilidad cual es la responsabilidad por el daño ambiental.

Lo anterior permitió inferir que, en materia de normatividad ambiental, existen diversas legis-



laciones, sin embargo, en esas normatividades el concepto de responsabilidad estatal está dado a los daños antijurídicos que sobre una persona recaen y son causados por el Estado, no obstante, no existe como tal una directriz de responsabilidad estatal por daño ambiental. Se realizó un análisis, en general, de las principales normatividades en materia medio ambiental que atañen a esta investigación, teniendo ya claridad del tema de investigación, se revisaron estas legislaciones y se analizó lo referente a su relación con la responsabilidad estatal por daño ambiental como con la determinación del sujeto a reparar por daño ambiental.

### **C. El medio ambiente como sujeto de derechos o como derecho colectivo**

Con el desarrollo de los derechos humanos, fundamentalmente a mediados del siglo XX, han entrado en escena nuevas manifestaciones de derechos fundamentales, entrando así la aceptación de nuevos derechos concebidos como innovadores como es el caso del derecho al medio ambiente sano con el cual convergen en que, como lo expresó Jorge Iván Rincón Córdoba (2009, p. 3), “se trata de un proceso dinámico que se amplía constantemente y que admite una y otra vez diferentes lecturas”. La visión de este autor retrata el reflejo propio del paradigma infinito en el que está involucrado el derecho, la concepción de cambio constante que le es intrínseca a la norma, ir a la par con los cambios propios de la sociedad junto al reconocimiento de nuevos derechos y deberes, así a la responsabilidad estatal por daño ambiental se integra ahora un elemento ambiental en la responsabilidad estatal, y también se puede considerar el derecho al medio ambiente sano que es, desde la Constitución de 1991, un precepto enmarcado como una respuesta a los cambios propios del medio ambiente que afectan al Estado colombiano.

Como se examinó a través de esta investigación, el medio ambiente no es una persona, no puede ser el titular de un derecho, aunque las personas y comunidades que habitan determinado lugar en donde se cause un daño medio ambiental si deben ser objeto de reparación, se interpretó el derecho al medio ambiente sano como un derecho colectivo, el cual por conexidad con otros derechos se reviste del carácter de derecho fundamental, esto por cuanto los derechos a la vida, salud, entre otros, se relacionan con el derecho al medio ambiente. Desde un punto de vista jurisprudencial se tiene que, como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-293 (2002),

El derecho al medio ambiente es fundamental para la existencia de la humanidad y que “no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas”. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.

Es de resaltar la importancia que tiene el derecho al medio ambiente sano, pues el ser humano está en contacto directo con el entorno medio ambiental, así mismo, la conexidad que este derecho junto con derechos de mucha más importancia como lo es el caso de la dignidad humana y de la vida.

La relación directa entre hombre y medio ambiente en la cual convergen muchos factores que determinan la calidad de vida del ser humano, se puede ver reflejada en lo que dijo la Corte Constitucional en Sentencia T-092 (1993):

El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.

El derecho al medio ambiente sano, en principio se consideró un derecho colectivo y ahora se pasa a señalar como un derecho con rango de fundamental, y que para el tema de investigación sucedería que el Estado colombiano, en el momento de causar un daño medio ambiental, está vulnerando los derechos fundamentales de las personas y comunidades que habiten en esa zona. La configuración del sujeto sobre quien recae la reparación estatal por daño ambiental está dada, tanto por la ocurrencia de los hechos, y la zona donde se habita, como por el perjuicio causado, sin embargo, es un derecho colectivo que le pertenece a la comunidad y que por conexidad termina volviéndose un derecho fundamental.

Al respecto de esto Gabriel Stiglitz (1997, p. 317) dijo que no consiste en la simple suma de daños individuales. No es un perjuicio sobre bienes propios e individuales de los particulares, sino una lesión actual y concreta solo desde el punto de vista de la entera colectividad que lo sufre.

Este autor permitió ver como la afectación que genera un daño de carácter medio ambiental puede desestabilizar ya no solo a una persona sino a toda una comunidad al producirse los diversos efectos que dan como resultado el menoscabo de los componentes biológicos,

ecológicos del medio ambiente y que, finalmente, perjudican a las personas que habitan las zonas donde se produce el daño ambiental. Señalo también Jorge Iván Rincón Córdoba (Rincón Córdoba, 2009), “el ordenamiento jurídico colombiano no exige que para la defensa del medio ambiente exista entre los individuos que deseen pedir su protección alguna relación directa”. Para este autor la exigencia de la reparación está dirigida a aquellos afectados directamente en la zona en donde el Estado cause el daño medio ambiental, quienes estarán legitimados para exigir esa reparación, pues se trata de un bien jurídico de carácter plural lo cual al analizarlo con detenimiento al causarle un daño al medio ambiente se está afectando no a una sola persona, sino a todos quienes se benefician de los recursos y componentes del medio ambiente.

Es también de resaltar lo dicho por Enrique Gil Botero y Jorge Iván Rincón Córdoba (2013, p. 40),

...quien acude a la jurisdicción no es el titular del derecho al medio ambiente, puesto que este, como todo derecho de tercera generación, pertenece a la comunidad, que en los supuestos que se genere un daño resulta ser la víctima del mismo...

Lo dicho por estos autores permitió establecer que con el rango de derecho fundamental, y siendo aún un derecho colectivo, la reparación que se haga de los daños medio ambientales producidos por el Estado colombiano debe ir dirigida hacia las comunidades que conforman la población de la zona afectada por el daño medio ambiental.

Por otro lado, como lo dijo Ricardo Luis Lorenzetti (2011, pp. 7-11) “...el medio ambiente es un derecho fundamental que contiene un carácter colectivo”. Este autor da a entender que, dentro de lo señalado, a quien debe ser

reparado por los daños medio ambientales que el Estado cause, se le debe tener en cuenta la simbiosis que converge en el derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental, pero también como un derecho colectivo, lo cual quiere decir que se despeja el problema de determinación que se tenía al inicio de la investigación y se presenta a las colectividades, como las comunidades como el sujeto que debe ser objeto de reparación por parte del Estado.

La determinación del sujeto a reparar por el daño ambiental llevó a realizar un análisis de varios frentes, tanto normativos como teóricos y jurisprudenciales, estructurando varios conceptos que permitieron inferir que las comunidades en el ámbito colectivo de afectación que se genere al medio ambiente son quienes deben ser reparadas, además que se debe tomar en cuenta el carácter de fundamental que el derecho a medio ambiente sano por conexidad con otros derechos posee.

### Conclusión

En conclusión, luego de analizar los capítulos en que se estructuró esta investigación, un concepto de daño medio ambiental, del cual se encontró que el daño es la afectación al medio ambiente en donde convergen los daños causados a los componentes ecológicos y del entorno que componen el ambiente, también se estructuró la relación existente entre la normatividad medio ambiental en la responsabilidad estatal, esto por medio del análisis que se realizó de las normas de carácter ambiental disponibles en el país, así mismo, de la Constitución Política y los artículos que más relevancia guardan con el tema de investigación, se puede decir ahora que el medio ambiente, a la luz de la responsabilidad estatal, no es sujeto de derechos, pero sí se entiende como un derecho fundamental y colectivo, el cual permite

establecer que son las comunidades a quienes se les debe reparar por los daños que en materia medio ambiental genere el Estado colombiano.

## Bibliografía

- Acosta, A. (2013). *Buen vivir Sumak Kawsay. Una oportunidad para imaginar nuevos mundos*. Ecuador: Icaria.
- Amérigo, M. (2009). *Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo y el biosferismo. Medio ambiente y comportamiento humano*. Disponible en [https://mach.webs.ull.es/PDFS/Vol10\\_3/Vol10\\_3\\_c.pdf](https://mach.webs.ull.es/PDFS/Vol10_3/Vol10_3_c.pdf)
- Arenas, H. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis.
- Castaño, B. E. (2010). *Antecedentes de la normatividad ambiental colombiana*. (U. Libre (Ed.), *Memorando de derecho*, 95-102.
- Castaño, D. A. (2014). *Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por daños causados al medio ambiente*. Trabajo de investigación, Bogotá: Universidad Libre de Colombia. Disponible en <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7506/GiraldoCastanoDairoAlirio2014.pdf?sequence=1>
- Chaves, A. M. (2004). *El daño ecológico. Presupuestos para su definición*. Artículo presentado en el V Congreso de Derecho Ambiental Español.
- Consejo de Estado. (30/01/2013). Sentencia 22060. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/busador-jurisprudencia/>
- Córdoba, E. G. (2013). *Los presupuestos de la responsabilidad estatal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Córdoba, J. I. (2009). *Cultura ciudadana, derechos colectivos y moralidad administrativa*. Bogotá: Idep.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-092.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-293.
- Cupis, A. d. (1970). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (Ángel Martínez Sarrión, trad.), 2ª. ed., Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Giolitto, P. (1984). *Pedagogía del medio ambiente*. Barcelona: Herder.
- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- León, E. P. (1999). *Régimen constitucional de la propiedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lorenzetti, R. L. (2011). *Teoría del derecho ambiental*. Bogotá: Temis.
- Olvera, A. G. (2007). *Ética y valores. Un enfoque constructivista*. (L. G. Figueroa, Ed.) Ciudad de México: Pearson Prentice Hall. Disponible en <https://books.google.com.co/books?id=6h-CXeQYh6rUC&pg=PA161&lpg=PA161&dq=teoria+del+culto+a+la+madre+tierra&source=bl&ots=ivYvqRf99-&sig=bgLxLlEX1Gix-bUKg3eDBYXtNiP4&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjT6Y-BvcHaAhUnwlkKHUaHC-TIQ6AEIkQEwDQ#v=onepage&q=teoria%20del%20c>
- Orejuela, W. R. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe.
- Organización Mundial de la Salud, OMS. (2014). *7 millones de muertes cada año debidas a la contaminación atmosférica*. Ginebra: OMS. Disponible en <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/air-pollution/es/>

Presidencia República de Colombia. (25/01/1975). Decreto 2811 de 1974. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Bogotá. Disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2811\\_1974.html#8](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html#8)

Prieto, H. E. (2000). Breve mirada desde la filosofía del derecho a la responsabilidad civil y a su aseguramiento en la era de la tecnología. Conferencia dictada en el VI Congreso Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros, Cila.  
Prieu, M. (1996). *Droit de l'environnement*, 3ª.ed., París: Editorial Dalloz.

Quiñones, S. R. (2012). La responsabilidad civil por afectaciones ambientales. Bogotá: Ibáñez.  
Stiglitz, G. (1997). El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Ediotrial Abeledo-Perrot.

Stiglitz, G. (1997). El daño al medio ambiente en la constitución nacional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Villa, J. E. (2006). *Derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Westreicher, C. (2013). *Manual de derecho ambiental*. Bogotá: IUSTITIA.

Zapata, D. P. (2013). Los derechos de los animales. Edähi, Boletín Científico de Ciencias Sociales y Humanidades del ICSH. Disponible en <https://repository.uaeh.edu.mx/revistas/index.php/icshu/article/view/892/4206>



UNISANGIL

ISSN 1692-6404 San Gil, Santander, Colombia

Núm. 11 - Enero-Diciembre de 2017

# AL DERECHO & AL REVÉS

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS DE UNISANGIL

Impreso: EDISOCIAL, Nit. 800.085675-8 Tel. 7242547 San Gil



San Gil, Santander  
Campus universitario  
Km 2 vía Charalá  
PBX: (7) 724 5757  
(7) 724 6565

Chiquinquirá, Boyacá  
Calle 18 No. 12-18  
PBX: (8) 726 6058  
(8) 726 0002

Yopal, Casanare  
Campus Universitario:  
Km 2 vía Matepantano  
Sede Administrativa:  
Calle 7 No. 20-63  
PBX: (8) 634 1700

VIGILADA MINEDUCACIÓN

[www.unisangil.edu.co](http://www.unisangil.edu.co)