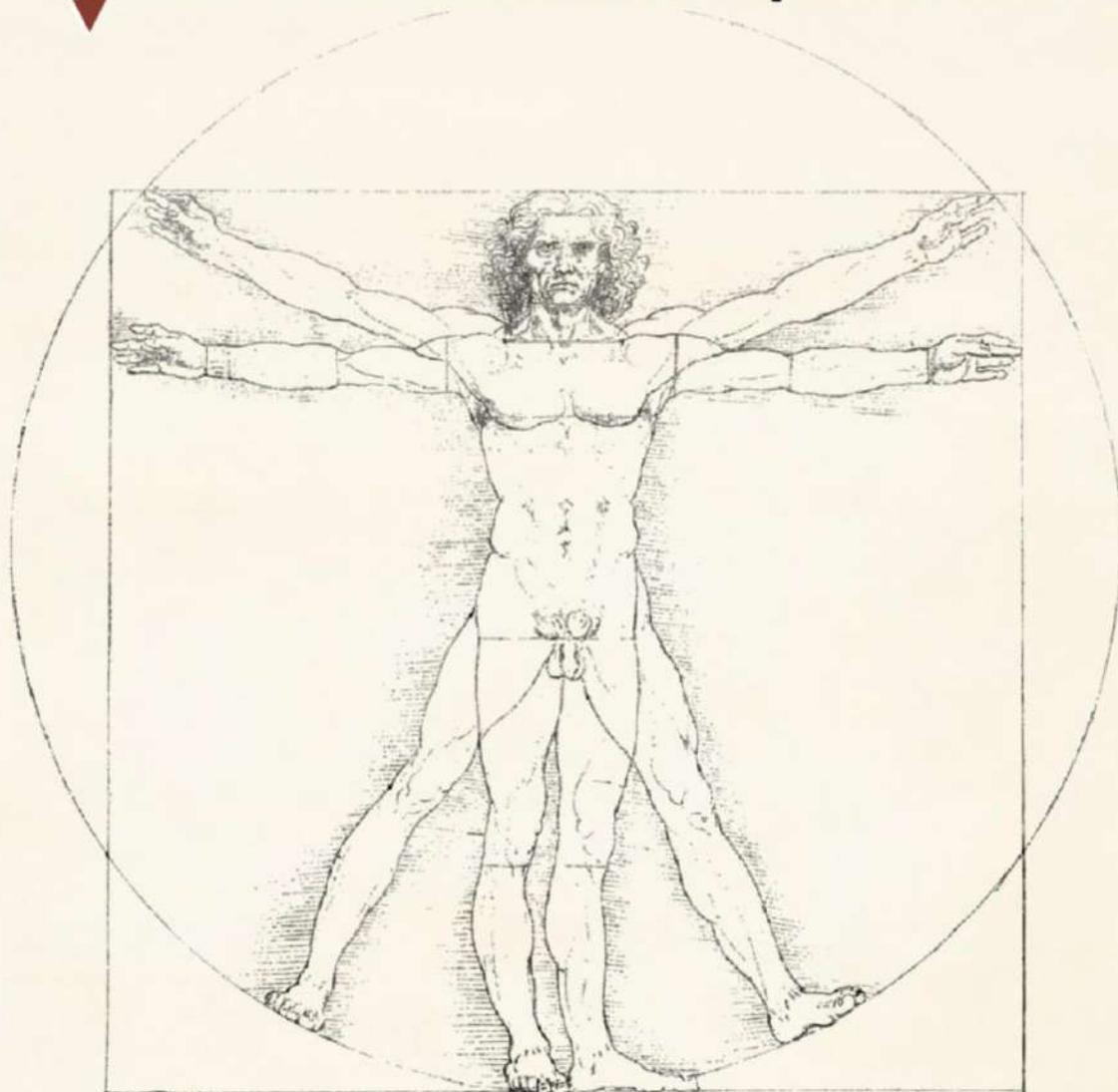


Vitruvio

Revista Caribe de Derechos Humanos y Derecho Internacional



PDHULBQ



Universidad Libre
Seccional de Barranquilla
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Tomo 003
Julio - diciembre 2022

Vitruvio

**Revista Caribe de Derechos Humanos y
Derecho Internacional**

PDHULBQ

**Ramón Pacheco Sánchez
DIRECTOR**





Universidad Libre
Seccional de Barranquilla
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Centro de Investigaciones JSJ
Programa de Derecho Humanos Universidad Libre Barranquilla PDHULBQ

Revista Caribe de Derechos Humanos y Derecho Internacional "VITRUVIO"
Revista jurídica

Apartado Aéreo 1752 Sede principal Seccional - K 7 Vía a Puerto Colombia, Distrito de Barranquilla.

© Autores varios del PDHULBQ

ISSN N° 2805-8801

Director y gestor PDHULBQ: Doctor Ramón Pacheco Sánchez

Diagramación en PDF para publicación virtual CTCI - PDHULBQ

Semillero de investigación Socio jurídicas en Derechos humanos y Derecho Internacional PDHULBQ

Centro de investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas Tel. 3854431 Ext. 320

Sede Centro: Consultorio Jurídico Sede Centro TEL 3854431 ext. 5040/41/42/42/43

Distrito de Barranquilla, Colombia, S.A.

La revista Vitruvio es una publicación semestral del PDHULBQ del Dr. RAMÓN PACHECO SÁNCHEZ, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional de Barranquilla. Se publican artículos, textos, capítulos de investigaciones. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la Universidad Libre.

Las publicaciones de los artículos están sujetas a los criterios del Comité Editorial y a los conceptos de Pares científicos.

Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de sus autores o grupos de investigación académica.

Editorial: Semillero PDHULBQ

Calle 40#14-163, Cel.: 3145070177

Pág. Web:

<https://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/index-2.html>

- E-mail: ricardofilo16@gmail.com

Diagramación: Ricardo Rafael Rodríguez García

Barranquilla, Colombia, S.A.

Directivos Universidad Libre

Directivos Nacionales

Presidente Nacional	:	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	:	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	:	Edgar Sandoval Romero
Secretario General	:	Horo Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	:	Ricardo Zopo Méndez

Directivos Seccionales

Presidente Delegada y Rectora Seccional	:	Beatriz Tovar Carrasquilla
Censor Seccional	:	Patricia Olivares Molina
Decana Facultad de Derecho	:	Zhejer Gutiérrez González
Secretario Académico	:	Elvis Andrés Ruiz Viera
Directora Investigaciones Seccional	:	Wendy Rosales
Directora Centro Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas	:	Sandra Villa Villa
Directora Consultorio Jurídico	:	Nubia Pacheco Codina
Jefe Área Derecho Público	:	Magda Djanon Donado



COMITÉ EDITORIAL

Yolanda Fandiño Barros Mag.

Juan Pabón Arrieta PhD.

David Modesto Guette Haernández PhD.

Eduardo Pablo Cerra Nolasco Mag.

Milka Pacheco Gómez.

COMITÉ CIENTÍFICO

Mario de la Rosa PhD FIU Miami, USA

Eduardo José Sirtori PhD U Salamanca España

Luis Eduardo Cerra Jiménez Mag.

Juárez Freitas- Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande Do Sul. -Porto Alegre, Brasil.

COMITÉ ESTUDIANTIL

Alberto Andrés Pacheco Díaz

Clara Correa Banquez

Jessica Ximena Arévalo Triana

María Gabriela Mejía Gazabón

Santiago Dávila González

Ricardo Rodríguez García

COTENIDO

PALABRAS

¡HAGAMOS POSIBLE LO IMPOSIBLE Y LO POSIBLE... ¡FÁCIL!

Ramón Pacheco Sánchez 7

**EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE:
MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN**

Andrés Julián Rodríguez Antolínez 11

**LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

Carolina Villalba García y Jessica Ximena Arévalo Triana 44

**LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS
HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS
JUDICIALES**

Juan Pablo Sánchez Jiménez y Ricardo Rafael Rodríguez García 74

**LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURÍDICA DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

Jhoandris Paola López Julio y Jessica Paola Olivares Santana 92

**GARANTISMO Y MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS**

Juan Pablo Sánchez Jiménez 113

¡HAGAMOS POSIBLE LO IMPOSIBLE Y LO POSIBLE... ¡FÁCIL!

Ramón Pacheco Sánchez¹

Este es nuestro tercer número de nuestra revista electrónica “VITRUVIO” en la cual, además de celebrar los 100 años de nuestra alma mater la Universidad Libre de Colombia, manifestados nuestro sentimiento de orgullo por el trabajo desarrollado durante el año 2022 de nuestros Semilleristas del PDHULBQ (Programa de Derechos humanos de la Universidad Libre).

El título de nuestro editorial de éste número de nuestra revista Vitruvio de Derecho internacional y derechos humanos dice: **¡Hagamos posible lo imposible y lo posible...fácil!**, ha sido la guía de nuestro semillero de Derechos humanos “PDHULBQ” nuestra guía de trabajo, en razón de las muchas dificultades que sortear y el arduo trabajo del semillero en el año 2022 para sacar adelante nuestros proyectos y preciar nuestros logros, la otra consigna o pensamiento nuestro Semillero desde el 2002 cuando creamos la página de Derechos humanos en la Web de la Universidad Libre, la que hemos consideramos como una consigna orientadora que ha inspirado ese lindo trabajo de varios años de hacer academia y que marca o distingue el Semillero de derechos humanos en el nicho de mostrar y que aparece en la portada de la página de derechos humanos dice: **“Cuando protegemos los derechos humanos, defendemos el bienestar de nuestras gentes y contribuimos con el desarrollo sostenible de nuestra casa grande la tierra”**

Esta consigna sobre los Derechos humanos y nuestra casa grande encierra la misión de *las gentes, de la humanidad y toda clase de vida* que habita en el planeta tierra, nuestra especie tiene un reto que se marca con una serie de propósitos que se concibió para el inicio del milenio y que ahora tenemos marcados hasta el 2035 a saber: eliminar la pobreza, borrar el hambre, Establecer la buena salud y el bienestar, Brindar Educación de Calidad, Hacer cumplir la igualdad de género, Mejorar el agua limpia y el saneamiento, Cultivar energía

¹ Doctor Ramón Pacheco Sánchez, Doctor en Derecho y ciencias sociales egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, profesor investigador director del PDHULBQ y director de la revista electrónica Vitruvio, miembro de número de la Academia colombiana de jurisprudencia y director del capítulo de Barranquilla, consultor y asesor jurídico empresarial

limpia y asequible, Crear Trabajo Decente y Crecimiento Económico, Aumentar la industria, la innovación y la infraestructura, Reducir la desigualdad, Movilizar ciudades y comunidades sostenibles, Incidir en el Consumo y la Producción Responsables, Organizar la acción climática, Desarrollar vida debajo del agua, Avanzar la vida en la tierra, Garantizar la paz, la justicia y las instituciones sólidas, Construir alianzas para los desarrollar los objetivos del milenio, fue lo que se convino con el concurso de los 195 Estados de las Naciones unidas y que son el reto para un lento restablecimiento de la calidad de vida de la humanidad y del planeta, que nunca nos dedicamos a cuidarlo, pero estos fines no son de los estados en forma independiente, son el compromiso de toda la población, de las compañías privadas y entidades públicas de los gobiernos de sus autoridades en general. NO podemos ser extraños a esta misión.

Debemos recordar y precisar los retos con relación a los Derechos humanos de tercera generación, consagrados en las declaraciones y convenios internacionales incluyen el siguiente catálogo de derecho de tercera generación:

- *Derecho al desarrollo sostenible*: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta.

- *Derecho a la autodeterminación de los pueblos*: el que tienen las naciones de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico.

- *Derecho a la paz*: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos.

- *Derecho a la protección de los datos personales*: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización.

- *Derecho al patrimonio común de la humanidad*: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana.

- *Derecho a gozar de un medioambiente sano*: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles.

Repetimos son derechos que, sin el concurso de todos los estados del planeta, sus gobiernos

autoridades en general entidades públicas y privadas, entidades educativas en general y la gente del común no debe ignorar ni desconocer y realizar su eficiente desarrollo y que, una vez más, recordemos por este medio de difusión.

En el año 2022 realizamos tres conversatorios: el primero fue el 12 de mayo del 2022, el XIII Conversatorio internacional de DD HH. tema de Investigación: *“El futuro de los DDHH, su interrelación con el medio ambiente, el genoma humano, el derecho al desarrollo y la IA”*. Conforme lo programado con el semillero PDHULBQ, actuaron en el evento como Panelistas: el doctor Augusto Trujillo Muñoz (por la Web), presidente Academia Colombiana de Jurisprudencia, la doctora Gabriela Moreno Valle Bautista Universidad Tecnológica de Monterrey México. (por la Web) la doctora Alejandra Vieda Puentes Westminster University Londres del Reino Unido (UK) (por la Web), egresada de la Facultad de Derecho Universidad Libre Seccional de Barranquilla, estuvieron presencialmente: por la Universidad Libre Facultad de Derecho los profesores el doctor Eduardo Pablo Cerrera Nolasco, la doctora Gretty Pabovich y por el semillero de Derechos humanos (PDHLBQ) hubo las ponencias de los siguientes alumnos: Valentina Rosa Ramos Olivero, Carlos A. Rolong M., Juan Pablo Sánchez, Jessica X. Arévalo, Isabel Guerra y Santiago Dávila, el evento esta publica en video en la página de Derechos Humanos del PDHULBQ de la Universidad libre Seccional de Barranquilla y las ponencias figuran publicados en el # 2 revista Vitruvio (junio/22).

El 18 de agosto/22 se realizó el VII Pre-Congreso de Derecho procesal Internacional. se presentaron dos ponentes del semillero PDHULBQ Carolina Villalba García y Andrés Julián Rodríguez A. quienes a su turno participaron en el Concurso internacional Congreso de Pregrado de semilleros del Instituto de Derecho Procesal que se realizó en Cartagena (del 5 al 9 de septiembre del año 2022) en el Centro de convenciones, intervino además el Semillerista Juan Pablo Sánchez J. quien participó con una ponencia y uno de los miembros del semillero DIA que intervino con una ponencia. Hizo presencia como panelista Internacional el doctor Juarez Freitas de la Universidad Rio Grande Do Sul Brasil (por la Web), en el mismo evento hubo dos conversatorios con la participación de los profesores: el Magistrado y profesor universitario doctor Mauricio Rodríguez Tamayo magistrado de la Comisión nacional de disciplina judicial (Bogotá)egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, junto con el profesor Rachid Nader Orfale sobre el tema del “Derecho disciplinario en Colombia”, actuó

como moderador el Semillerista Juan pablo Sánchez. Sobre el tema “la ley 2213 relacionada con el procedimiento virtud de la Rama judicial”, intervinieron el doctor Carlos Andrés Pérez Alarcón, Magistrado Justicia y Paz del Tribunal del Barranquilla egresado de la Universidad Libre Seccional de Pereira y doctor Rodolfo Pérez Vásquez miembro de la Academia colombiana de jurisprudencia y profesor universitario actuaron como moderadores: las Semilleristas Jessica Arévalo y Clara Correa, existe la memoria del evento en video publicado en la página de Derechos Humanos de Web Universidad Libre de Barranquilla.

El 5 de diciembre del 2022 entre la Universidad Libre Seccional de Barranquilla Facultad de Derecho y Ciencias sociales y la Academia Colombia de jurisprudencia de capítulo de Barranquilla se realizó un importante conversatorio virtual y presencial, sobre la reforma tributaria que regirá a partir del 1º de enero del 2022 en que actuaron como panelistas el Académico Dr. Rodrigo Uribe Largacha miembro de la Academia colombiana de jurisprudencia Capítulo de Barranquilla y sus socios los especialistas en asuntos tributario la doctora Viviana Mercado Carreño y el doctor David Bedoya Goyés y actuó como moderadora la Semillerista Jessica X. Arévalo. Con este evento fuera de la importante información del análisis de los diferentes que se plantearon en tres segmentos del conversatorio, el principal propósito fue el de facilitar la información que doctrinaria jurídica que se realizó por los juristas que intervinieron en el evento fuera de lograr una proyección social en nuestra comunidad buscó satisfacer las inquietudes, dudas y vacíos sobre la nueva legislación.

Para el año 2023 son mucha las bonitas y magnificas perspectivas de trabajo del semillero de derechos humanos PDHULBQ que ya tenemos previstas en nuestra agenda para el año venidero. Gracias Semilleristas y mil felicitaciones por su dedicación constancia.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

Andrés Julián Rodríguez Antolínez²

«El género humano está en riesgo de extinción: no una extinción natural como la de los dinosaurios, sino un insensato suicidio masivo debido a la actividad irresponsable de los propios seres humanos»

Luigi Ferrajoli³

Sumario: 1. Introducción. 2. Minería ilegal en Colombia y su impacto en el ámbito social y ambiental. 3. El derecho ambiental en los distintos tratados, instrumentos y organismos internacionales de Derechos Humanos. 4. Desarrollo Constitucional del derecho al medio ambiente en Colombia desde la entrada en vigor de la Carta Política de 1991. 5. Mecanismos procesales para la protección del derecho al medio ambiente sano. 5.1. La acción de tutela como mecanismo procesal para la protección de un derecho de tercera generación como el medio ambiente sano. 5.2. La acción popular como garantía procesal para la protección del derecho al medio ambiente sano. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

Resumen: La minería ilegal en Colombia ha sido una actividad que ha fundado una gran preocupación en los colombianos a lo largo del tiempo por el impacto negativo que ocasiona su práctica sobre aspectos relacionados con el medio ambiente, lo social y económico, donde se evidencia la vulneración de algunos derechos fundamentales; por consiguiente, en el presente trabajo de investigación se analiza la evolución de las fuentes jurídicas internacionales que establecen el medio ambiente como un derecho humano y la obligación de los Estados de promover mecanismos para la protección de este, de los cuales en Colombia se encuentran la acción popular y la acción de tutela, asimismo, el desarrollo constitucional del derecho medioambiental que se ha generado en el

² Estudiante de Tercer (4°) año de Derecho calendario A de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). andresj-rodriguez@unilibre.edu.co

³ FERRAJOLI, Luigi. Por una Constitución de la Tierra. Madrid: Trotta, 2022. 181 p. ISBN 9788413640594

transcurso de los años.

Aunque las autoridades nacionales desde una esfera política y jurídica son las encargadas de desarrollar y garantizar los procesos de vigilancia y control sobre el cumplimiento de las normas mineras, las cuales deben enfocarse en la protección del medio ambiente y sus efectos sobre derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, la realidad es que no se ha logrado erradicar la actividad en mención.

Palabras claves: Minería ilegal, Derechos Humanos, Constitución Ecológica, medio ambiente, proceso, desarrollo sostenible.

Abstract: Illegal mining in Colombia has been an activity that causes concern among Colombians due to the negative impact caused by its practice on aspects related to the environment, social and economic aspects, and that violates some fundamental rights, therefore, the evolution of international legal sources that establish the environment as a human right and the obligation of the States to promote mechanisms for its protection is analyzed, among which in Colombia are the popular action and the tutela action.

Although the national authorities, from a political and legal sphere, oversee developing and guaranteeing the processes of surveillance and control of compliance with mining regulations, which should focus on the protection of the environment and its effects on first, second and third generation human rights, the reality is that the activity in question has not been eradicated.

Keywords: Illegal Mining, Human Rights, Ecological Constitution, environment, process, sustainable development.

1. Introducción

Los derechos humanos tienen una profunda relación con el medio ambiente, incluso el derecho al medio ambiente sano es un derecho humano fundamental necesario para la convivencia pacífica de la humanidad en pro de proteger el Planeta Tierra.

Entre las múltiples problemáticas que pueden surgir en la aplicación de este derecho se encuentra una temática en específico que ha afectado los derechos de una gran parte de la sociedad colombiana: la minería ilegal. En definitiva, su práctica, apartada de la

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

regulación jurídica implementada por muchos Estados, continúa generando daños catastróficos en la naturaleza; de ahí que, para el año 2020, según un informe de EVOA⁴ de las Naciones Unidas, en Colombia, más del 60% de la extracción de recursos naturales como el oro se realiza de manera ilegal, generando grandes afectaciones en el desarrollo sostenible.

Por lo tanto, es de suma importancia analizar cómo la minería ilegal afecta los derechos humanos, en especial el derecho a un ambiente sano, y con qué mecanismos cuentan las personas para poder contrarrestar esta afectación. En efecto, si cumpliendo con las leyes que regulan la explotación de los recursos naturales en Colombia, se causan daños medioambientales, es aún más nocivo cuando la actividad se ejecuta por fuera de lo establecido en las normas, por lo que atenta evidentemente contra principios constitucionales. Por tal razón, es pertinente sobrellevar el tema del desarrollo constitucional del derecho medioambiental en Colombia, debido a que a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 se estructuró lo referente al medio ambiente, otorgándole el carácter de derecho humano, y posteriormente, la Corte Constitucional catálogo está como «Constitución Ecológica» en donde su relevancia en el transcurso de los años ha jugado un papel importante para su protección.

Además, es de igual importancia conocer los mecanismos procesales de protección con los que cuentan los colombianos para proteger el derecho que se tiene a un medioambiente sano, analizar qué tan accesibles son y determinar su eficacia para verdaderamente solucionar las problemáticas que se dan diariamente con respecto a este derecho.

En resumen, la sociedad es cambiante, el derecho es cambiante y los bienes jurídicos están en constantes roces, por lo cual es necesario conocer cómo, por medio del proceso, se garantizará el derecho humano al medio ambiente sano. Lastimosamente se habla muy poco de esta temática, pero la realidad es que como Homo sapiens, sin la Tierra, no existiría nada.

⁴ LÓPEZ, Alfonso. Más del 60% de la minería de oro en Colombia es ilegal: ONU. En: Portafolio [en línea]. 2, diciembre, 2020. Disponible en Internet: <https://www.portafolio.co/economia/mas-del-60-de-la-mineria-de-oro-en-colombia-es-ilegal-onu-547193>

2. Minería ilegal en Colombia y su impacto en el ámbito social y ambiental

De antemano es menester responder el siguiente interrogante: ¿Qué es la minería ilegal? Actualmente, la ley 685 de 2001⁵ regula el código de minas y prescribe en su artículo 159 la definición de minería ilegal, estableciéndola como aquella actividad exploratoria y de explotación ilícita de minerales, bien sean propiedad nacional o de particulares, que se realiza sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular.

En ese mismo sentido, el artículo 159 de la ley en comento dispone que la exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, es constitutivo del delito contemplado en el artículo 338 de la ley 599 del 2000⁶, el cual se configura cuando el que sin permiso de autoridad competente o descatando la normatividad existente, explore, explote o extraiga yacimiento minero y cuyas consecuencias se reviertan en una afectación grave del entorno ambiental donde esa actividad se desarrolle. Evidentemente, Colombia cuenta con una diversidad en recursos naturales que atrae la producción y el desarrollo de la actividad minera.

Según Camacho, “en la actualidad dispone de una variada oferta de productos mineros de gran escala como el carbón y el níquel, y de menor escala como el oro, el platino, las esmeraldas, la caliza, la sal, la roca fosfórica, las arcillas, las arenas silíceas, el cobre, el manganeso, la magnesita, la barita, el yeso y varios tipos de rocas ornamentales; en más de 250 municipios del territorio colombiano se puede presenciar una gran actividad de exploración y explotación minera”⁷.

⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 685 de 2001, “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”. Publicado en el Diario oficial N° 44.545 de 2021. Art. 159.

⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”. Publicado en el Diario Oficial N 44.097 de 2000. Art. 338.

⁷ CAMACHO, Silvia. Análisis de los Efectos Ambientales, Económicos y Sociales de la Minería Ilegal en Colombia 2000 – 2014 [en línea]. Trabajo de grado especialización. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2017. 51 p. Disponible en Repositorio Institucional - Universidad La Gran Colombia: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4331/Análisis_efectos_ambientales_economicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

En definitiva, el impacto que ha tenido la minería en Colombia debido a su geología, como resultado de la actividad minera realizada de manera legal, según Camacho, este ha representado “un significativo aporte al desarrollo económico y social de los territorios, generando un efecto en el aumento de los ingresos y promoviendo el mejoramiento del desempeño empresarial en condiciones de responsabilidad social y ambiental, impulsando así el desarrollo en lugares en los cuales la minería es un bastión fundamental para la lucha contra la pobreza, la marginalidad y la vulnerabilidad”⁸.

Por las razones esbozadas anteriormente, el legislador ha venido regulando la actividad minera para tratar de prevenir que se produzcan, a través de la minería ilegal, enormes impactos medioambientales y sociales que afecten los derechos humanos de los colombianos, pero, sobre todo, de aquellas comunidades que presencian día a día la problemática y en donde se encuentran obligados a decidir entre la pobreza, el desplazamiento o la minería ilegal. A pesar de los esfuerzos realizados por parte de las autoridades nacionales para mitigar esta problemática, no han sido del todo favorables, puesto que la actividad aún es latente y genera grandes impactos.

En primer lugar, es menester mencionar dos de las seis regiones de Colombia en donde hay más presencia de minería ilegal, cuyas comunidades se han visto afectadas económica, social y ecológicamente: Pacífico y Amazonía. En el ámbito social, son varias las consecuencias que genera la explotación minera ilegal, las cuales atentan contra los derechos de las personas que habitan en aquellos territorios en donde más se practica. En efecto, la parálisis económica que genera la minería ilegal se encuentra asociada con un problema de carácter social al momento de cohibirle al Estado la posibilidad de tener un desarrollo económico que pueda satisfacer sus fines, puesto que causa un efecto en el incremento de la pobreza, aumentándola y dejando a la deriva a las comunidades más afectadas.

⁸ Ibidem.

Aun cuando posee sustento constitucional al saber que, en virtud del artículo 332 de la Constitución Política de 1991⁹, el subsuelo y los recursos naturales no renovables son propiedad del Estado colombiano y la legislación sobre los recursos en mención exige que, quienes tengan la explotación por concesión, posesión o propiedad de esos minerales deben generarle un beneficio económico al Estado, mediante el sistema de regalías, para destinar dichos ingresos a la financiación de distintos fines del Estado Social de Derecho.

Simultáneamente, esta recae sobre el derecho universal al trabajo. Según la Procuraduría General de la Nación¹⁰, en efecto, es evidente cómo las personas que laboran en dicha actividad lo hacen de manera informal por la ausencia del Estado en esos territorios, lo cual evita un control efectivo sobre las condiciones laborales. Por ende, como lo indica la Organización Internacional del Trabajo, la minería ilegal está asociada a fenómenos de subempleo con deficientes condiciones laborales y el incumplimiento de las garantías asociadas al contrato de trabajo como, por ejemplo, las prestaciones sociales, la seguridad social y el trabajo infantil.

Además, la minería ilegal es sinónimo de desplazamiento. Las comunidades que habitan en los lugares más ricos en recursos naturales, atractivos para aquellos que se dedican a explotarlos de forma ilegal, se ven obligadas a abandonar sus hogares, ya sea por la inestabilidad de los terrenos, o la poca posibilidad de seguir subsistiendo de la pesca, ganadería o de la agricultura. Lo anterior, como consecuencia de la afectación que se produce, o por culpa de grupos criminales que tienen intereses de llevar a cabo dicha actividad en esos territorios, entrando a vulnerar distintos derechos humanos.

Por otro lado, como se dijo con antelación, la minería ilegal también genera un enorme impacto negativo sobre el derecho al medio ambiente, el cual es verdaderamente preocupante toda vez que, como lo expresa Mosquera: “la preservación y conservación de

⁹ Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 332.

¹⁰ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Minería Ilegal en Colombia [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 29 p. Informe preventivo. Disponible en Internet: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

la biodiversidad constituye una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado y los derechos fundamentales de las personas a vivir en un ambiente sano y perdurable”¹¹.

En definitiva, el medio ambiente sano es un derecho humano el cual debe ser garantizado por los estados para la subsistencia de la humanidad y la satisfacción de los demás derechos humanos, en donde se debe sancionar contundentemente a aquellas personas o grupos que ponen en riesgo la estabilidad de la naturaleza con actividades de alta contaminación como la minería ilegal, debido a que como lo indica Camacho¹², este genera efectos ambientales como la afectación de la superficie, la contaminación del aire, afectación de las aguas superficiales y de las subterráneas, afectación en los suelos, en la fauna y en la flora.

A manera de ejemplificación, un caso emblemático que dejó por sentado un precedente relevante sobre la lucha contra la minería ilegal, las consecuencias que ella genera y que también permitió tener conocimiento sobre las graves omisiones por parte del Estado colombiano fue el del Río Atrato, en el departamento del Chocó. Este se encuentra ubicado en el noroeste del país, en la región pacífica colombiana y está comprendido por las selvas del Darién y las cuencas de los ríos San Juan y Atrato. Según, la Defensoría del Pueblo¹³, este último es uno de los más importantes del departamento, dado que es de los más caudalosos del mundo y de los más importantes del país.

¹¹ MOSQUERA, Dhaian y MOSQUERA, Elmer. Reconocimiento del río Atrato como un nuevo ente capaz de subsistir por sí mismo [en línea]. Pereira: Universidad Libre, 2019. Disponible en Repositorio Institucional - Universidad Libre: <https://hdl.handle.net/10901/19942>

¹² CAMACHO, Silvia. Análisis de los Efectos Ambientales, Económicos y Sociales de la Minería Ilegal en Colombia 2000 – 2014 [en línea]. Trabajo de grado especialización. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2017. 51 p. Disponible en Repositorio Institucional - Universidad La Gran Colombia: https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4331/Análisis_efectos_ambientales_economicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos [en línea]. Bogotá D.C.: [s.n.], 2015. 246 p. Disponible en Internet: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerla2016.pdf>

En el problema en mención, la Corte Constitucional¹⁴ en sentencia T-622 de 2016 declaró la existencia de una grave vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del Río Atrato y sus afluentes como consecuencia de las actividades mineras ilegales realizadas por el hombre

Asimismo, en la sentencia citada, gracias al abundante material probatorio con el que se contaba, el tribunal constitucional decidió “reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”¹⁵. Pues era necesario encontrar un medio jurídico que lograra garantizar la protección del río y de los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato (Chocó), quienes estaban siendo afectados por la contaminación, desviación y alteración de la zona en mención.

Las decisiones que anteriormente se señalan fueron sustentadas mediante los principios de precaución y prevención, la Corte Constitucional, establece que:

Principio de precaución: En aquellos casos en los que existan dudas sobre el peligro de una determinada actividad o sustancia en relación con el ambiente o la salud humana, se deben adoptar todas las medidas que resulten necesarias para evitar que ocurran daños graves e irreversibles.

Principio de prevención: A diferencia del anterior, este principio se aplica cuando existe certeza sobre las consecuencias nocivas de una actuación, caso en el cual existe la obligación de evitar, controlar y minimizar hasta su mínima expresión los daños ambientales que puedan ocurrir¹⁶.

Para finalizar, dichos principios surgen como garantía de los derechos humanos en la protección al medio ambiente y las comunidades, estos han venido siendo aplicados y

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-622/2016 [en línea]. (10, noviembre, 2016). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-622/2016 [en línea]. (10, noviembre, 2016). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Derecho al Medio Ambiente Sano [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 30 p. Cartilla. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>

desarrollados por la Corte Constitucional por medio de sentencias como la C-595 de 2010, la T-733 de 2017 o la T-614 de 2019, gracias al ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano en materia de protección del medio ambiente como la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y la Declaración de Estocolmo de 1972. Indudablemente, sin estos aportes significativos en materia internacional, no se podría avanzar a la garantía procesal del derecho fundamental al medio ambiente dentro del Estado colombiano.

3. El derecho ambiental en los distintos tratados, instrumentos y organismos internacionales de Derechos humanos

En la actualidad, la protección del medio ambiente se encuentra estrechamente relacionada con la protección de los derechos humanos. En efecto, esa interrelación que existe entre ellos radica en la necesidad de la supervivencia de la humanidad en la tierra, mediante la protección, en principio, de derechos humanos como la vida y la salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, el jurista italiano Luigi Ferrajoli, en su libro “Por una Constitución de la Tierra” establece que nuestro medio ambiente natural ha sufrido daños enormes y crecientes, generados por el desarrollo industrial ecológicamente insostenible, lo cual pone en eminente peligro la garantía de un derecho tan relevante como lo es el medio ambiente, y al mismo tiempo, de otros derechos humanos.

En relación con lo establecido por Ferrajoli, en Colombia la minería ilegal es una de las tantas problemáticas que se ven en el país y en el mundo entero, actividad que genera enormes consecuencias en el ecosistema, en el desarrollo sostenible y en los derechos humanos de los colombianos.

Con base en lo que se ha dicho con respecto a la importancia que tiene la protección del medio ambiente y su interrelación con otros derechos humanos, gracias a los esfuerzos realizados por la comunidad internacional, se han venido creando distintos tratados e instrumentos internacionales que han dejado por sentado que el derecho ambiental y los

derechos humanos se deben comprender como derechos complementarios, a través de una visión integradora.¹⁷

En principio, se logró identificar que el derecho al medio ambiente sano se estableció en el principio primero (1) de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, en donde se estableció que “el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”.¹⁸

De igual forma, la declaración en mención cuenta con veintiséis (26) principios, los cuales nombran los deberes del ser humano para con el medio ambiente, como lo son: la verbigracia, la responsabilidad de la preservación y administración de recursos de fauna y flora, el emplear recursos no renovables, las políticas medioambientales en cada Estado, la educación en cuestiones medioambientales, la investigación y el desarrollo científico referente a problemas del medio ambiente, muchos entre otros.

Posteriormente, se creó el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978¹⁹, el cual es fundamental para el mantenimiento ambiental y el desarrollo humano debido a que, con el cumplimiento de este, se puede llegar a un equilibrio y a la preservación medioambiental. El medio ambiente se equilibra con las acciones amigables hacia el mismo, pero producidas por el ser humano, por lo que es necesario saber cómo garantizar la protección a este derecho humano y qué tanto está al alcance de la sociedad.

De igual forma, en 1981 se creó la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, cuyo artículo 24 establece que “Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno

¹⁷ Calderón, Jorge Francisco. "Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección.", *Derechos humanos y medio ambiente*. 2017. pp. 103-144 Disponible en: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r37170.pdf>

¹⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo: [s.n.], 1972. 2 p. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.

¹⁹ El Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), firmado el 3 de julio de 1978 y ratificado por los ocho países que comparten la Amazonía: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, es el instrumento jurídico que reconoce la naturaleza transfronteriza de la Amazonía. Aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1979 y ratificada el 2 de agosto de 1980.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

general satisfactorio favorable a su desarrollo”²⁰, es decir, medio ambiente, general satisfactorio favorable a su desarrollo. Asimismo, en 1988 se expidió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en donde se establece, en su artículo 11.1, que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y contar con los servicios públicos básicos.

También se logró identificar que en 1991 se da origen al Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo. En efecto, el presente convenio creado por United Nations Economic Commission for Europe, tiene como objetivo principal lograr promocionar un desarrollo ambientalmente sostenible, al tiempo que se mejora la cooperación internacional en asuntos de evaluación de impacto ambiental.

Por otro lado, se encuentra la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992²¹, la cual contiene veintisiete (27) principios que imponen acciones estatales, tales como fomentar la internacionalización de los costos ambientales, el desarrollo de legislación nacional para el respeto e indemnización a víctimas de la contaminación, la participación de la mujer en el desarrollo sostenible, entre otras.

Dentro de ese variopinto de principios se recalca el 15 y 19, en donde se establece que:

Principio 15: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.²²

²⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CARTA DE BANJUL). Nairobi, Kenya: [s.n.], 1981. 4 p.

²¹ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1972. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

²² Ibidem. P 3.

Principio 19: “Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.²³

Por otro lado, se cuenta con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto de 1998, y el Acuerdo de París. En cuanto al primero, en su preámbulo se establece lo siguiente:

“Recordando también que los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos conforme a sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades que se realicen dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados ni de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.²⁴

En cuanto al segundo, el Acuerdo de París se enfocó en reducir el calentamiento global, esto mediante el compromiso interestatal de detener la mayor emisión de gases invernadero, proporcionando un apoyo entre Estados de carácter financiero y tecnológico. En la actualidad, este ha contribuido con la creación de nuevos mercados amigables con el medio ambiente para así poder evitar un calentamiento global desmesurado. La creación de dichos mercados tiene un nivel de importancia extraordinario dentro del tema ambiental y su cuidado, exclusivamente para aquellos empresarios y trabajadores que se benefician con este tipo de iniciativas.

Analizado lo anterior, después de haber identificado aquellos tratados e instrumentos internacionales referentes al medio ambiente, es pertinente ahondar un poco en la

²³ Ibidem. P 3.

²⁴ NACIONES UNIDAS. CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMATICO. ACNUR - La Agencia de la ONU para los Refugiados [página web]. (1992). 2 P. Disponible en Internet: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf>

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

protección del ambiente sano en los distintos organismos internacionales de Derechos humanos como como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Sistema Africano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En primer lugar, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, carecía de disposiciones relacionadas con el derecho al medio ambiente, sin embargo, en el caso *López Ostra vs. España*, el tribunal en mención, mediante sentencia de 9 de diciembre de 1994, encontró que España había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos, el derecho al respeto de la vida privada, al no tomar las medidas necesarias para proteger el derecho de la demandante de respeto a su domicilio, previsto en el artículo 8, contra la grave contaminación del ambiente resultante de una planta de tratamientos de residuos.²⁵

Con base en lo anterior, gracias a ese caso en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha desarrollado un proceso de 'reverdecimiento' marcado por el establecimiento de interrelaciones entre temas ambientales y los dispositivos del Convenio Europeo relacionados con los derechos a la vida, la privacidad, la propiedad y otros.

En un segundo lugar, en el Sistema Africano de Derechos Humanos también se le ha dado el reconocimiento e importancia que hay entre el medio ambiente y los derechos humanos. A manera de ejemplo, se trae a colación el caso del pueblo Ogoni (5). Lo que sucedió fue que, como consecuencia del desecho de residuos tóxicos al medio ambiente por parte de una empresa petrolera, miembros del pueblo Ogoni sufrieron varias afectaciones en su salud lo cual generó un gran impacto negativo.²⁶

En efecto, la Comisión africana declaró que el Estado había violado el derecho a la salud y a un ambiente sano, consagrados en los artículos 16 y 24 de la Carta Africana, he hizo

²⁵ Calderón Gamboa, Jorge Francisco. "Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección.", *Derechos humanos y medio ambiente*. 2017. 108 P. Disponible en: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r37170.pdf>

²⁶ Ibidem. P 109.

énfasis en que el artículo 24 de dicho estatuto le imponía al Estado obligaciones claras y bien conocidas de tomar las medidas necesarias para prevenir la contaminación y degradación ecológica, promover la conservación, y asegurar el desarrollo sustentable.²⁷

Por último, para finalizar con el presente punto del trabajo de investigación, es menester tocar el tema bajo estudio en el Sistema interamericano de Derechos Humanos.

En principio, en la Convención Americana sobre Derechos humanos²⁸ no existía un reconocimiento de manera específica sobre la protección del medio ambiente, sino que, a partir de una profunda interpretación del artículo 26, se ha entendido que los Estados Parte se encuentran obligados a respetar los derechos que establecieron posteriormente en el Protocolo de San Salvador, dentro de los cuales, su artículo 11, hace referencia al medio ambiente como un derecho humano, aunque, lastimosamente el enunciado es bastante general.

El artículo 15 de la Carta Democrática Interamericana establece que: “El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones”.²⁹

Sin embargo, con el transcurso del tiempo se fueron presentando conflictos referentes a la afectación del medio ambiente y demás derechos humanos que se ven vulnerados por el impacto sobre la naturaleza, los cuales han permitido que en el SIDH se venga presentando una ventana de protección al derecho medio ambiental.

²⁷ Ibidem. P109 – 110.

²⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

²⁹ ASAMBLEA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. www.oas.org [página web]. 2001. 5 P. Disponible en Internet: https://www.oas.org/dil/esp/carta_democratica_interamericana_11sep2001.pdf.

con base en lo anterior, se lograron encontrar dos pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como lo son la Sentencia de 31 de agosto de 2001³⁰, en la cual se establece esa relación, ese vínculo valioso que tiene el ser humano con la tierra, y la Sentencia de 6 de febrero de 2020³¹, siendo el primer fallo en declarar conculcado el derecho al medio ambiente sano, concebido como derecho autónomo.

No obstante, a lo anterior, muy a pesar que el derecho a un ambiente sano se encuentra reconocido como derecho humano y protegido en varios de los instrumentos internacionales, todavía no se ha producido un verdadero desarrollo en la práctica por parte de los Estados al aún existir violaciones al medio ambiente, incumpliendo así con la obligación y deber que tienen de proteger, preservar y mejorar el entorno ambiental con el fin de garantizar el derecho a un ambiente sano y procurar el respeto de los derechos fundamentales.

4. Desarrollo constitucional del derecho al medio ambiente en Colombia desde la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991

En principio, es menester responder el siguiente interrogante: ¿qué es el derecho al medio ambiente? Como se evidencia en la cartilla sobre el Derecho al Ambiente Sano³², este se puede definir como aquel derecho que tienen las personas a desarrollarse en un medio ambiente sano, saludable y propicio para la vida humana. En la Constitución Política se consagró a este derecho dentro del catálogo de los derechos colectivos y del ambiente, más específicamente dentro del capítulo III del título II en su artículo 79, e incluso se estableció en el artículo 88 la herramienta para su protección en instancias judiciales, como se verá a continuación:

ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia 31 de agosto de 2001. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.

31 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia. (6, febrero, 2020). CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA.

³² Ibidem.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

(...)

ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella³³.

Aunado a lo anterior, además de considerar al medio ambiente como un principio constitucional y un derecho colectivo, también se le ha reconocido su carácter de derecho fundamental. En efecto, a partir de 1992, la sentencia T-341 de 2016³⁴, de la Corte Constitucional de Colombia ha venido comprendiendo que muchas de las garantías que son protegidas por el derecho al medio ambiente sano también son derechos fundamentales, razón por la cual son susceptibles de ser protegidas a través de la acción de tutela. Por lo tanto, se evidencia que se está frente a un derecho constitucional que adquiere, en la mayoría de las situaciones, la condición de derecho colectivo, y en esa medida es justiciable a través de la acción popular, no obstante, en otros casos en los que se afectan derechos fundamentales de individuos se puede proteger a través del derecho de tutela.

Del mismo modo, la observancia del derecho al medio ambiente en Colombia ha tendido varias fases previstas en la ley y en los procesos de la jurisprudencia de la Corte constitucional, donde se ha llegado a afirmar que el derecho medioambiental “es un deber y un fin del Estado. En efecto, este derecho ha sido reconocido a través de la Constitución Política de 1991, mediante, entre otros, los artículos 8, 79, 80 y 95. En dichos preceptos constitucionales se establece la obligación estatal de velar por la protección, la conservación y la participación de las comunidades en el cuidado de la integridad del

³³ Constitución Política de Colombia, 1991. Art.79.

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341/16 [en línea]. (29, junio, 2016). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-341-16.htm>

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

ambiente³⁵, para lo cual se requiere de la cooperación Estado- Individuos y del deber de la comunidad.

Al respecto, considerando las distintas connotaciones que posee el derecho al medio ambiente, la Corte Constitucional mediante sentencia T-411 de 1992 expresó lo siguiente:

La Constitución no es solo el fundamento de validez del ordenamiento -en la medida que regula la creación jurídica-, sino que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y política. Ella prefigura un modelo de sociedad. Por lo tanto, en ella surge una Constitución económica, con su tríptico: propiedad, trabajo, empresa; una Constitución social, con la legislación de sus relaciones; una Constitución ecológica y una Constitución cultural (...)³⁶.

Con base en lo anterior, desde el presente punto de vista se logra entonces identificar que la Constitución Política de 1991 no solo le establece al poder público el límite de lo que tiene permitido, sino que, además, le impone el deber positivo de proteger la creación de un orden político y socioeconómico justo. No obstante, otra de las facetas que se han desarrollado jurisprudencialmente con base en el tema objeto de investigación es el concepto de «Constitución Ecológica» que ha recibido la Constitución Política de Colombia. En efecto, la Corte Constitucional ha proferido distintos pronunciamientos al respecto, tales como lo plasmado en la sentencia C-431 del 2000 en la cual se establece:

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección³⁷.

Por lo anterior, el término que se le ha dado a la Carta Política de 1991 tiene como finalidad explicar que la Constitución Política “incluye múltiples principios y mandatos que

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Derecho al Medio Ambiente Sano [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 30 p. Cartilla. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de 2000. M. P. Vladimiro Naranjo Mes.

exigen al Estado proteger el ambiente de manera activa y eficaz, por lo que no se trata de un texto indiferente sobre el presente punto, sino que constituye una auténtica Constitución verde o ecológica”³⁸. Seguidamente, la Corte Constitucional³⁹ ha profundizado el concepto de Constitución Ecológica, estableciéndolo como el fundamento de las obligaciones que tiene tanto el Estado como los residentes en cuanto a la organización del manejo que se le debe dar a los recursos naturales para su aprovechamiento, sin que se menoscabe el desarrollo sostenible, como también la obligación de prevenir y sancionar los factores de deterioro ambiental y por último, el deber común que tienen todas las naciones de proteger los ecosistemas en las zonas fronterizas.

Por consiguiente, en lo atinente con el desarrollo sostenible, resulta evidente su relación con los derechos humanos para la satisfacción de estos. En efecto, el tema en mención ha sido de gran ayuda para la plena comprensión del derecho medioambiental en la actual Constitución Política colombiana, pues ha sido gracias a él que la Corte Constitucional, mediante su jurisprudencia, ha venido interpretando sistemáticamente principios constitucionales con la protección del medio ambiente. En función de lo planteado, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra la Ley 99 de 1993, la cual da origen al Ministerio de Ambiente, organiza el Sistema Nacional Ambiental y define al desarrollo sostenible y el ordenamiento ambiental territorial en sus artículos 3° y 7°, respectivamente como:

ARTÍCULO 3. *Del concepto de Desarrollo Sostenible.* Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de 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.

(...)

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Derecho al Medio Ambiente Sano [en línea]. [S.F] Cartilla. P. 4. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>

³⁹ Ibidem. P. 16.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

ARTÍCULO 7. *Del Ordenamiento Ambiental del Territorio.* Se entiende por ordenamiento ambiental del territorio para los efectos previstos en la presente Ley, la función atribuida al Estado de regular y orientar el proceso de diseño y planificación de uso del territorio y de los recursos naturales renovables de la Nación, a fin de garantizar su adecuada explotación y su desarrollo sostenible⁴⁰.

A manera de síntesis de lo que se ha venido desglosando, se trae a colación la sentencia T-365 del 2017 la cual se refiere a la constitución ecológica desde distintas dimensiones:

La Corte ha atendido a la necesidad que propugna por la defensa del ambiente y de los ecosistemas, por lo que ha calificado al ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección⁴¹.

Finalmente, el desarrollo que ha tenido el derecho al medio ambiente en Colombia no se ha limitado, quedándose solamente con lo establecido por el constituyente, ni posteriormente por el Congreso de la República y por la jurisprudencia constitucional, sino que, fundado en la cooperación internacional, Colombia se ha aunado a las esferas internacionales gracias a la visión globalizadora de la Carta Magna de 1991. En efecto, conforme al bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93⁴² de la Norma Suprema, se incorporan, con el carácter de constitucional, diversos tratados, convenios, recomendaciones y conjunto de principios internacionales que le han permitido a la Corte Constitucional desenvolverse de manera más amplia en el tema medioambiental.

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 de 1993, “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 365 de 2017. M. P. Alberto Rojas Ríos.

⁴² CONSTITUCIÓN POLITICA, Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, 1991.

En concordancia con lo anterior, dentro de los tratados que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a la “Constitución Ecológica” colombiana, además del tratado de la ONU está la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derecho Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, el Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, el Protocolo de San Salvador de 1988, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1998, el Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático de 1998, el Acuerdo de Paris de 2015, entre otros.

Además de los ya mencionados, existen una serie de organizaciones internacionales que, fundadas en la cooperación internacional, son generadoras de apoyo para la protección del medio ambiente, las cuales han contribuido a su desarrollo y mejoramiento:

- La Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.
- La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible.
- La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por consiguiente, el avance que ha tenido el derecho al medio ambiente sano en el constitucionalismo colombiano ha sido un tema de gran interés debido a las connotaciones que, con el tiempo, se fueron reiterando en la sociedad. En definitiva, es menester la salvaguarda de este contra actividades como la minería ilegal para, de esta forma, evitar una vulneración masiva de otros derechos humanos.

5. Mecanismos procesales para la protección del derecho al medio ambiente sano

En la Opinión Consultiva OC-23/17, la cual fue solicitada por la República de Colombia, la cual trata sobre las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente sano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que el acceso a la justicia con

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

relación a la protección del medio ambiente “permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación”⁴³.

En efecto, en la Constitución Política de Colombia se consagran mecanismos procesales de participación, los cuales pueden ser de tipo administrativo, judicial y político. Verbigracia, la acción de tutela y las acciones populares son dos de los varios mecanismos que corroboran con la salvaguarda del derecho al medio ambiente sano consagrado en el artículo 79 de la Carta Magna. En efecto, el proceso, para la aplicación de dichos mecanismos, juega un rol importante como la garantía para la protección del derecho en mención y demás derechos humanos que se ven menoscabados al momento de vulnerar el derecho medioambiental.

Primordialmente, es menester tener en cuenta la definición de proceso. En efecto, se puede definir desde un sentido general y uno jurídico en el cual el último puede subdividirse teniendo en cuenta una perspectiva amplia dentro del campo jurídico, pero también desde una jurídica procesal que a la postre pueden estar relacionadas, pero que en principio son diferentes. Desde la perspectiva general se podría definir como aquellos momentos agitados o dinámicos que presenta un fenómeno en su ocurrencia, en cambio, desde el concepto jurídico amplio, el proceso es, como bien lo ha expresado el Dr. Hernando Devís Echandía es:

Una serie de cadenas o actos coordinados para el logro de un fin jurídico» y, por otro lado, el mismo doctrinante ha dicho que «en sentido jurídico procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia, 2017.

pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o desconocimiento, o insatisfacción o para la investigación⁴⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente trabajo se casa con la definición en sentido jurídico procesal que se tiene sobre el «proceso», porque lo que se busca precisamente con la interposición de los mecanismos procesales de protección mencionados es que los funcionarios competentes del órgano administrativo o judicial, a través de sus decisiones, establezcan la defensa y garantía de la preservación del derecho al medio ambiente.

En efecto, con base en lo que se ha venido desarrollando en la presente investigación, se ha explicado la interrelación que existe entre el derecho al medio ambiente sano (derecho de tercera generación) y los derechos fundamentales, sobre todo, con aquellos que viven siendo constantemente vulnerados por la minería ilegal, tales como: la vida, la salud, el trabajo, la seguridad social, al agua potable y otros. Asimismo, se ha mencionado la postura que ha venido acogiendo la Corte Constitucional de Colombia con respecto al medio ambiente, considerándolo como un derecho y un deber que puede ser protegido mediante la acción de tutela. Por tal razón, en principio, es menester, en primer lugar, ahondar en el tema referente a la posibilidad de proteger el derecho al medio ambiente a través de la acción de tutela y establecer como sería el proceso para su protección, para luego entonces culminar con la acción popular.

5.1. La acción de tutela como mecanismo procesal para la protección de un derecho de tercera generación como el medio ambiente sano

Si bien es cierto, como lo expresa la Corte Constitucional: “el ambiente sano es un derecho de carácter colectivo, razón por la cual, su protección principal se produce a través de la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución, y desarrollado en la Ley 472 de 1998 y el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011”⁴⁵. Empero, como se explicó en

⁴⁴ DEVIS HECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. 3a ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. 512 p. ISBN 9789506792039

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Derecho al Medio Ambiente Sano [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 30 p. Cartilla. Disponible en Internet:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

acápites anteriores, la Corte constitucional ha plasmado situaciones en donde es procedente la acción de tutela para garantizar el derecho al medio ambiente. En efecto, la Corte en sentencia T-659 DE 2007 ha dicho:

(...) la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de una persona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento⁴⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de público conocimiento que la minería ilegal genera ciertas afectaciones al medio ambiente (derecho colectivo), colocando a otros derechos, concretamente fundamentales, en situación de vulnerabilidad. Por ende, es procedente su aplicación teniendo en cuenta que puede ser interpuesto, ya sea por violación o afectación de derechos fundamentales, o como mecanismo transitorio.

En el primer caso, la Corte Constitucional ha establecido que el juez deberá analizar si la conculcación del interés colectivo conduce al quebranto de un derecho fundamental, si el afectado posee legitimación en la causa por activa, si el riesgo de los mandatos de optimización se encuentra acreditado y finalmente, debe tener certeza si el medio de control popular es insuficiente para la garantía y protección de los derechos amenazados o vulnerados, los cuales han sido alegados.

Ahora bien, en cuanto al segundo caso, es procedente amparar el derecho al medio ambiente de manera transitoria. En efecto, dicha situación solo sucede cuando se ha interpuesto la respectiva acción popular, pero mientras surte su trámite, dado el caso que se presente la posibilidad de que se ocasione un perjuicio irremediable sobre los supuestos derechos colectivos menoscabados y se quiera prevenir, es viable interponer acción de tutela.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-659/2007 [en línea]. (23, agosto, 2007). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-659-07.htm>

5.2. La acción popular como garantía procesal para la protección del derecho al medio ambiente sano

Según Hincapié, “la acción popular se entiende como aquella mediante la cual, cualquier persona busca la protección de los derechos colectivos que han sido violados o amenazados, por la acción u omisión de las autoridades o de un particular”⁴⁷. Por otra parte, para Bejarano, “se trata de un mecanismo procesal concebido para que cualquier persona pueda provocar la intervención de la justicia con el propósito de defender intereses y derechos comunitarios”⁴⁸. Asimismo, la ley 472 de 1998 en su artículo 2 establece que:

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

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible⁴⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, en lo atinente a la minería ilegal y la procedencia de las acciones populares para mitigar los efectos que la primera produce sobre derechos e intereses colectivos consagrados en la ley 472 de 1998, tales como el goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, la conservación de las especies animales y la de áreas de especial importancia ecológica y la salubridad pública, es menester tener presente que cualquier persona, a través de apoderado o directamente, sea natural o jurídica, se encuentra legitimada para incoar dicha acción, o medio de control, contra quien se encuentre amenazando o violando el interés colectivo, tal como lo establece el artículo 14 de la ley antes mencionada.

⁴⁷ HINCAPIÉ, Juan. Derecho procesal administrativo. Medellín: Lijursánchez, 2021. 1087 p. ISBN 9789585339521.

⁴⁸ BEJARANO, Ramiro. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. 10a ed. Bogotá D.C.: Temis, 2022. 690 p. ISBN 9789583512889.

⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 472 de 1998, “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

Por otro lado, existe la posibilidad de interponer la figura procesal de reconvención o contrademanda. En efecto, la ley 472 de 1998 no estableció la figura en mención para las acciones populares, sin embargo, como lo establece el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié⁵⁰ en su libro de Derecho Procesal Administrativo, el artículo 44 de la ley en mención hizo una remisión al CGP⁵¹ y al CPACA⁵², permitiéndole entender a quién sea parte de un proceso como demandado, que puede, en un momento determinado, como en el traslado o en la reforma de la demanda, indicarle al juez a través de la contrademanda, que el verdadero autor de las amenazas o violaciones a los intereses colectivos es la parte quien ostenta la calidad de demandante.

En cuanto a la caducidad para interponer las acciones populares, gracias a lo establecido en la sentencia C- 215 de 1999, la Corte Constitucional estableció que dicha acción o medio de control no tiene término de caducidad, por lo tanto, se podrá interponer en cualquier momento, siempre y cuando se encuentre latente la vulneración del derecho e interés colectivo.

De lo anterior, en el presente trabajo se deja por sentado la importancia que tuvo la decisión plasmada en la sentencia antes mencionada, pues es evidente que es necesario que cuando exista una amenaza o violación en los derechos e intereses colectivos, mecanismos procesales de protección como las acciones populares, deben estar habilitadas en cualquier momento para la garantía de dichos intereses y en pro del desarrollo sostenible. Seguidamente, es interesante las facultades que tiene el juez que se encuentre tramitando una acción popular. Por ejemplo, en cuanto a las medias cautelares, el administrador de justicia podrá tomar las medidas que sean necesarias, ya sea de oficio o a petición de parte, con el fin, como provee la ley 472 de 1998 en su artículo 25, de evitar que se ocasione un perjuicio irremediable o para cesar los que ya se hubieren causado.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Código General del Proceso.

⁵² Código del procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Con base en lo anterior, la ley 472 de 1998 trajo a colación las medias cautelares que podían ser adoptadas en el trámite de la acción popular tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa administrativa, pero que en la actualidad solo rigen para la primera, en cuanto a que, en la segunda, el CPACA en sus artículos 229 y 230 establece las que se realizaran en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Dentro de las medidas cautelares consagradas en la ley 472 de 1998 aplicables ante la jurisdicción civil, se encuentran las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que originaron el daño, o que lo sigan ocasionando o amenacen con producirlo.
- b) Que se ejecuten los actos omitidos por cuya conducta se produce la acción potencialmente perjudicial o dañina.
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas.
- d) Ordenar, con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes que se deben tomar para su mitigación⁵³

En cuanto a las medidas cautelares consagradas en el CPACA, se encuentran las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible, el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra, con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

⁵³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 472 de 1998. Art. 25 “Medidas Cautelares”.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer⁵⁴.

6. CONCLUSIONES

1. El Bloque de Constitucionalidad adoptado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 93 de la Carta, fue adoptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-225-95), e integrada al ordenamiento jurídico colombiano, por lo que los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos son también normas y principios de jerarquía constitucional que condicionan la validez en el derecho interno. Los derechos humanos son universales, interdependientes, inalienables, indivisible; son derechos constitucionales de carácter colectivo: el derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, considerados por la doctrina como “*derechos humanos de tercera generación*” previstos en varios tratados internacionales, son llamados “solidarios”, en razón de que para el logro de su eficacia, la acción concertada de todos los “actores del juego social” a saber: El Estado, los individuos y los entes públicos y privados, son transversal con relación a los derechos humanos de primera y segunda generación, por lo que se deviene el amparar el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y en muchos casos a la propiedad colectiva. La constitución de 1991 en los artículos 78 y 79 consagran el principio de que todas las personas tiene el derecho de gozar de un ambiente sano previsto como un derecho constitucional y fundamental, *individual y colectivo* y prevé que “el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, razones por la que la Corte Constitucional designa nuestra Constitución como “constitución ecológica”, que contiene principios y mandatos que obligan al Estado a proteger eficazmente el medio ambiente.
2. La minería ilegal ha sido catalogada como “un problema público”, toda vez que los actores de dicha práctica no cumplen con los requisitos establecidos en el Código de

⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1471 de 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo”. Art. 230.

Minas respecto al tener las autorizaciones, títulos mineros y las licencias ambientales respectivas, además de no cumplir con los protocolos establecidos para la explotación minera legal, por consiguiente los procesos administrativos y judiciales contra la minería ilegal y de amparo del medio ambiente sano se deben activar con mucha contundencia por todos los actos que tiene el deber constitucional y legal de protegerlo, su indiferencia y omisión del Estado es nocivo y causa grave impacto negativo ambiental a derechos constitucionales de carácter colectivo: el derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, considerados por la doctrina como “*derechos humanos de tercera generación*” previstos en varios tratados, estos derechos son llamados “solidarios”, en razón de que su carácter solidario presupone, para el logro de su eficacia, la acción concertada de todos los "actores del juego social": El Estado, los individuos y otros entes públicos y privados tienen esa responsabilidad, son derechos trasversal con relación a los derechos humanos de primera y segunda generación, por lo que se deviene el amparo del derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y en muchos casos a la propiedad colectiva. Por tal razón, en cabeza del Estado y demás actores recae la responsabilidad y obligación de buscar las soluciones pertinentes para lograr erradicar la minería ilegal que ha causado y continúa causando, enormes efectos negativos al medio ambiente, al desarrollo sostenible y la sociedad colombiana, sobre todo, en aquellas comunidades en donde se realiza la práctica de dicha actividad ilegal.

3. Para erradicar la minería ilegal que le corresponde al Estado, a los particulares, a las entidades públicas y privadas accionar las varias herramientas procesales del ordenamiento jurídico colombiano para la protección del derecho al medio ambiente tales como la acción de tutela y la acción popular (ley 472/1998) entre otras, existiendo así la posibilidad de decretar medidas cautelares, todos estos medios procesales brindan una luz de esperanza y eficacia para la garantía de protección del derecho al medio ambiente sano y los derechos fundamentales a la vida, a la seguridad, al trabajo entre otros, que las autoridades de distinto orden, las ONG y los vecinos de las localidades donde se realiza la minería ilegal deben accionar, además el recurrir al amparo de los derechos humanos

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

afectados o violados vía tutela ha sido un gran avance que ha brindado la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha brindado Usemos la garantía de los mecanismos procesales de defensa, contribuyamos todos en la recuperación de nuestra casa grande la tierra.

7. REFERENCIAS

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2017. Política internacionales encaminadas a acelerar el desarrollo sostenible en los países en desarrollo. https://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/a21_summary_spanish.pdf
- ASAMBLEA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. www.oas.org [página web]. 2001. 5 P. Disponible en Internet: https://www.oas.org/dil/esp/carta_democratica_interamericana_11sep2001.pdf.
- Asamblea General. Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, "Protocolo De San Salvador", 1988.
- BEJARANO, Ramiro. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos. 10a ed. Bogotá D.C.: Temis, 2022. 690 p. ISBN 9789583512889.
- Calderón, Jorge Francisco. "Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una ventana de protección.", *Derechos humanos y medio ambiente*. 2017. pp. 103-144 Disponible en: <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r37170.pdf>
- CAMACHO, Silvia. Análisis de los Efectos Ambientales, Económicos y Sociales de la Minería Ilegal en Colombia 2000 – 2014. Trabajo de grado especialización. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2017. 51 p.
- COLOMBIA. CONGRESO. Código de Minas - Ley 685 de 2001 [en línea]. (15, julio, 2021). Disponible en Internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9202>

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-341/16 [en línea]. (29, junio, 2016). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-341-16.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-622/2016 [en línea]. (10, noviembre, 2016). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-659/2007 [en línea]. (23, agosto, 2007). Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-659-07.htm>
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO. DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO. Estocolmo: [s.n.], 1972.
- CONSTITUCIONAL, CORTE. 2016. «Sentencia C-259/16.» <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-259-16.htm>
- CONSTITUCIONAL, CORTE. 2020. «Derecho al medio ambiente sano <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos [en línea]. Río Dagua - Río San Juan: [s.n.], 2013. 19 p. Informe especial.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Derecho al Medio Ambiente Sano [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 30 p. Cartilla. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/Derecho%20al%20ambiente%20sano%20%202020%20v2%20281220.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia, 2017.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 31 de agosto de 2001 “Caso de la Comunidad Mayagana Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua”, 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 6 de febrero de 2020. CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos [en línea]. Bogotá D.C.: [s.n.], 2015. 246 p. Disponible en Internet: <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerla2016.pdf>
- DERECHO, REV. BOLIV. de. 2018. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n25/n25_a19.pdf
- DEVIS HECHANDÍA, Hernando. Teoría general del proceso. 3a ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. 512 p. ISBN 9789506792039
- FERRAJOLI, Luigi. Por una Constitución de la Tierra. Madrid: Trotta, 2022. 181 p. ISBN 9788413640594.
- GOBIERNO DE COLOMBIA. 2012. «CANCELLERÍA.» Organización del tratado de Federación amazónica (OTCA). <https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-del-tratado-cooperacion-amazonica-otca>
- HINCAPIÉ, Juan. Derecho procesal administrativo. Medellín: Lijursánchez, 2021. 1087 p. ISBN 9789585339521.
- HUMANOS, NACIONES UNIDAS- DERECHOS. 2017. Comité de derechos económicos sociales y culturales. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cescr#:~:text=El%20Comité%20de%20Derechos%20Económicos,Culturales%20por%20sus%20Estados%20Partes>
- LÓPEZ, Alfonso. Más del 60% de la minería de oro en Colombia es ilegal: ONU. En: Portafolio [en línea]. 2, diciembre, 2020. Disponible en Internet: <https://www.portafolio.co/economia/mas-del-60-de-la-mineria-de-oro-en-colombia-es-ilegal-onu-547193>
- MOSQUERA, Dhaian – MOSQUERA, Elmer. Reconocimiento del río Atrato como un nuevo ente capaz de subsistir por sí mismo [en línea]. Pereira: Universidad Libre, 2019.

Disponible en Repositorio Institucional - Universidad Libre:
<https://hdl.handle.net/10901/19942>

- NACIONES UNIDAS. CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. ACNUR - La Agencia de la ONU para los Refugiados [página web]. (1992). 2 P. Disponible en Internet:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf>
- NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 1972. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- NACIONES UNIDAS. 2022. Acuerdo de París. <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris>
- NACIONES UNIDAS. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. Estocolmo: [s.n.], 1972. 2 p. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.
- ONU. 2002. «La declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sustentable.» unidas, Enciende las naciones. 2002. Cumbre de Johannesburgo 2002. https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/cumbre_ni.htm
- ONU. s.f. «Observatorio del principio 10 América latina y el Caribe.» Por medio del cual se impulsa el desarrollo bajo el carbono del país ley 2169. <https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-medio-la-cual-se-impulsa-desarrollo-carbono-pais-mediante-establecimiento-metas><https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-medio-la-cual-se-impulsa-desarrollo-carbono-pais-mediante-establecim>
- ONU. s.f. Conferencia Medio ambiente y desarrollo sostenible. <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992#:~:text=La%20Conferencia%20de%20las%20Naciones,14%20de%20junio%20de%201992>
- ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CARTA DE BANJUL). Nairobi, Kenya: [s.n.], 1981. 4 p.

EL IMPACTO DE LA MINERÍA ILEGAL EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE: MECANISMOS PROCESALES PARA SU PROTECCIÓN

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Minería Ilegal en Colombia [en línea]. [s.l.]: [s.n.]. 29 p. Informe preventivo. Disponible en Internet: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA%20%20DOCUMENTO.pdf>

**LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA**

*THE DIGITAL DIVIDE: A CURRENT PROBLEM FOR THE ENFORCEMENT OF EFFECTIVE
JUDICIAL PROTECTION*

Carolina Villalba García.⁵⁵

Jessica Ximena Arevalo Triana.⁵⁶

“La virtualidad llegó a sacudir en todos los ángulos del proceso y por lo tanto resulta necesario obrar con absoluta cautela, prudencia y responsabilidad.”

-María Balanta⁵⁷

SUMARIO: 1. Introducción 2. Tutela Judicial Efectiva como Derecho Humano. 3. El acceso a Internet un Derecho esencial. 4. Antecedentes históricos del Proceso Virtual en Colombia. 5. La Brecha Digital: Una Problemática actual. 6. Garantías procesales. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

RESUMEN: Como consecuencia de la declaración de la emergencia sanitaria del COVID 19, se evidenciaron serias vulneraciones a los derechos humanos y garantías procesales de los gobernados, debido a que con la implementación de “las tecnologías de la información y comunicación” (TIC), cuyo objetivo fue, implementar la virtualidad en los procesos

⁵⁵ Estudiante de Tercer (3°) año de Derecho calendario A de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrita al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). carolinav-villalbag@unilibre.edu.co

⁵⁶ Estudiante de Tercer (3°) año de Derecho calendario A de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrita al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Jessicax-arevalot@unilibre.edu.co

⁵⁷ María Patricia Balanta Medina, Magistrada en Tribunal Superior de Buga Sala Civil Familia en Colombia.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

judiciales ante la imposibilidad de asistir físicamente a las oficinas judiciales por el riesgo que ello implicaba, tanto de funcionarios, empleados y demás actores o sujetos procesales. Debido al aislamiento obligatorio y la imposibilidad de salir de las casas por las restricciones obligatorias para prevenir o evitar contagios por los efectos letales del COVID 19, el Gobierno nacional y las autoridades de la Rama Judicial buscaron soluciones usando las tecnologías de la información y comunicación” (TIC) mediante la utilización de la virtualidad del proceso.

Pero no se previeron muchas cosas, entre ellas, que no todas las personas cuentan, aún, con el derecho de acceso a la informática (Internet) y, por lo tanto, tampoco acceso a la justicia digital, generándose omisión por parte del Estado colombiano (de las Ramas del poder público al ejecutivo y legislativo) en especial a la Rama Judicial que le corresponde la administración de la justicia. Por lo anterior, se evidencia desconocimiento y violación de varios derechos fundamentales de primera y segunda generación, tales como el acceso a la justicia, el derecho a la igualdad, el debido proceso y derecho de defensa, esenciales en un Estado Social de Derecho. Para que el Estado colombiano cumpla con su obligación de satisfacer las necesidades de los gobernados, en especial, la de impartir “efectiva, pronta y cumplida justicia”, resulta necesario e imperativo, lograr alternativas que garanticen el derecho al acceso a la informática (internet) con el fin de superar “*la brecha digital*” y así generar la realización de “*la tutela judicial efectiva*.”

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Tutela judicial efectiva, Internet, Virtualidad, Brecha Digital, Garantías.

ABSTRACT: As a consequence of the declaration of the health emergency of COVID 19, serious violations of human rights and procedural guarantees of the governed were evidenced, because with the implementation of "information and communication technologies" (ICT), whose objective was, to implement the virtual in the judicial

processes due to the impossibility of physically attending the judicial offices due to the risk that this implied, both for officials, employees and other actors or procedural subjects. Due to the mandatory isolation and the impossibility of leaving the houses due to the mandatory restrictions to prevent or avoid contagion due to the lethal effects of COVID 19, the national government and the authorities of the Judicial Branch sought solutions using information and communication technologies (ICT) using the virtuality of the process.

But many things were not foreseen, among them, that not all people still have the right of access to information technology (Internet) and, therefore, neither access to digital justice, generating omission on the part of the Colombian State (From the branches of public power to the executive and legislative) especially to the judicial branch that is responsible for the administration of justice. Due to the above, there is evidence of ignorance and violation of several first and second-generation fundamental rights, such as access to justice, the right to equality, due process, and the right to defense, essential in a Social State of Law. For the Colombian State to comply with its obligation to satisfy the needs of the governed, especially that of imparting "effective, prompt and fulfilled justice", it is necessary and imperative to achieve alternatives that guarantee the right of access to information technology (internet) to overcome "the digital divide" and thus generate the realization of "effective judicial protection."

KEY WORDS: Human Rights, Effective Judicial Protection, Internet, Virtuality, Digital Divide, Guarantees.

1. INTRODUCCIÓN.

Debido a que, con el paso del tiempo, todas las transformaciones digitales que se han ido presentando conllevan un cambio social, la virtualidad se ha adaptado y llegó a la sociedad de forma abrupta por ser de exigencia urgente en aras de la imperiosa necesidad de

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

reactivar los procesos judiciales en épocas de COVID-19. La implementación de estas nuevas tecnologías en las actuaciones judiciales en Colombia no solo sirvió para continuar con los procesos judiciales dentro del Estado de Emergencia Social, económica y ecológica que tuvo rigor a partir de la expedición del Decreto legislativo 636 de 2020⁵⁸, sino que, trajo consigo beneficios de facilitación en el registro, en el archivo y digitalización de documentos para poder identificar y mejorar los tiempos de demora de los procesos.

Lo anterior, se logró por el uso e incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), que según el artículo sexto de la Ley 1341 de 2009 se establece que:

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante las TIC) son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión e información como voz, fatos, texto, video e imágenes.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el apoyo técnico de la CRC, deberá expedir el glosario de definiciones acordes con los postulados de la UIT y otros organismos internacionales con los cuales sea Colombia, firmante de protocolos referidos a estas materias⁵⁹.

Sin embargo, estas tecnologías (TIC) tienen un común denominador, y es que no funcionan si no se tiene acceso a internet, convirtiéndose en estos últimos años en un servicio vital para el diario vivir de los seres humanos a nivel universal. Si bien es cierto que se previó el desarrollo progresivo de las TIC, para lograr que en todos los estratos y sectores del Estado colombiano tuvieran el derecho al acceso y uso del internet, siendo para los ciudadanos un derecho fundamental, el lograr la disminución de “la brecha digital” (MinTIC)⁶⁰ en las dimensiones en tipos de acceso: material, de motivación,

⁵⁸ Decreto 636 de 2020, Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público. Artículo 1º. Aislamiento. Ordenar el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia. (...)

⁵⁹ Congreso de Colombia. Ley 1341 de 2009 “por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, Art 6. Disponible en Internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36913>

⁶⁰ MinTIC. Índice brecha digital regional 2020.

aprovechamiento y habilidades digitales que no han sido satisfechas plenamente en razón de que el Estado colombiano no ha sido lo suficiente proactivo en su provisión.

La situación que la realidad nos muestra ha generado “*la brecha digital*” que se presenta en varios aspectos de la sociedad, este estudio se centra en las actuaciones procesales interrelacionadas con los derechos humanos, recordemos que el Estado Social de Derecho reconoce garantías mínimas a las personas que se materializan en ese carácter prestacional y el estado de bienestar que está a cargo del Estado, es el fundamento del respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales, debido a esa brecha digital actual se genera la vulneración a “*la tutela judicial efectiva*” de la cual se derivan otros derechos humanos y garantías procesales esenciales para encaminar un proceso de forma correcta y eficaz.

Por las razones anteriores, este trabajo se abordará inicialmente el concepto de “*tutela judicial efectiva*” como derecho humano reconocido por diferentes doctrinantes, luego se estudiara el acceso a la informática (internet) como un mínimo esencial para poder proseguir con un análisis histórico sobre el proceso virtual en Colombia y su interrelación con los derechos humanos, se analizará el impacto de la “*brecha digital*” y las garantías sustanciales y procesales de las personas al momento de querer acceder a la administración de justicia para, finalmente, poder cerrar con las conclusiones. Frente a esta problemática actual, el grupo investigador analiza de forma sustancial los aspectos mencionados anteriormente y se generan propuestas dirigidas a la erradicación o minimización del problema, de tomar en cuenta el internet como un derecho esencial para el ser humano para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en amparo a varios derechos fundamentales.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO HUMANO.

En la actualidad, aún es difícil conceptualizar los derechos humanos, y es que demasiados autores, doctrinantes, políticos y personas del común tienen diferentes concepciones, por

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

ejemplo, según Russo “los derechos humanos son los derechos fundamentales de la persona humana, tomando a esta en sus tres dimensiones: como ser físico, como ser psíquico y como ser social”⁶¹. Además, Russo⁶² plantea tres fundamentos esenciales según cada dimensión y son: la importancia de la vida digna, la cual implica lo relevante para la conservación y preservación de esta; la libertad, es decir, esa autonomía que tiene el individuo para pensar y expresar sus ideas, y, por último, el de la igualdad siendo estos presupuestos absolutos.

Por otro lado, según las Naciones Unidas⁶³, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos es el fundamento general internacional sobre los derechos humanos, reconociendo que son universales, inherente a todos los seres humanos, inalienables y que se tienen que aplicar en igualdad a todas las personas. Es fundamental reconocer los derechos a las personas, tanto los que están positivizados como los demás que nacen de estos o de normas internacionales, por esta razón, la comisión Interamericana de derechos humanos establece lo siguiente:

El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales⁶⁴.

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 de Colombia, se tuvo un enfoque encaminado a la resolución de un Estado Social de Derecho, con el fin de poder brindar un sinfín de garantías y herramientas abarcadas desde los ámbitos políticos, económicos, sociales, y procesales que llevarían a cabalidad la administración de justicia junto con el

⁶¹ Russo, Eduardo Ángel. Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana, 1ra Ed., 1ra reimpresión, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 36.

⁶² Ibidem. P. 43-44.

⁶³ Naciones Unidas. Fundamento de las normas Internacionales de Derechos Humanos. [En línea] Disponible en Internet: <https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law>

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Acceso a la Justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el sistema Interamericano de Derechos Humanos. [En línea] <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>

cumplimiento de todos los principios y derechos fundamentales. En el caso concreto, se categoriza un derecho humano fundamental en el área procesal, debido a que su aplicación conlleva las garantías y cumplimiento de otros derechos como el acceso a la justicia, a la defensa, entre otros, y este es conocido como: el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Según la Sentencia C-279 de 2013, define la tutela judicial efectiva como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes⁶⁵”. Lo anterior, hace alusión a los fines esenciales del Estado, que contribuyen a promover una pacífica convivencia para así asegurar y velar por el respeto a la dignidad humana y a la legalidad, a contar con el debido acceso al servicio público y permanente de la administración de justicia, los cuales no podrían cumplirse sin el conjunto de garantías que han sido instauradas para las actuaciones procesales.

También, la Sentencia C-279 de 2013⁶⁶, establece que el fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta Magna, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por otra parte, según Manuel Carrasco Durán, la Tutela Judicial Efectiva solo “se cumple cuando los órganos judiciales dan una solución razonable a los asuntos, entendiendo que dicha solución debe abarcar los momentos del acceso a la jurisdicción, de la tramitación del proceso, de la resolución del caso y de la ejecución de la sentencia firme”⁶⁷. Por

⁶⁵ Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 20013, Pag.1. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁶ Ibidem. P. 22-23.

⁶⁷ Carrasco Durán Manuel. “La definición Constitucional del derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, 2020.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

consiguiente, la jurisdicción debe poder garantizar la racionalidad de las decisiones dentro de los estrados judiciales, por esta ser, un derecho fundamental que busca la reparación de los derechos e intereses legítimos, siendo un claro ejemplo la ampliación de los mecanismos de solución de conflictos que han aumentado en forma hetero-compositiva tales como la conciliación, la mediación y la implementación de las tecnologías de la información y comunicación.

Analizado lo anterior, queda reflejado que la base principal y relevante de este derecho, es la necesidad de poder volver libre y de fácil acceso la justicia a los particulares que acuden a la jurisdicción para solucionar sus conflictos o ante una vulneración de sus derechos. En otras palabras, la administración de justicia tiene que ser de forma breve, rápida y eficaz, respetando las garantías al ser este el fin de la actividad judicial de un Estado.

También, otro autor que define este derecho es Adán Maldonado Sánchez, según él, “la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental con doble funcionalidad, A) Como derecho sustantivo; y B) Como Derecho humano procesal. En ambos perfiles se le podría denominar como un “Derecho llave” debido a que el acceso a la justicia (Derecho a la jurisdicción) como componente de aquel, permite la defensa de los otros bienes constitucionales”⁶⁸. Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva es el núcleo que permite garantizar y llevar a cabo otros derechos fundamentales que contempla la constitución política y las normas internacionales.

Aunque, la sentencia T-292 de 1999, establece que:

“La garantía de acceder a la administración de justicia, no puede concebirse desde una óptica simplemente formal o restrictiva que la circunscriba a la facultad del particular de acudir físicamente ante la Rama Judicial -de modo que se le reciban sus demandas, escritos y alegatos y se les dé trámite-, sino que es necesario entenderla desde un punto de vista material, esto es, como la posibilidad que tiene toda persona de poner en marcha el aparato judicial, en el entendido -imprescindible para que se

⁶⁸ Adán Maldonado Sánchez, “La Tutela judicial efectiva: Las formalidades esenciales del procedimiento y los formalismos. Revista del instituto de la Judicatura Federal. 2018.

pueda hablar de la efectividad de aquella- de que la autoridad competente resuelva el asunto que le ha sido planteado, y de que lo haga oportunamente”⁶⁹

Cabe destacar que, debido a la emergencia Sanitaria se dio la oportunidad de implementar las Tecnologías de la Información y la Comunicación con el fin de que la justicia no se detuviera, y en donde no necesariamente se tuvo que acudir físicamente ante la Rama Judicial. Sin embargo, el estado omitió las consecuencias que estas acciones generarían y que de forma analizada se puede establecer que para el cumplimiento de las garantías y derechos en las actuaciones procesales virtuales se necesita un servicio vital para el ser humano, considerándose como un derecho humano vital y es el Internet, el cual se desarrollara en el siguiente punto.

3. EL ACCESO A INTERNET UN DERECHO ESENCIAL.

Según Bobbio, “Los derechos humanos (...) son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”⁷⁰. Los avances tecnológicos en los últimos años han ido evolucionando apresuradamente, el internet surgió aproximadamente hace 50 años, pero solo unos cuantos individuos contaban con este.

En la actualidad, se ha expandido el acceso a internet universalmente, inmiscuyéndose en la mayoría de las actividades cotidianas que se realizan diariamente, como comprar en supermercados, usar redes sociales, recibir mensajes y correos electrónicos, usar las firmas personales de forma digital, comenzaron a surgir diferentes monedas electrónicas que sirven para hacer transacciones, entre otras. Aun así, ese acceso no es suficiente ni óptimo para muchas personas.

En efecto, el internet o acceso a la informática y la implementación de las TIC impactaron hasta en el ámbito judicial y legal. Las leyes, sentencias, resoluciones y decretos se encuentran empleando la Web, las notificaciones se comenzaron a realizar de forma

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁰ Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Editorial Sistema, 1991. P. 17-18.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

digital, se dejó de usar lápiz y papel para empezar a elaborar los respectivos documentos de forma virtual. Relatores de la ONU, como Frank La Rue⁷¹, específico el internet como un instrumento vital para el desarrollo de los demás derechos humanos, resaltando la labor que tienen los Estados de garantizar el derecho de acceso al internet.

Además, el acceso a internet tiene varios principios que lo orientan, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷², dentro de los cuales se destacan los siguientes: el acceso, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad. Por otra parte, el artículo 94 de la constitución política establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”⁷³. Es decir, aunque el internet no esté establecido en una norma específica como derecho humano, se debe proteger y garantizar el acceso a este con el fin de cerrar brechas en la educación, en el acceso a la justicia y otras actividades en donde es de vital uso el internet.

También, se le conoce por estar previsto dentro de los derechos de cuarta generación, siendo el internet una herramienta imprescindible para la realización de otros derechos y para el acceso a la información y uso de las TIC y como lo expresa Bonilla:

“la crisis humanitaria por el COVID–19 ha potenciado aún más su utilización en el ejercicio de una gran cantidad de derechos. El acceso a internet es hoy un elemento característico e imprescindible de la sociedad actual, al constituirse como herramienta para el ejercicio de los derechos humanos. Además, democratiza el conocimiento al poner una cantidad inmensurable de información al alcance de cualquier persona; facilita la participación de los ciudadanos en la gestión estatal, fomentando la transparencia en la gestión pública (...)”⁷⁴.

⁷¹ La Rue, Frank. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, 2011. Disponible en Internet: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9691.pdf?view=1>

⁷² Organización de los Estados Americanos (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Libertad de Expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013.

⁷³ Constitución Política de Colombia, 1991. Art.94.

⁷⁴ Miranda Bonilla, Haideer. El derecho de acceso a internet en la jurisprudencia de la sala constitucional de Costa Rica. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 25 de septiembre de 2020, N° 13. P.7.

En efecto, es necesario realizar un recorrido normativo sobre el impacto que tiene el derecho del acceso a internet junto con la implementación de las tecnologías de la Información y Comunicación, que permitieron se dieran por primera vez procesos virtuales, es decir, la realización de la actuación procesal en Colombia.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PROCESOS VIRTUALES EN COLOMBIA.

El derecho procesal nace de la acción de querer proteger los derechos e intereses particulares por sobre terceros al estar en presencia de una inminente amenaza o la realización de un hecho perturbado consumado. Busca a su vez regular el ejercicio del dominio, de la soberanía del Estado que está aplicando el poder jurisdiccional y de administrar justicia a los particulares. Según el maestro Devís Echandía⁷⁵, en su libro Teoría General del Proceso, expone que el derecho procesal es la rama que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado. Por una parte, reglamenta el ejercicio de la soberanía del Estado aplicada a la función jurisdiccional, es decir, la de administrar justicia a los particulares y, además, establece el conjunto de principios que debe encauzar, garantizar y hacer efectiva la acción de los asociados para la protección de su vida, su dignidad, su libertad, su patrimonio y demás derechos pertinentes.

Otro aspecto para tener en cuenta es que el derecho procesal y la forma de administrar justicia experimentó un abrupto cambio al momento de presentarse la emergencia por Covid-19, de esta forma, se visualizó la necesidad de implementación de medios tecnológicos para poder darle continuidad a los procesos. No obstante, desde décadas atrás, el Estado Colombiano quería empezar la utilización de estos en los procesos y así, poder volver la virtualidad, una realidad, por esta razón, se formularon diferentes

⁷⁵ Hernando Devís Echandía, Teoría General Del Proceso: aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: editorial universidad EU, 1984, p.41.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

decretos y normativas que dejaban en claro los cambios que se debían aplicar, pero las cuales nunca fueron llevadas a cabo hasta el 2020.

Aunado a lo anterior, fue en presencia del Decreto 806 de 2020 como primer recurso antes de su declaración permanente con la Ley 2213 de 2022, el cual tenía como objetivo principal poder mejorar el acceso a la justicia, donde se reconoció una necesidad de comenzar la implementación de tecnologías en los procesos judiciales. Con anterioridad al mismo, ya existía una amplia normatividad en busca de un cambio con el uso de los medios electrónicos durante el desarrollo de los litigios y/o procesos judiciales, pero no habían sido aplicados.

De lo mencionado anteriormente, podemos encontrar la Ley 270 de 1996 en su artículo 95, el cual establece que “El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información”.⁷⁶

La anterior ley deja en claro que la búsqueda para generar un cambio integral y sistemático de los medios de administrar justicia que se implementaba en el Estado Colombiano y poder mejorar la aplicación de este con el empleo de los avances tecnológicos se presentaba desde décadas atrás, evidenciando la importancia trascendental que debe de tener la legislación según el contexto social, cultural y tecnológico actual. Posteriormente, y buscando la implementación de tecnologías de la información y comunicación, la Ley 1437 de 2011, en el artículo 186, inciso 2 y 3 que exponen lo siguiente:

⁷⁶ Ley 270 de 1996, “Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla”. Art 95.

[...]Las partes y sus apoderados deberán realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Suministrarán al despacho judicial y a todos los sujetos procesales e intervinientes, el canal digital para que a través de este se surtan todas las actuaciones y notificaciones del proceso o trámite

El Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en todas las actuaciones que deba conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...]⁷⁷

La expedición de la Ley anterior se da con el objetivo de lograr el cambio y la modernización que ya era una necesidad expuesta en el sistema judicial del Estado, que, a su vez, pudo prevenir la abrupta vuelta al momento de presentarse la crisis sanitaria, económica y social generada por el COVID-19 al no haberse presentado con anterioridad la implementación de estos medios tecnológicos en los estrados judiciales.

Además, esta imperiosa necesidad de una modernización y transformación para lograr una mejora en las gestiones de los trámites judiciales se vio reflejado en el Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se expone que es necesario: “Dinamizar la definición y el uso de las herramientas que permitan hacer realidad la práctica del expediente electrónico en las actuaciones judiciales, bajo un enfoque de transformación digital en la gestión judicial y de generación de valor público en el servicio de administración de justicia. El objetivo y reto de la Rama Judicial, en los próximos años, es impulsar la transformación digital, de manera escalonada, en la gestión judicial y administrativa”⁷⁸.

Por consiguiente, se demuestra que, en la actualidad, la tecnología es un medio indispensable en el diario vivir, debido a que cada vez ofrece múltiples oportunidades en el sector legal y en la prestación de estos servicios. Esta implementación de herramientas, como fue expuesto no es una idea nueva, viene por décadas siendo una lucha en el país para poder implementar en materia normativa, pero la Rama Judicial seguía en la

⁷⁷ Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

⁷⁸ Plan sectorial de desarrollo de la Rama Judicial, “Justicia Moderna con transparencia y equidad”, 2019-2022.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

implementación del papel. En efecto, la pandemia de COVID-19 fue el impulso necesario para transformar y entrar en la era de la virtualidad, debido a que se necesitaba un medio que salvaguardara la salud tanto de los servidores judiciales como de los sujetos procesales junto con los demás usuarios o terceros de los procesos en medio de la declarada emergencia sanitaria y económica.

La solución más pertinente y de carácter casi que “obligatorio” fue recurrir a los medios ya establecidos en el código general del proceso en su artículo 103, que con el paso de la pandemia agilizó el camino de este a los medios tecnológicos.

Uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones: En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos. [...] ⁷⁹

Este presupuesto hace acápite a la implementación de tecnologías, siendo así, un marco de referencia para la creación de nuevas legislaciones donde el paso del sistema escrito, y el uso del expediente físico quedara en el pasado para poder darles agilización a los procesos entro de las instancias judiciales. De esta forma, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020 “donde se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional”⁸⁰, desde aquí, por primera vez en el Estado se empezó a implementar de forma oficial la “Justicia Virtual” que tenía como objetivo la implementación de tecnologías de la información y de la comunicación en todos los trámites y actuaciones judiciales con la búsqueda de poder garantizar el derecho a la administración de justicia y al debido proceso en medio de la crisis sanitaria.

⁷⁹ Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial N° 48.489 de 2012.

⁸⁰ Decreto 637 de 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”.

Debido a la reglamentación que surgió, se empezó ratificando las posibilidades de trabajo a través de los medios tecnológicos o electrónicos y poder establecer las formas y los lineamientos que se debían seguir a la hora de realizarse los trámites. Los lineamientos debían contener las gestiones de correos electrónicos, la implementación del expediente judicial y manuales para el ciudadano que quiera acceder al mismo, todo de la mano con las herramientas institucionales que disponía el Consejo Superior de la judicatura.

También, la reactivación de los despachos judiciales dinamizó nuevamente la defensa de los derechos del ciudadano establecidos en las normas constitucionales, debía a su vez no solo implementar un orden tecnológico, sino ajustarse a las situaciones que a los sujetos procesales se les pueda presentar, dificultades o problemas en medida de las limitaciones por el uso de los medios electrónicos. Para sintetizar, el objetivo principal y central de esta búsqueda e implementación tecnológica es lograr que no se generen derechos esenciales como el debido proceso, a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, a la defensa, entre otros.

Sin embargo, la implementación de las tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) no fueron óptimas y eficaces, al encontrarse una brecha digital en la adquisición de elementos tecnológicos y de la vulneración al derecho de acceso a internet de forma igualitaria en todo el País.

5. LA BRECHA DIGITAL: UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL.

La brecha digital es definida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la siguiente forma: “Hace referencia a la diferencia socioeconómica entre aquellas comunidades que tienen accesibilidad a las TIC y aquellas que no, y también hace referencia a las diferencias que hay entre grupos según su capacidad para utilizar las TIC de forma eficaz, debido a los distintos niveles de alfabetización y capacidad

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

tecnológica.”⁸¹ Un ejemplo de esto, es un abogado de tercera edad que no conoce o no saber acceder al internet o de hacer uso de las TIC, lo que viola su derecho al desarrollo de su profesión y demás actividades relacionadas para la defensa de interés en el proceso.

Según Augusto Mario Morello, “nunca más que ahora, frente a la vertiginosa aceleración histórica, la necesidad de que la solución a un conflicto judicial recaiga en un tiempo razonablemente limitado, de modo que la garantía de la efectiva tutela que anida en el marco del debido proceso satisfaga los valores de pacificación, justicia y seguridad”⁸². Por la imperiosa necesidad de modernizar el proceso debido al COVID-19, se implementaron las TIC que al principio ayudo a la continuación de los procesos y que estos se realizaran en un tiempo razonable, respetando las garantías de los ciudadanos colombianos. Lo anterior, se volvió una gran novedad, pero que con el tiempo se fueron evidenciando las falencias e inconvenientes que tiene usar las tecnologías de la información y la comunicación sin contar con un desarrollo del derecho humano de acceso al internet, el cual se debe de garantizar para poder llevar a cabalidad las TIC.

Aunado a lo anterior, la brecha digital es uno de los temas de mayor preocupación al momento de hablar de la implementación de las TIC en los procesos judiciales de carácter virtual, debido a que, en un análisis social, solamente el 56.5% en cifras de 2020 contaba con un acceso internet, siendo un 66.6% en las cabeceras y un 23.9% en centro poblados y rural disperso, según cifras del DANE⁸³.

Las cifras mencionadas anteriormente, trajeron consigo un cambio en la visión que se tenía del uso del internet en los hogares, con el desarrollo de la pandemia cada día era más necesario el uso de este servicio volviéndose indispensable para el diario vivir, por esto, se expidió la Ley 2108 de 2021, la cual establece en su artículo 1 lo siguiente: “el

⁸¹ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2021. Disponible en internet: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/5467:Brecha->

⁸² Augusto Mario Morello, "El Nuevo horizonte del Derecho Procesal" 2005.

⁸³ Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, “Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares – ENTIC Hogares” 2020.

acceso a internet es un servicio básico público de carácter esencial y universal en Colombia que busca poder garantizar la prestación de un servicio eficaz incluso en las poblaciones más vulnerables”⁸⁴. Esto, con la intención de garantizar el acceso por medio de la implementación de estas políticas, buscando la modernización y la creación de plataformas donde el usuario pueda acceder de forma fácil y ágil con el fin de respetar el derecho de acceso a la justicia, pero, aun así, no lo categorizan como un derecho humano fundamental como se evidencia que es hoy en día.

Según las estadísticas brindadas por el Departamento Nacional De Estadística en 2020⁸⁵, los hogares colombianos que contaban con acceso a un computador de escritorio o portátil y contaron con un acceso al uso de internet desde cualquier lugar o dispositivo fue del 39.3% a nivel nacional, presentándose en las ciudades el más alto uso del 48.2% y en las zonas del centro poblado o rurales solo del 10.4%. Para el mejoramiento del uso de las TIC y lograr cerrar la brecha digital de forma eficiente, en la Ley 1341 de 2009, artículo 38 expone que:

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, revisará, estudiará e implementará estrategias para la masificación de la conectividad, buscando sistemas que permitan llegar a las regiones más apartadas del país y que motiven a todos los ciudadanos a hacer uso de las TIC.

Lo anterior, mediante la promoción del acceso universal, el servicio universal, la apropiación, capacitación y uso productivo de las TIC, de manera prioritaria para la población que, en razón a su condición social o étnica se encuentre en situación de vulnerabilidad o en zonas rurales, apartadas y de difícil acceso, buscando garantizar que se brinde un servicio de calidad y de última generación⁸⁶.

Con esta normativa, el objetivo central era empezar a promocionar el uso y la capacitación nacional de la TIC con el propósito de lograr brindar un servicio de calidad, poder

⁸⁴ Ley 2108 de 2021, “Ley de internet como servicio público esencial y universal”. Publicada en el Diario oficial N° 51.750 de 2021.

⁸⁵ Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, “Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares – ENTIC Hogares” 2020.

⁸⁶ Ley 1341 de 2009, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial N° 47.426 de 2009.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

garantizar el acceso a la justicia junto con la no vulneración del debido proceso, y poder ayudar al cierre de la “Brecha Digital”. Al centrarse todo el ordenamiento en la no propagación del Covid-19, en Colombia se empezaron a adelantar los procesos judiciales ya contemplados en el ordenamiento jurídico de forma virtual, se propendió la digitalización de los expedientes judiciales y la pronta realización de las audiencias por aplicaciones virtuales.

En efecto, para la exitosa aplicación de estos, el aliado principal fue el correo electrónico y las plataformas virtuales para la realización de las audiencias y procedimientos, por ejemplo, Zoom, Google Meet, Microsoft Teams, entre otros. Por otro lado, se creó el sistema SAMAI⁸⁷ donde se presenta un vínculo unipersonal entre el sujeto procesal y el sistema judicial para así poder llevar una fácil y rápida gestión del trámite judicial, se puede llevar la consulta de los procesos y el calendario de las audiencias contando con una amplia biblioteca digital y se garantiza así la participación segura en la búsqueda de una transformación judicial.

Se evidencia que, los avances tecnológicos llevaron a una transformación e implementación de estos, surgiendo así en la sociedad un mayor interés jurídico inaplazable. Con base a esto, el Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial 2021-2025 busca la implementación de aplicaciones que cuenten con una actividad analítica predictiva donde se implementen los BOT que son: “Los chatbots, asistentes virtuales, o bots son aplicaciones de software que mantienen conversaciones “inteligentes” con personas, en forma de preguntas-respuestas, de ayuda a conseguir un objetivo, y sobre temas muy específicos disminuyen costos al hacerlo con personas y permiten atender a muchos clientes (ciudadanos)”.⁸⁸

En síntesis, es oportuno resaltar que, al faltar el desarrollo del derecho a Internet, debido a que este garantiza la implementación y uso adecuado de las tecnologías de la

⁸⁷ SAMAI, Sistema de gestión judicial que permite la búsqueda de procesos judiciales realizado a través de medios de selección y criterios.

⁸⁸ Plan Estratégico de Transformación digital de la Rama Judicial PETD 2021-2025.

Información y Comunicación, se genera una brecha digital que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva afectando los procesos judiciales, ya que no se cumplen y respetan las garantías y derechos que tiene el ser humano. La problemática de la brecha digital es un asunto que se debe tratar desde la raíz con proyectos que sean efectivos, los cuales tengan prioridad en llevar la conectividad a cada rincón del país y en facilitar la adquisición de los medios tecnológicos pertinente, por ejemplo, que los alquilen o los done el Estado o entidades Privadas que quieran contribuir a la solución de este problema.

Lo anterior, con el fin de que en un futuro cercano se de esta modernización en general, pero respetando la igualdad y el derecho a una tutela judicial efectiva que tiene cada persona.

6. GARANTÍAS PROCESALES.

Con la implementación del Estado Colombiano del decreto 806 del 2020⁸⁹, adoptado como la Ley 2213 del 13 de junio de 2022⁹⁰ se debe asegurar el acceso a la justicia de forma eficaz, flexibilizar la atención brindada a los usuarios con la implementación de tecnologías de la información y de las comunicaciones con el uso de herramientas informáticas y tecnológicas como una forma segura, transparente y confiable de acceso a la administración de justicia.

MEJORAR EL ACCESO A LA JUSTICIA: Es un principio que todo Estado Social de derecho debe garantizar y es de carácter básico, donde sin este no pueden las personas hacer oír su voz y tampoco ejercer sus derechos, el derecho humano de igualdad de acceso a la

⁸⁹ Decreto Legislativo 806 de 2020, “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

⁹⁰ Ley 2213 de 2022, “Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones.”

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

justicia es para todos los miembros de la sociedad sin distinción de etnia, creencias, religión, grupo, raza o sexo.

Aunado a lo anterior, el acceso a la administración de justicia es de carácter imparcial e integral, brindando así la no discriminación a ningún ser humano que quiera acceder a los medios judiciales, y poder contar con un medio en caso de verse vulnerado los derechos fundamentales y principales del ser humano. Por consiguiente, para propender a un mejor acceso a la justicia se deben tener de la mano otros factores como: contar con la disponibilidad de defensores públicos del pueblo para poder garantizar el acceso a los más vulnerados que no cuentan con los recursos necesarios para llevar el costo de un proceso, estas políticas no solo están brindando alcance a los servicios jurídicos, sino que a su vez funciona como un mecanismo que busca enfrentar la desigualdad social con la implementación de políticas públicas y los servicios sociales.

Con la implementación de la Ley 2213 de 2022 se busca por medio de la implementación de las TIC y la flexibilización de la atención al usuario, esto de la mano con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, donde expone las Garantías Judiciales que todo proceso debe llevar: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden Civil, Laboral, Fiscal o de cualquier otro carácter”.⁹¹

Con esto se genera la obligación de eliminar cualquier obstáculo que se podría generar para lograr acceder a las vías judiciales, que a su vez es extendido a los familiares de las víctimas del proceso y/o terceras partes, brindando imparcialidad, independencia y todas las competencias necesarias. Con el paso a la virtualidad que se dio con el establecimiento del Decreto Legislativo 806 de 2020, establecido ahora normativa permanente por medio

⁹¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

de la Ley 2213 de 2022, se buscó satisfacer las garantías judiciales en Estado de Emergencia brindando toda la asistencia legal necesaria y creando estructuras para la garantía de los Derechos.

Este mejoramiento en el acceso de la justicia de forma virtual debe garantizar el principio y el derecho humano de la igualdad, para no verse vulnerado en los sitios donde la población se encuentra en condiciones de dificultad para poder obtener una prestación del servicio de forma virtual, se propende así la realización de forma presencial dejando la constancia en el expediente de todas las razones por las cuales no se estará llevando a cabo el proceso en los términos virtuales establecidos en la Ley 2213 de 2022.

AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS JUDICIALES: Con la implementación de nuevas medidas para propender la acción judicial de forma eficaz, se implementará el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones con el propósito de poder gestionar los trámites procesales de la justicia de forma más fácil y ágil.

Lográndose así que todas las audiencias, cualquier trámite o proceso, las actuaciones se lleven a cabo a través de todos los medios virtuales con los que cuente disposición, permitiendo a los sujetos procesales evitar los contratiempos al no tener que hacer o cumplir con ciertas formalidades de carácter presencial a menos que sea estrictamente necesario. Así mismo, las personas que no puedan acceder a los medios judiciales, que cuentan con alguna discapacidad, la población rural sin acceso a internet o grupos étnicos, podrán gozar de la atención de carácter presencial, acudiendo directamente a su despacho judicial para poder llevar el trámite.

Estos funcionarios se encuentran en posición de adoptar todas las medidas necesarias y pertinente para poder garantizar el derecho al debido proceso y a ser escuchado. Una vez que ya se haya establecido cuál será el canal digital para originar todas las actuaciones judiciales, los medios por los cuales se surtirán las notificaciones del proceso también funcionarán como medio para enviar y llevar la constancia de todos los ejemplares digitales, los memoriales y todas las actuaciones que se realicen con copia presente a la

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

autoridad judicial. Asegurando que brindarán todos los documentos y piezas que sean necesarias para la continuidad del proceso que no puedan acceder por el expediente físico, sabiendo que los poderes judiciales especiales de cualquier jurisdicción se ejecutarán sin la necesidad de una firma digital y no requerirán reconocimiento, serán conferidos por mensaje de datos.

Además, las notificaciones serán especificadas en la demanda en la cual se indicará el canal para las partes, los peritos, los apoderados y representantes, testigos y terceros que deban ser citados para propender el trámite judicial. También se presentarán todos los anexos por vía de correo electrónico y las demandas serán presentadas como mensaje de datos, no necesitan ser llevadas de forma física a menos que se presente la solicitud de medidas cautelares donde si se deben presentar copias para los demandados y de la misma forma el escrito de subsanación de la demanda en caso de ser requerido.

Las audiencias podrán realizarse por vía tecnológica virtual o de manera telefónica y con previa autorización del titular del despacho, un empleado podrá comunicarse con las partes o sujetos procesales únicamente con fines de establecer cuál será el medio por el cual se realizará la audiencia o cambiar la ya establecida. Asimismo, para poder propender la agilización de los procesos, las notificaciones personales se tomarán como ejecutadas una vez pasados dos (2) días hábiles realizados al envío del mensaje y estos serán suministrados en el correo electrónico, contando con la providencia respectiva junto con todos los respectivos anexos necesarios para generarse el traslado al interesado en generarse la notificación.

IMPLEMENTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN: Con la aplicación del decreto 806 de 2020, declarado permanente con la Ley 2213 de 2022, el uso de las tecnologías se volvió uno de los puntos centrales para el acceso a la justicia en busca de llevar un trámite o proceso judicial. La implementación de medidas para la capacitación de la utilización de las TIC se estableció como pilar fundamental, para esto el Departamento Administrativo Nacional de Estadística o DANE realizó una investigación

para conocer en carácter general cuál era la cobertura, los que contaban con este acceso, y el aprovechamiento que estaba teniendo el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el Estado Colombiano. Este uso se hace para lograr brindar un mayor acceso a la información y brindar un mayor conocimiento de los diversos servicios judiciales que como ciudadano contamos con el acceso.

Según la Rama Judicial ⁹², la apropiación social de las TIC en el sector de la justicia se encamina a que el sistema de justicia esté totalmente interconectado y se logre interoperabilidad internamente y con las entidades que participan en los procesos, para todos los procesos judiciales que se adelanten en el país; y se realice una gestión activa, generalizada y segura de contenidos de procesos y jurisprudencia.

Por otro lado, las TIC constituyen instrumentos necesarios para garantizar una justicia rápida, de calidad y eficaz, con una información y servicios integrados que posibiliten, además, la interacción con los operadores jurídicos y el ciudadano. Según Néstor Raúl Londoño, las TIC son: "Un instrumento de apoyo de la Rama Judicial, gracias a la utilización del sistema de gestión de la Rama, el cual se encuentra implementado en las principales ciudades del país y que permite que las partes puedan hacer el seguimiento de las diferentes etapas procesales, lo cual facilita la vigilancia de los procesos y el cumplimiento de los términos judiciales". ⁹³

Este apartado deja en clave que una de las formas de mejorar la implementación de estas tecnologías en los procesos, es la capacitación e implementación de nuevos sistemas de información de carácter masivo y fácil acceso, donde hasta para los más vulnerados o personas con domicilio en zonas rurales de difícil acceso se cumpla con sus garantías procesales, dándole una actividad y uso activo a las TIC.

⁹² Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) para la justicia, plan tic para la Rama Judicial, 2012. Pág. 5.

⁹³ Néstor Raúl Londoño Sepúlveda, "El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea." Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Aunado a lo anterior, al ser el acceso a internet un servicio básico y de carácter esencial y se debe garantizar la provisión de un servicio de calidad y continuo a toda la población, el Ministerio de Tecnologías de la información y de las comunicaciones y la comisión de Regulación de Comunicaciones deben subsanar estas necesidades cumpliendo con sus competencias legales de establecer medidas donde se esté incentivando al uso y la prestación de este servicio fundamental en las zonas más vulnerables del Estado, en las zonas rurales de difícil acceso que no cuenten con una infraestructura idónea para, con medio de las políticas públicas lograr prestar un servicio completo con todas las garantías y coberturas y así lograr un exitoso acceso a las vías judiciales virtuales.

La vía de administración de justicia virtual mejora no solo la calidad de los servicios prestados, sino a su vez, lograr abrir nuevos canales de atención que cuenten con información que sea accesible para todos los ciudadanos y que los recursos sean utilizados y administrados de manera más eficaz. Para brindar así de manera más eficaz, transparente y abierta la aplicación de forma exitosa de las TIC al contarse con una base de datos que facilita y agiliza los procesos. La administración de justicia es una garantía del Estado Social de Derecho y es de carácter fundamental dentro de la sociedad, con esta implementación se busca generar transparencia y confiabilidad en los servicios, brindando una ágil, de mejor calidad y más oportuna justicia, mejorando la productividad de los despachos judiciales.

7. CONCLUSIONES.

- El derecho al acceso a la administración de justicia como derecho fundamental plasmado en la “tutela judicial efectiva” y al debido proceso, precisa la Corte Constitucional colombiana “que propugna por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena

observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, derecho que constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso”, que es un derecho fundamental, constitucional, reconocido y aceptado regionalmente con fundamento del control de convencionalidad del Sistema Interamericano de derechos humanos.

- Los Derechos Humanos, caracterizados por ser universales, interdependientes e inalienables, rigen, además, las buenas relaciones de sana convivencia entre las gentes. Además, cuando algo existe mínimamente, todas las personas tienen el imperioso derecho a “la tutela judicial efectiva”, por ende, el internet o acceso a la informática debe de ser considerando no solo como un servicio público esencial, sino como un derecho fundamental que el Estado debe de garantizar a todas las personas sin distinción alguna. Debido a la fuerte generalización de la propagación de la pandemia del Covid-19, como resiliencia de la humanidad impulso la virtualidad o el uso de las TIC en los procesos judiciales, para lo cual es necesario estar conectado a un internet de óptima calidad que permita participar eficientemente en las actuaciones procesales sin interrupción y de forma eficaz. Si se dan estos presupuestos, se está protegiendo, respetando y garantizando el derecho a la “tutela judicial efectiva” y al debido proceso y se estaría erradicando el problema de la brecha digital, cosa que hasta ahora no se da plenamente.
- Para garantizar en todos los niveles de nuestra sociedad los principios de la “pronta y cumplida justicia” y el debido proceso y, por lo tanto, no hacer nugatorio el derecho a la justicia, en el caso colombiano, el Gobierno dictó el decreto legislativo 806 del 2020 (del 4 de junio), el que tenía por objeto implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, durante el término de vigencia de dicho decreto.

- También, se pretendió flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este, lo que originó la adaptación del sistema a la era digital, la cual fue una necesidad y con la aprobación de las regulaciones contenidas en el decreto legislativo 806 del 2020 y mediante la Ley 2213 del 2022 se fortaleció la utilización de los sistemas digitales, se agilizan los procesos judiciales y se flexibiliza la atención a los usuarios del servicio de justicia. La expedición de este tipo de regulaciones, están orientadas a no vulnerar las garantías procesales del ciudadano, a respetar los derechos constitucionales y demás establecidos por las normas internacionales.

La realidad es que muchos despachos judiciales tienen problemas con las plataformas virtuales, reportes continuos de fallas y omisiones en la facilitación del acceso y en el desarrollo de las audiencias, falta de conocimiento en la utilización de las plataformas por parte de funcionarios y empleados de la Rama Judicial , son las quejas generalizadas y que no decir de los otros actores del servicio judicial, muchos de ellos sin acceso al internet o el desconocimiento de su uso lo que no marca la verdadera disminución de “la brecha digital”, por las dimensiones que el MinTIC ha focalizado como lo son: el acceso material, la motivación, el aprovechamiento y las habilidades digitales, mientras estas dimensiones no sean cubiertas satisfactoriamente estaremos en presencia de negación de la tutela judicial efectiva que afecta varios derechos fundamentales tales como el derecho a la igualdad, el debido proceso y derecho de defensa, esenciales en un Estado Social de Derecho.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina

1. BALANTA MEDINA, María Patricia. Magistrada en Tribunal Superior de Buga, Sala Civil Familia en Colombia.
2. Bobbio, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid: Editorial Sistema, 1991. P. 17-18.
3. CARRASCO DURÁN, Manuel. “La definición Constitucional del derecho a la Tutela Judicial Efectiva”, 2020.
4. DEVÍS HECHANDIA, Hernando. Teoría General del proceso. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. 512 p. ISBN 9789506792039.
5. HERAS RAMOS, Luis Ernesto. “Análisis comparado sobre el concepto de tutela judicial efectiva entre los países de Colombia y España.” Citando a RAMÍREZ, B. (2013) “El Derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho procesal paraguayo. Paraguay: Universidad Nacional de Itapú”. 2017.
6. LONDOÑO SEPÚLVEDA, Néstor Raúl. El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas [en línea]. 2010. Vol. 40, no. 112, p. 123-142. Disponible en Internet: <https://www.deconsultores.com/wp-content/uploads/2016/12/ticjusticia.pdf>. ISSN 0120-3886.
7. MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. “La Tutela judicial efectiva: Las formalidades esenciales del procedimiento y los formalismos”. Revista del instituto de la Judicatura Federal. 2018
8. MORELLO, Augusto Mario. “El Nuevo horizonte del Derecho Procesal” 2005.
9. OCHOA DE PATIÑO, Andrea. “La Oralidad en el Proceso Laboral Venezolano”, 2007. Disponible en internet; <https://www.revistajuridicaonline.com/2007/01/la-oralidad-en-el-proceso-laboral-venezolano/>.
10. RUSSO, Eduardo Ángel. Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana, 1.ª Ed., 1.ª reimpresión, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 36.

Jurisprudencia

1. Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
2. Corte Constitucional. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013, Pág.1. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Leyes Internacionales

1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Acceso a la Justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el sistema Interamericano de Derechos Humanos. [En línea] <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6028.pdf>
2. NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ohchr [página web]. (23, abril, 1976). [Consultado el 21, junio, 2022]. Disponible en Internet: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
3. NOVENA CONFERENCIA AMERICANA. Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre. ACNUR – La Agencia de la ONU para los Refugiados [página web]. (abril, 1948). Disponible en Internet: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0025.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0025>
4. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) [en línea]. Gaceta Oficial No. 9460. Costa Rica: (11, febrero, 1978) Disponible en Internet: <https://www.oas.org/dil/esp/Convención%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos%20Pacto%20de%20San%20José%20de%20Costa%20Rica%20Republica%20Dominicaca.pdf>

Leyes

1. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 DE 2011 [en línea]. (18, enero, 2011) [consultado el 29, julio, 2022]. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en Internet: http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html.
2. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2108 DE 2021 [en línea]. (29, julio, 2021) [consultado el 4, julio, 2022]. “Ley De Internet Como Servicio Público Esencial Y Universal” O “Por Medio De La Cual Se Modifica La Ley 1341 De 2009 Y Se Dictan Otras Disposiciones”. Disponible en Internet: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202108%20DEL%2029%20DE%20JULIO%20DE%202021.pdf>.
3. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 2213 de 2022 [en línea]. (13, junio, 2022) [consultado el 15, julio, 2022]. Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para

- implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones. Disponible en Internet: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202213%20DEL%2013%20DE%20JUNIO%20DE%202022.pdf>.
4. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996 [en línea]. (7, marzo, 1996) Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. 15, marzo, 1996. No. 42.745. Disponible en Internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548>.
 5. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002 [en línea]. (5, febrero, 2002) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial. 13, febrero, 2002. No. 44.708. Disponible en Internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html
 6. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. LEY 1564 DE 2012 [en línea]. Código General Del Proceso. Diario Oficial. 12, julio, 2022. No. 48.489. Disponible en Internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
 7. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952 de 2019, [En línea] “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.” Disponible en internet: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
 8. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1341 de 2009 [en línea]. (30, julio, 2009) [consultado el 28, junio, 2022]. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. 30, julio, 2009. No. 47.426. Disponible en Internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1341_2009.html.
 9. COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991 [en línea]. (6, julio, 1991) [consultado el 19, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
 10. COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto legislativo 806 de 2020 [en línea]. (4, junio, 2020) Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

LA BRECHA DIGITAL: UN PROBLEMA ACTUAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Disponible en Internet:
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20806%20DEL%204%20DE%20JUNIO%20DE%202020.pdf>

11. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial (PETD 2021-2025). Ramajudicial.gov.co [página web]. [Consultado el 16, junio, 2022]. Disponible en Internet:
https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2339481/48916557/Anexo1Acuerdo11631PETD2021_2025.pdf/841488aa-7c55-41ca-bff1-a2c9918ba5af
12. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Plan sectorial de desarrollo Rama Judicial 2019 – 2022 “justicia moderna con transparencia y equidad” [en línea]. Colombia. Disponible en Internet:
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/Plan%20Sectorial%20de%20Desarrollo%202019-2022.pdf>

Páginas Web

1. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares (ENTIC Hogares). Dane.gov.co [página web]. (14, septiembre, 2021). Disponible en Internet:
<https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/tecnologia-e-innovacion/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic/encuesta-de-tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-en-hogares-entic-hogares>
2. MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Índice de brecha digital regional. Colombia TIC [página web]. (6, abril, 2021). [Consultado el 18, julio, 2022]. Disponible en Internet: <https://colombiatic.mintic.gov.co/679/w3-article-162387.html>.
3. Naciones Unidas. Fundamento de las normas Internacionales de Derechos Humanos. [En línea] Disponible en Internet: <https://www.un.org/es/about-us/udhr/foundation-of-international-human-rights-law>
4. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, información básica sobre la COVID-19, 2021.
5. SAMAI, Sistema de gestión judicial que permite la búsqueda de procesos judiciales realizado a través de medios de selección y criterios
6. Tecnologías de La Información y las Comunicaciones (TIC) para la justicia [Anónimo]. Rama Judicial [página web]. Disponible en Internet:
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1468180/2011+CAPÍTULO+5-TECNOLOGÍAS+DE+LA+INFORMACIÓN+Y+LAS+COMUNICACIONES.pdf/42e108a8-6fa3-4967-8911-70e4b5d5d3e8>.

LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Juan Pablo Sánchez Jiménez⁹⁴

Ricardo Rafael Rodríguez García⁹⁵

Sumario: 1. La universalidad del surgimiento del desarrollo económico y su interrelación con los derechos humanos y el proceso. 2. Desarrollo y Crecimiento económico. 3. Derecho al desarrollo. 4. Desarrollo económico, Estado de Derecho y el proceso judicial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo busca exponer el auge que se viene desarrollando en los procesos judiciales con su relación con el desarrollo económico y los derechos humanos, y a su vez exponer las deficiencias de los procesos en Colombia mediante la comparación con los otros Estados de la región y a nivel mundial. Adicionalmente a ello se manifiesta la prevalencia del acceso a la justicia y a los procesos, y una relación con el desarrollo económico de los Estados.

Palabras claves: Desarrollo económico, Derechos humanos, procesos judiciales, acceso a la justicia, Estados.

⁹⁴ Estudiante de Quinto (5°) año de Derecho calendario A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Juanp-sanchezj@unilibre.edu.co

⁹⁵ Estudiante de Cuarto (4°) semestre de Derecho calendario A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Ricardo-rodriguezg@unilibre.edu.co

**LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS
DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA
DE LOS PROCESOS JUDICIALES**

**THE MAGNIFICENCE OF ECONOMIC DEVELOPMENT AND HUMAN RIGHTS
AS A COMPLEMENT TO THE EFFICIENCY OF JUDICIAL PROCEDURES**

Abstract: The present work seeks to expose the boom that has been developing in judicial processes with its relationship with economic development and human rights, and in turn expose the deficiencies of the processes in Colombia through comparison with the other States of the region and at a national level. world. In addition to this, the prevalence of access to justice and processes and a relationship with the economic development of States is manifested.

Keywords: Economic development, Human rights, judicial processes, access to justice, States.

1. Introducción

El desarrollo económico no solo impacta al sector comercial, incluso hace una manifestación continua en el derecho, sectorizándonos en los procesos judiciales, donde en investigaciones recientes y junto a esta se ha logrado desarrollar que en los Estados donde mayor desarrollo económico hay tienden a ser más eficaces en el desenvolvimiento de sus procesos judiciales, siendo a destacar lo rápido que se desarrollan los procesos y la facilidad que tienen todas las comunidades para acceder a la justicia.

Se ha demostrado históricamente que aquellos Estados capaces de no sucumbir ante los constantes cambios que ha generado el desarrollo económico y han logrado establecer un equilibrio entre los altibajos que representa la economía mundial, han logrado mantener una estabilidad en la eficiencia de sus procesos judiciales. En América latina es todo lo contrario, la inestabilidad institucional y económica ha perdurado por décadas, siendo uno de los rasgos más característicos de los Estados de

la región a si mismo se ha visto afectado el debido proceso, y a su vez se ha demostrado la ineficacia de los procesos judiciales, su lentitud y su difícil acceso para muchas comunidades.

A propósito de ello se desarrolla un análisis riguroso donde se compara el desarrollo económico de aquellos Estados donde su inestabilidad es menor al Estado colombiano, siendo calificado diversos aspectos de la justicia en Colombia, desde la velocidad de los procesos hasta la eficacia de estos. Esto se puede notar en rankings realizados por el Word Justice Project Rule of Law Index 2021, de manera que hay un sólido respaldo sobre las comparativas que se desarrollan a lo largo del Texto.

2. La universalidad del surgimiento del desarrollo económico y su interrelación con los derechos humanos y el proceso.

Llegados a este punto, es menester tratar sobre una consagración normativa dentro del *corpus iuris internacional* que puede ser irónica frente a las posturas ideológicas que se presentan en la ciencia económica, en efecto, el Derecho al desarrollo económico, puede ser un fin dentro de un sistema normativo o un medio para conseguir los altos valores que persigue el Estado en su plenitud; además, este debate se complica, cuando se percibe al desarrollo como una consecuencia de un ordenamiento jurídico y políticas económicas (medios) que propenden por la consecución de los elementos que constituyen el concepto de “desarrollo económico”, por ello, dicho precepto normativo más que ser positivizado debe ser conseguido, es decir, la mera consagración normativa no garantiza la eficacia de la obtención material de ese Derecho, sin embargo, estos debates dentro del análisis económico del Derecho no son el objeto del presente trabajo. En este apartado, nos centraremos en conceptualizar el Derecho al Desarrollo en su arista económica, y adentrarnos en su íntima relación con el proceso judicial y el Estado de Derecho. Por ello, primero haremos una diferencia entre el concepto de desarrollo y crecimiento económicos, luego, el tratamiento normativo que se le ha dado al primero, y posteriormente, su conexión con el proceso judicial y el Estado de Derecho.

LA MAGNIFICIENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

3. Desarrollo y Crecimiento económico

El concepto de Desarrollo ha sido discutido por la ambigüedad con la que se ha estimado en la teoría económica, es una acepción multidisciplinaria, no solo se ubica en el espectro socioeconómico, también está en las ciencias de la salud, por ello se utilizan conceptos como “desarrollo biológico”, “desarrollo prenatal”, “desarrollo físico” desarrollo psicomotor”, etc. Para la Real Academia Española (RAE), el desarrollo en el ámbito económico es “evolución de una economía hacia mejores niveles de vida”⁹⁶, esta definición comprende del verbo evolucionar, que tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa según el contexto en el que se desenvuelva, en este, se observa que hace referencia a mejores calidades de vida, un complejo grupo de elementos que si bien no los menciona en la definición de la RAE, deducimos que son del ámbito cualitativo, donde habitualmente se ubica el concepto de desarrollo económico.

El crecimiento económico se ha sostenido como un antecedente del desarrollo, *ergo*, sin crecimiento no hay desarrollo. Esta tesis se sostuvo durante muchos años. De acuerdo con Yagual, Mite, Narváez y Proaño “se aplica la terminología crecimiento para expresar los cambios que se presentan de un periodo económico a otro”⁹⁷, en este sentido, el crecimiento se adecua a los aumentos cuantitativos dentro de un periodo de tiempo, estos indicadores los conocemos a través de las mediciones del Producto Nacional Bruto (PNB), Producto Interno Bruto (PIB), el consumo per cápita y la renta per cápita dentro de un Estado.

El premio nobel de economía en el año 2001, Joseph E. Stiglitz, ha señalado en reiteradas ocasiones que si bien el crecimiento y desarrollo económico son deseables para los Estados, no se deben confundir las metas que persiguen los dos conceptos, esencialmente, porque este último contiene metas de carácter cualitativo como el desarrollo sostenible, un ámbito equitativo y democrático entre los individuos en la

⁹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es/desarrollo>> [08/07/2022].

⁹⁷ Yagual, A. M., Mite, M. T., Narváez, J.G, Proaño, S. A. Efecto del crecimiento económico del sector logístico sobre el Producto Interno Bruto en Ecuador. *Revista de Ciencias Sociales. (Ve)*, XXV (3) 2019, p. 189.

distribución de los ingresos, esto de conformidad a su crítica al Consenso de Washington⁹⁸.

La economía ha evolucionado hasta un punto de la valoración de lo intangible: los conocimientos, patentes, etc. Según Navarro el capital humano “corresponde al valor que generan las capacidades de las personas mediante la educación, la experiencia, la capacidad de conocer, de perfeccionarse, de tomar decisiones y de relacionarse con los demás”⁹⁹, y es que se ha equiparado el concepto de desarrollo con riqueza, siendo un proceso donde interactúan varios elementos, a *prima facie*, se reconoció: el capital, la tierra y el trabajo, como los factores de producción que fungen de base para el desarrollo, sin embargo, esto sirvió en las primeras etapas del desarrollo industrial, ahora la valoración de lo intangible se ha vuelto referente en la teoría económica, los Estados deben transformar el conocimiento en riqueza, en palabras del premio nobel de economía, Paul Krugman: “el desarrollo, además del capital físico, necesita inversión en capital humano, ya que es el agente productivo por excelencia”¹⁰⁰. No obstante, no hemos definido el desarrollo económico. Márquez, Cuétara, Cartay y Labarca¹⁰¹, realizaron una recopilación de conceptos acerca del desarrollo, utilizando el diagrama de Pareto para determinar los pocos vitales y los muchos útiles en la definición, de manera que permite establecer valores porcentuales de la convergencia de palabras claves, términos, etc. Entre 16 autores; se obtuvo que coinciden en un 20,6% en la matriz de “satisfacción de verdaderas necesidades”, con la misma cifra, lo determinan como un “proceso de transformación de la realidad”, con 8,8% coinciden 3 matices que son: “transformaciones sociales importantes”, “variación sustancial de las estructuras” y “transformar el conocimiento en recursos”.

⁹⁸ Stiglitz, J. Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso post-Washington. Desarrollo Económico, Vol. 38. No.151, 1998, p. 691-722.

⁹⁹ Navarro Abarzúa, Iván. (2005, agosto 21). Capital humano: Su definición y alcances en el desarrollo local y regional. Archivos Analíticos de Políticas Educativas, 13(35), Se puede encontrar en: <http://epaa.asu.edu/epaa/v13n35>

¹⁰⁰ Krugman, P. The fall and rise of development economics. In P. Krugman (Ed.), *Development, geography and economic theory* (pp. 1-30). Cambridge, Massachusetts: The MIT Press. 2009, p. 29

¹⁰¹ Márquez Ortiz, Luis Enrique, *et al.* Desarrollo y crecimiento económico: Análisis teórico desde un enfoque cuantitativo. Revista de Ciencias Sociales (Ve), vol. XXVI, núm. 1, 2020, pp. 233-253.

LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Por lo cual, para efectos de este trabajo tomaremos la definición de la ONU que contiene la mayor parte de términos expuestos anteriormente: “el aumento cualitativo de los países o regiones en el mejoramiento de las condiciones sociales sucede cuando se crean los medios necesarios a fin de promover y mantener la prosperidad de sus habitantes”¹⁰².

Bajo el mismo diagrama de Pareto, Márquez, Cuétara, Cartay y Labarca examinaron las convergencias en el concepto de crecimiento, los resultados de los muchos útiles fueron: “crecimiento continuo del producto per cápita (17,1%), producto total de bienes y servicios (17,1%), acumular recursos productivos (14,3%), y, por último, incremento de la producción de la economía (11,4%)”¹⁰³, en este sentido, el concepto que recopila esta convergencias es el de Enríquez, para el autor el crecimiento económico “es el aumento o expansión cuantitativa de la renta y del valor de los bienes y servicios finales producidos en el sistema económico -sea regional, nacional o internacional- durante un determinado periodo de tiempo -por lo regular durante un año-, y se mide a través de la tasa de crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB), y lo adecuado es calcularla en términos reales para eliminar los efectos de la inflación”¹⁰⁴.

Este crecimiento económico, según Kutznets, se puede apreciar mediante: “1) una alta tasa de crecimiento de la producción por habitante. 2) un alto ritmo de transformaciones internas en la economía (movilización de trabajadores a centros industriales), cambios en la estructura social e ideológica. 3) una alta tasa del incremento de la productividad, y 4) el crecimiento solo se da en los países industrializados. Según el autor, donde hay desarrollo, puede haber crecimiento”¹⁰⁵.

En resumidas cuentas, el desarrollo económico es el aumento de carácter cualitativo de las condiciones de vida de los individuos, a la vez que la evolución de las estructuras

¹⁰² Organización de Naciones Unidas -. *Report of the World Commission on environment and development*. New York: U.N. Recuperado de <https://digitallibrary.un.org/record/139811>. 2015.

¹⁰³ Márquez. Op.cit., p.249.

¹⁰⁴ Enríquez Páez, Isaac. Las teorías del crecimiento económico: notas críticas para incursionar en un debate inconcluso. *Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico*, (25),2016, p, 76.

¹⁰⁵ Kutznets, S. *Modern economic growth*. USA: Yael University Press. Citado por Márquez Ortiz, Luis Enrique, *et al.* Desarrollo y crecimiento económico: Análisis teórico desde un enfoque cuantitativo. 2020, p.244.

económicas que propenden por el mejoramiento y satisfacción de las verdaderas necesidades, garantizando la prosperidad de la población, Mientras que el crecimiento económico, trata del aumento de carácter cuantitativo de la renta y del valor de los bienes y servicios, asimismo, la expansión de la producción de un Estado, en un determinado periodo de tiempo.

4. Derecho al desarrollo

Para el relator especial sobre el Derecho al desarrollo de la ONU, Saad Alfarargi¹⁰⁶, el derecho al desarrollo consiste, esencialmente, en la protección y promoción de la posibilidad de que los individuos accedan en la participación en el desarrollo, contribuir a él y disfrutar de él, en todas las aristas, no solo el aspecto económico, sino en el social, cultural y político. Cumple con una posición antropocéntrica del ser, donde el individuo es protagonista y beneficiario de los avances que se obtengan en el proceso del desarrollo. Por lo cual, es un Derecho transversal, es decir, no solo es un fin en sí mismo como consagración normativa, además, exige la materialización de otro conjunto de derechos, tanto individuales como colectivos. El conglomerado de beneficios producto del desarrollo deben ser distribuidos bajo los pilares de la equidad y la justicia, esto nos da entender, que son receptores todas las colectividades. Esto ha llevado a afirmar a Alfarargi que: “el derecho al desarrollo está profundamente enlazado con el derecho de los pueblos a la libre determinación, y su derecho a ejercer plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales. Por consiguiente, el derecho al desarrollo se aplica a todos los Estados y toda su población”¹⁰⁷.

Ahora bien, el Derecho al desarrollo no solo comprende el ámbito de los avances económicos, para el Relator Especial de este Derecho: “hace hincapié en un proceso integral que incluye el desarrollo económico, social, cultural y político, y pone a las personas —no a los Gobiernos ni a las empresas— en el centro”¹⁰⁸, en este sentido, el Derecho al desarrollo se consagró formalmente en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, mediante Resolución de 41/128 de 1986.

¹⁰⁶ Alfarargi, Saad. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre EL DERECHO AL DESARROLLO Una introducción al mandato. Publicado en febrero de 2018.

¹⁰⁷ Ibid. p. 4.

¹⁰⁸ Ibid. p. 5.

LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

El derecho al desarrollo ha servido desde entonces como valor rector de varias declaraciones y marcos internacionales, incluyendo la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible, el Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030, el Programa de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, el Acuerdo de París sobre cambio climático y una serie de resoluciones del Consejo de Derechos Humanos. También se menciona en los principales instrumentos regionales de derechos humanos de las Américas, África, Asia y en la Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁰⁹

En este sentido el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, expresa que:

Artículo 1.

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

De lo que se concluyen que es un Derecho multidimensional, inherente a toda persona humana, además implica el derecho a decidir de los pueblos, la autodeterminación, donde se establecen de manera libre y voluntaria su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural; el artículo 2, dilucida el alcance, responsabilidad y deberes de los Estados en la promoción y materialización por el Desarrollo en todas sus aristas:

Artículo 2

1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del

¹⁰⁹ Ibid.p. 5.

ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.

3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

El citado precepto contiene la base del Derecho en cuestión, en efecto, la carga para el debido desarrollo recae en toda la población de un Estado, trasciende la moral individual y se instaura en el deber con la sociedad, los individuos en un sistema de cooperación racional deben propender por el respeto al proyecto de vida del prójimo sin que este último afecte a terceros de manera arbitraria, es decir, las libertades no pueden afectar los derechos reconocidos del ser humano; la protección y el deber del Estado de formular políticas económicas que conlleven al perfeccionamiento de las condiciones de vida de sus administrados, de forma que los crecimientos en términos de ingresos y patrimonio de los individuos no sean ajenos a la justicia, es decir, que sea obtenido mediante el esfuerzo y sagacidad, no mediante actos de corrupción, favores estatales, etc. Y que, a su vez, sean distribuidos equitativamente. La creación de esas condiciones recae sobre los Estados para la realización del Derecho al desarrollo.

La Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, mediante Resolución 67/1 aprobada por la Asamblea General el 24 de septiembre de 2012, reafirmó la defensa de los tres pilares principales en los que se erige las Naciones Unidas: la paz y la seguridad internacionales, los derechos humanos y el desarrollo. Por ello declaró:

7. Estamos convencidos de que el estado de derecho y el desarrollo están estrechamente relacionados y se refuerzan mutuamente, y de que el progreso del estado de derecho en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre, y la plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, lo cual, a su vez, refuerza el estado de derecho, por lo que estamos convencidos

LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

de que esta interrelación debería considerarse en la agenda internacional de desarrollo posterior a 2015¹¹⁰.

De esta forma, la ONU admite la íntima relación entre el Estado de Derecho y el desarrollo, en últimas, una coadyuva la otra, aun siendo conceptos con enfoques distintos, el refuerzo del Estado de Derecho es trascendental en el impacto económico futuro y realización de los fines establecidos en los estándares internacionales, el establecimiento de ordenamientos jurídicos estables, justos y previsibles, el Estado de Derecho (Rule of Law) Según el premio nobel de economía, Friedrich Von Hayek: “significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento”¹¹¹, por ello la misma Declaración expresó:

8. Reconocemos la importancia de los marcos jurídicos justos, estables y previsibles para crear desarrollo, crecimiento económico y empleo inclusivos, sostenibles y equitativos, generar inversiones y facilitar la actividad empresarial, y, a este respecto, encomiamos la labor que realiza la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con objeto de modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional¹¹².

La Asamblea General expuso la relevancia de que la población tenga acceso a la administración de justicia, por ello, exhortó al robustecer y perfeccionar todo el entramado del servicio de justicia, adicionalmente, el fortalecimiento del Rule of Law y los derechos de propiedad, el incentivo a la función empresarial y creación de empresas, debido a que la iniciativa privada es una de las fuentes creadoras de riqueza más importante en una sociedad.

5. Desarrollo económico, Estado de Derecho y el proceso judicial

En este sentido, según Nash, “se ha configurado una relación directa entre los derechos humanos (premisa), el acuerdo político (forma democrática de gobierno) y la forma como se estructura el poder (Estado de Derecho). Por ello, los impactos en uno

¹¹⁰ ONU. 67/1. Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Resolución aprobada por la Asamblea General. 24 de septiembre de 2012.

¹¹¹ Hayek, Friedrich. Camino de Servidumbre, textos y documentos. Edición definitiva (3ra ed.) Unión editorial. 2019. P.161.

¹¹² ONU. Op., cit. p.2.

de los elementos tienen consecuencias en los otros en tanto constituyen un entramado complejo e interrelacionado”¹¹³, aunado a lo anterior, la estabilidad jurídica es un componente importante en la estructura de poder, es en esencia: el respeto al Estado de Derecho; las instituciones estables son base fundante examinadas para la inversión extranjera y crecimiento económico, según Basabe-Serrano y Curvale : “una institución es estable cuando los actores con poder suficiente para revertir el orden formal encuentran suficientes incentivos para aceptarlo, a pesar de que en ocasiones sean perjudicados con la distribución de recursos resultante”¹¹⁴.

Biglaiser y Staats¹¹⁵ han informado que en aquellos países en vía de desarrollo en los que existe estabilidad jurídica y respetan el imperio de la ley, además, una independencia de las cortes, aunado a una protección eficaz a los derechos de propiedad, tienden a mejorar la calificación de sus bonos nacionales.

La estabilidad y la independencia judiciales juegan también un papel importante, Basabe-Serrano y Curvale realizaron una investigación donde: “aquellos escenarios en los que se ha sedimentado la estabilidad judicial, aun cuando la independencia judicial no esté presente, es más probable que los rendimientos económicos de los países vayan en aumento. No obstante, si un mayor grado de estabilidad judicial va acompañado de independencia judicial, nuestra conjetura es que los rendimientos económicos de los países tenderán a ser aún mejores”¹¹⁶.

Por ello la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, manifestó: “13. Estamos convencidos de que la independencia del sistema judicial, junto con su imparcialidad e

¹¹³ Nash, Claudio y Fuchs, Marie Christine. *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos, manual de casos*. Konrad Adenauer Stiftung. 2019, p. 19.

¹¹⁴ Basabe-Serrano, Santiago y Curvale, Carolina. *El impacto de la (in)estabilidad judicial en el crecimiento económico en América Latina Un análisis en perspectiva histórica. Política y Gobierno. volumen XXIII · número 2 · II semestre de 2016 · p. 282.*

¹¹⁵ Biglaiser, Glen y Joseph L. Staats, “Finding the ‘Democratic Advantage’ in Sovereign Bond Ratings: The Importance of Strong Courts, Properly Rights Protection, and the Rule of Law” citado por Basabe-Serrano, Santiago y Curvale, Carolina. *El impacto de la (in)estabilidad judicial en el crecimiento económico en América Latina Un análisis en perspectiva histórica. Política y Gobierno. volumen XXIII · número 2 · II semestre de 2016 · p. 282.*

¹¹⁶ Basabe-Serrano, Santiago y Curvale, Carolina. *Op.*, cit. p. 286.

LA MAGNIFICIENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA DE LOS PROCESOS JUDICIALES

integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el estado de derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación”¹¹⁷.

The World Justice Project en su Rule of Law index 2021, realiza un informe anual sobre la adherencia al Estado del Derecho de 139 Estados, evaluando bajo 8 parámetros: (1) Restricciones en poderes del gobierno, (2) Ausencia de corrupción, (3) Gobierno abierto, (4) Derechos Fundamentales, (5) Orden y Seguridad, (6) Aplicación normativa, (7) Justicia civil, (8) Justicia Penal. Se califica de 0.0 a 1.0, siendo (0.0) una adherencia débil al Estado de Derecho y (1.0) una fuerte al Estado de Derecho.

Colombia tuvo un puntaje de 0.49, a nivel regional ocupó el puesto 19 de 32 evaluados, y a nivel global el puesto 86 de 139 evaluados. Lo relevante para el presente trabajo es los componentes que se evaluaron en el parámetro de justicia civil, donde obtuvimos una calificación de 0.47, y donde se examinó: accesibilidad y asequibilidad a la justicia (0.56), no discriminación (0.46), sin corrupción (0.48), sin influencia indebida del gobierno (0.48), sin retrasos razonables (0.20), cumplimiento efectivo (0.43), ADR imparciales y eficaces (0.70). Teniendo en cuenta esos parámetros evaluados a notorias cuentas se evidencia lo limitado que son los procesos en Colombia, pero que tan relacionado está el puntaje demarcado por el ranking en el Word Justice Project Rule of Law Index 2021 por el desarrollo económico de los Estados evaluados, 18 Estados de la región estuvieron por delante de Colombia, mientras Uruguay siendo la mejor rankeada en el puesto 25, cuenta para el año 2021 un PIB Per Cápita de 17,020.65 USD¹¹⁸, mientras Colombia ostenta un PIB Per Cápita de 6,131.2 USD¹¹⁹, Casi 3 veces inferior al Estado mejor rankeado de la región por el Rule of Law Index 2021, Seguramente denota una correlación directa la eficacia de los procesos judiciales con el desarrollo económico de los Estados y a su vez permita el acceso y la universalidad de la justicia en los procesos, si aumentamos la comparación

¹¹⁷ ONU. Op., cit. p.3.

¹¹⁸ PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Uruguay | Data [Anónimo]. World Bank Open Data | Data [página web]. [Consultado el 28, noviembre, 2022]. Disponible en Internet: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=UY>>.

¹¹⁹ PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Colombia | Data [Anónimo]. World Bank Open Data | Data [página web]. [Consultado el 28, noviembre, 2022]. Disponible en Internet: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CO>>.

al mejor rankeado, en este caso Dinamarca, el cual ostenta con un PIB Per Cápita de 67,803 USD¹²⁰, es 11 veces mayor que el del Estado Colombiano. Sabemos que el PIB Per Cápita es definido como: “El producto interno bruto (PIB) per cápita es una métrica financiera que desglosa la producción económica de un país por persona y se calcula dividiendo el PIB de una nación por su población.”¹²¹

Sabiendo la deficiencia del proceso judicial en Colombia, una estabilidad e independencia judicial tiene cierta correlación con la estabilidad económica, no es raro que algunos Estados que cuentan con una Estabilidad e Independencia judiciales sean más prósperos económicamente, tal es el caso de Estados como Uruguay, Costa Rica o Chile.



122

Siguiendo la imagen Colombia se ubicaría probablemente en el centro, es un Estado con poca pero la suficiente independencia judicial, y por otro lado su estabilidad

¹²⁰ PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Denmark | Data [Anónimo]. World Bank Open Data | Data [página web]. [Consultado el 28, noviembre, 2022]. Disponible en Internet: <<https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=DK>>.

¹²¹ TEAM, The Investopedia. Per Capita GDP Defined: Applications and Highest Per Country. Investopedia [página web]. (8, julio, 2009). [Consultado el 25, noviembre, 2022]. Disponible en Internet: <<https://www.investopedia.com/terms/p/per-capita-gdp.asp>>.

¹²² BASABE, Santiago y CURVALE, Carolina. El impacto de la (in)estabilidad judicial en el crecimiento económico en América Latina. Un análisis en perspectiva histórica. En: Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C., División de Estudios Políticos. 2016. vol. 23, no. 2.

**LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS
DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA
DE LOS PROCESOS JUDICIALES**

judicial es mucho más sólida. En el Rule of Law index 2021, se evalúa la “Constraints on Government Powers” traducido al español son los límites al poder del gobierno, ahora bien, Colombia obtuvo un puntaje de (0.53) lo que deja en duda su independencia judicial, algunos apartados más específicos se denota los límites a la legislatura, donde obtuvo un puntaje de (0.6) el cual es superior a todos los Estados evaluadas de la región, donde se evidencia la solidez de la estabilidad judicial en el Estado colombiano.

Diversos autores comprobaron, caso de Chemin¹²³, una correlación entre la duración esperada de los procesos judiciales y el desarrollo de los mercados crediticio, agrícola y manufacturero en la India. Caso similar con Japelli¹²⁴ *et al.* que demostraron que la ineficiencia en la toma de decisiones judiciales tiene altos costos económicos endógenos y exógenos para el mercado crediticio italiano.

Un mayor nivel de Seguridad con relación a la tenencia de la tierra y las garantías de los Derechos de propiedad contribuye decisivamente a lograr los avances socioeconómicos esperados en el ámbito rural y urbano, de esta manera, se logra la erradicación de la pobreza, la igualdad, la paz y la seguridad. De esta manera, los jueces dentro de un proceso judicial si tienen una debida estabilidad judicial, pueden proferir decisiones ajenas a la incertidumbre de su cargo, la relación entre estabilidad e independencia judicial en los sistemas autoritarios es de tal forma, que en la experiencia latinoamericana, los jueces frente a la incertidumbre de ser destituidos de forma irregular, su autonomía es presionada de forma exógena por parte del poder político y esto ocasiona una inevitable violación al Rule of Law.

En resumidas cuentas, según Basabe-Serrano y Curvale “la estabilidad judicial, medida como el promedio de años que llevan los jueces supremos en sus cargos, impacta positivamente sobre la tasa de crecimiento económico”¹²⁵, y dicha estabilidad judicial

¹²³ Chemin, Matthiew “Do Judiciaries Matter for Development? Evidence from India”, *Journal of Comparative Economics*, citado por Basabe-Serrano, Santiago y Curvale, Carolina. El impacto de la (in)estabilidad judicial en el crecimiento económico en América Latina Un análisis en perspectiva histórica. *Política y Gobierno*. volumen XXIII · número 2 · II semestre de 2016 · p. 280.

¹²⁴ Japelli, Tullio, Marco Pagano y Magda Bianco , “Courts and Banks: Effects to Judicial Enforcement on Credit Markets”, *Journal of Money, Credit and Banking*. Vol. 37, No. 2 (Apr., 2005), pp. 223-244

¹²⁵ Basabe-Serrano, Santiago y Curvale, Carolina. Op., cit. p. 296.

es requisito para la independencia judicial, asimismo, siendo uno de los componentes dentro del Rule of Law que genera mayor confianza para la inversión extranjera y creación de empresas, dando paso a la función empresarial y creatividad de los ciudadanos, por ello, como han ratificado los organismos internacionales, el Estado de Derecho tiene una estrecha relación con el Desarrollo, uno coadyuva al otro, y siendo uno de los componentes del Rule of Law, las garantías judiciales en conjunto con la estabilidad jurídica y judicial; la relación entre el Desarrollo y el proceso judicial, es por medio del Estado de Derecho que en conjunto crean una sinergia que produce un crecimiento económico y posteriormente un Desarrollo económico.

6. Conclusiones

En definitiva, el desarrollo económico es fundamental para el disfrute de los derechos humanos y a su vez, es un método adecuado para hacer más eficaces los procesos judiciales de tal forma que se demuestra y busca mejorar aquellas falencias que se vienen presentando en la jurisdicción colombiana.

Cabe a considerar, que por otra parte los derechos humanos ya no son opcionales, el poder acceder al derecho del desarrollo el cual nos permite promocionar y resguardar la capacidad de cada persona de disfrutar del desarrollo, ya sea contribuyendo a él y disfrute de este mismo, incluido todos los aspectos, desde lo económico hasta lo social.

Por ende, establecido lo anterior es menester ratificar la relación directa que hay entre el desarrollo económico, los derechos humanos y los procesos, aunque este ultimo puede desenvolverse sin la participación de los anteriormente mencionados, la vinculación y conexión en conjunto de estos tres elementos permitirá hacer que los procesos judiciales cada ves sean mucho más eficaces, rápidos y asequibles para el resto de las comunidades.

**LA MAGNIFICENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS
DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA
DE LOS PROCESOS JUDICIALES**

7. Bibliografía

ALFARARGI, Saad. Relator Especial sobre el derecho al desarrollo. ONU [página web]. (2018). Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-development>.

BASABE, Santiago y CURVALE, Carolina. El impacto de la (in)estabilidad judicial en el crecimiento económico en América Latina. Un análisis en perspectiva histórica. En: Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C., División de Estudios Políticos. 2016. vol. 23, no. 2. Disponible en Internet: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372016000200279

DESARROLLO | Diccionario de la lengua española [Anónimo]. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario [página web]. Disponible en Internet: <https://dle.rae.es/desarrollo>

HAYEK, Friedrich. Camino de Servidumbre, textos y documentos. 3ª ed. [s.l.]: unión editorial, 2019. 161 p. Disponible en Internet: <https://www.elcato.org/sites/default/files/camino-de-servidumbre-libro-electronico.pdf>

JAPPELLI, Tullio; PAGANO, Marco y BIANCO, Magda. Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets. En: Journal of Money, Credit and Banking. 2005. vol. 37, no. 2, p. 223-244. Disponible en Internet: <https://www.jstor.org/stable/3838925>

KRUGMAN, Paul. Development, geography, and economic theory. [s.l.]: [s.n.], 1997. ISBN 9780262611350. Disponible en internet: <https://mitpress.mit.edu/9780262611350/development-geography-and-economic-theory/>

MÁRQUEZ, Luis, *et al.* Desarrollo y crecimiento económico: Análisis teórico desde un enfoque cuantitativo. En: Revista de ciencias sociales. 2020. vol. 26, no. 1, p. 233-253. ISSN 1315-9518. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7384417.pdf>

NASH, claudio y FUCHS, marie. Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos, manual de casos. [s.l.]: [s.n.], 2019. 19 p. Disponible en Internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39615.pdf>

NAVARRO, Iván. Capital Humano: Su Definición y Alcances en el Desarrollo Local y Regional. En: Archivos Analíticos de Políticas Educativas. 2005. vol. 13, no. 35. Disponible en internet: <https://www.redalyc.org/pdf/2750/275020513035.pdf>

ONU. Histórica Reunión de Alto Nivel sobre el estado de derecho celebrada en las Naciones Unidas. [s.l.]: [s.n.], 2012. Disponible en Internet: https://www.un.org/es/ga/67/meetings/ruleoflaw_sept24.shtml

PEREZ, Enrique. Las teorías del crecimiento económico: notas críticas para incursionar en un debate inconcluso. En: Revista Latinoamericana de Desarrollo Económico. 2016. ISSN 2074-4706. Disponible en Internet: http://www.scielo.org.bo/pdf/rlde/n25/n25_a04.pdf

PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Colombia | Data [Anónimo]. World Bank Open Data. Disponible en Internet: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CO>

PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Denmark | Data [Anónimo]. World Bank Open Data. Disponible en Internet: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=DK>

PIB PER cápita (US\$ a precios actuales) - Uruguay | Data [Anónimo]. World Bank Open Data. Disponible en Internet: <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=UY>

**LA MAGNIFICIENCIA DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y LOS
DERECHOS HUMANOS COMO COMPLEMENTO PARA LA EFICIENCIA
DE LOS PROCESOS JUDICIALES**

REPORT OF the World Commission on Environment and Development: [Anónimo]. Nations Digital Library System. Disponible en Internet: <https://digitallibrary.un.org/record/139811>

STIGLITZ, Joseph E. Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el consenso post-Washington. En: Instituto de Desarrollo Económico Y Social. 1998. vol. 38, no. 151, p. 691-722. Disponible en internet: <https://www.jstor.org/stable/3467160>

YAGUAL, Alfredo, *et al.* Efecto del crecimiento económico del sector logístico sobre el Producto Interno Bruto en Ecuador. En: Revista De Ciencias Sociales. 2019. vol. 25, no. 3, p. 189. Disponible en internet: <https://www.redalyc.org/journal/280/28060161013/html/>

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

FEMALE GENITAL MUTILATION IN THE CONTEXT OF THE LEGAL CULTURE OF HUMAN RIGHTS

Jhoandris Paola López Julio¹²⁶

Jessica Paola Olivares Santana¹²⁷

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos históricos. 3. Metodología. 4. Resultados. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen

El presente artículo de investigación examina críticamente la mutilación genital femenina desde la óptica de la cultura jurídica de los derechos humanos. Para tal efecto, desarrolla dos ítems. Primero, conceptualiza sobre la mutilación genital femenina, haciendo especial énfasis en las motivaciones que justifican tales prácticas y/o procedimientos ancestrales. Segundo, describe el conjunto de referentes jurídico-normativos internacionales que regulan directa o indirectamente tales prácticas y/o procedimientos ancestrales. El método utilizado es el analítico-deductivo, mediado por una labor hermenéutica consistente en la recolección de información fáctica y jurídica, así como en la interpretación de la realidad social y de los textos jurídicos. Los resultados muestran que, bajo la cultura jurídica de los derechos humanos, la mutilación genital femenina debe ser condenada y rechazada, en la medida que constituye una grave violación a los derechos humanos de la mujer, en particular, a su dignidad, salud y, en el caso de niñas, su interés superior. Finalmente, las conclusiones resaltan el afianzamiento pedagógico y de veeduría del Estado con las respectivas comunidades, a través de un diálogo

¹²⁶ Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla. Código estudiantil: 103181097. Correo electrónico: jhoandrisp-lopezj@unilibre.edu.co

¹²⁷ Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla. Código estudiantil: 103181081. Correo electrónico: jessicap-olivaress@unilibre.edu.co

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

abierto, gradual y progresivo que les permita comprender que la mutilación genital femenina no alcanza ninguno de los cometidos que la justifican.

Palabras clave: mujer, niña, mutilación genital, derechos humanos, religión, cultura.

Abstract

This research article critically examines female genital mutilation from the perspective of the legal culture of human rights. To this end, it develops two items. First, it conceptualizes female genital mutilation, with special emphasis on the motivations that justify such practices and/or procedures. Second, it describes the set of international normative references that directly or indirectly regulate such practices and/or procedures. The method used is the analytical-deductive one, mediated by a hermeneutic work consisting of the collection of factual and legal information, as well as the interpretation of social reality and legal texts. The results show that, under the legal culture of human rights, female genital mutilation must be condemned and rejected, insofar as it constitutes a serious violation of women's human rights, in particular, their dignity, health and, in the case of girls, their best interests. Finally, the conclusions highlight the need to strengthen the State's pedagogical and oversight role with the respective communities, through an open, gradual, and progressive dialogue that allows them to understand that female genital mutilation does not achieve any of the goals that justify it.

Keywords: women, girl, genital mutilation, human rights, religion, culture.

1. Introducción

Es bien sabido que la mutilación genital femenina constituye una serie de prácticas y/o procedimientos ancestrales realizados a una mujer o niña, por medio del cual se lesionan y/o eliminan sus órganos genitales de manera total o parcialmente. Al respecto, la Organización

Mundial de la Salud¹²⁸ –en adelante OMS– ha descrito tres modalidades: a) extirpación total o parcial del glande y/o capuchón del clítoris; b) extirpación total o parcial del glande del clítoris con amputación de los labios menores; c) infibulación, esto es, la práctica y/o procedimiento ancestral consistente en el estrechamiento de la vagina a través de la extirpación de los labios menores para luego coserlos, dejando una pequeña abertura para la fuga de orina y la menstruación.

Cabe agregar que, de las tres modalidades descritas, la tercera –también conocida como la variante sudanesa o faraónica– suele ser considerada como la más denigrante para la vida, la salud, el bienestar y la dignidad de la mujer o niña, tal y como indica Torres¹²⁹, toda vez que, entre otras cosas, la mujer o niña puede presentar graves problemas al momento de la penetración del pene en su vagina o, en el caso de estar embarazada, en el acto del parir o expulsar la criatura humana que lleva en su vientre.

Si bien su origen sigue siendo una incógnita para los profesionales en historia, a pesar de que se conjeture que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales tuvieron nacimiento, desarrollo y expansión en el Antiguo Egipto, así lo exponen Gallego y López¹³⁰, no es menos cierto que a día de hoy algunos estudios estiman que los países más arraigados con la mutilación genital femenina son los pertenecientes, en su mayoría, al África, Oriente Medio y Asia.

Precisamente, en estos lugares, la alta incidencia de féminas objeto de tales prácticas y/o procedimientos ancestrales superan cifras de más de 200 millones, con alta propensión en las niñas, dentro de las cuales, se indica, el periodo propicio suele ser la infancia, concretamente,

¹²⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mutilación genital femenina. World Health Organization (WHO) [página web]. (2020). Disponible en Internet: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

¹²⁹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado. *En*: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. 2008. no. 17, p. 2. ISSN 1138-9877.

¹³⁰ GALLEGO, MA y LÓPEZ, MI. Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal. *En*: Cuadernos de Medicina Forense. 2010. vol. 16, no. 3, p. 1. ISSN 1135-7606.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

entre la lactancia y la entrada a la pubertad. Además, según datos del Fondo de las Naciones¹³¹ para la infancia ante posibles complicaciones en la realización de la mutilación genital femenina, los costos médicos y/o terapéuticos rondan alrededor de 1400 millones de dólares anuales, asunto que hace pensar que en tales prácticas y/o procedimientos ancestrales un factor a tener en cuenta, por su incidencia, es el nivel socioeconómico de la mujer o niña, en igual medida que otros como lo menciona la amnistía Internacional¹³²: a) el tipo de mutilación; b) la edad de la mujer o niña; c) la comunidad étnica a la que se pertenece; d) el área, rural o urbana, de asentamiento de la comunidad étnica; e) el Estado al que se adscribe la comunidad étnica, entre otros.

Como nadie debe ignorar, en estos países la finalidad de la mutilación genital femenina tiende a consistir, en principio, en el control, vigilancia y limitación de la vida sexual femenina, así como en la preservación de su honor y honra; lo que sin duda alguna implica que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales comúnmente encuentran allí una justificación en razones o motivaciones de tipo cultural y/o religioso, y no meramente terapéuticas y/o médicas.

En este punto, según Marchal¹³³ varias son las consecuencias graves y traumáticas que conlleva la mutilación genital femenina a la luz de la cultura jurídica de los derechos humanos:

En primera medida, denigra y violenta la dignidad humana de la mujer o niña, en la medida en que son despojadas de su autonomía y libertad en la toma de una decisión sobre un tema que les afecta, con amplias repercusiones sobre su vida sexual femenina, como bien sería el caso de la extirpación de sus partes genitales. Más aún, son despojadas de una decisión que puede, bien estar alineada a los intereses grupales de tipo cultural y/o religioso de su comunidad, pero

¹³¹ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern - UNICEF DATA. UNICEF DATA [página web]. (2016). Disponible en Internet: <https://data.unicef.org/resources/female-genital-mutilationcutting-global-concern/>

¹³² AMNISTIA INTERNACIONAL. La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. España: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1998.

¹³³ MARCHAL ESCALONA, Nuria. Mutilación genital femenina y violencia de género. En: Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía (Andalucía, España). [s.l.]: F. J. García Castaño y N. Kressova. (Coords.), 2011. p. 2179-2190. ISBN 78-84-921390-3-3.

no corresponder con sus deseos personales como mujer, con lo cual se supedita su voluntad individual a la tradición colectiva.

En segunda medida, cuando a bien se trate de niñas, se vulnera o desconoce su interés superior como sujetos de especial protección jurídica y social, toda vez que les obligan a aceptar desde temprana edad, esto es, cuando se encuentran en un estado de indefensión e inmadurez, tales prácticas y/o procedimientos ancestrales que, sin lugar a dudas, repercutirán en su adultez y en el desarrollo pleno de su vida.

En tercera medida, afecta la salud de la mujer, toda vez que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales no solo van en contravía de la ciencia moderna, no poseyendo ninguna base o validez empírica que las avale, sino que según la Organización Mundial de la Salud causan, en el corto plazo, “[...] dolor intenso; hemorragia; inflamación de los tejidos genitales; fiebre; infecciones como el tétanos; problemas urinarios; lesiones de los tejidos genitales vecinos; estado de choque; muerte”¹³⁴. Por su parte, a largo plazo, pueden ocasionar:

[...] infecciones urinarias (micción dolorosa, infecciones del tracto urinario); problemas vaginales (leucorrea, prurito, vaginosis bacteriana y otras infecciones); problemas menstruales (menstruaciones dolorosas, tránsito difícil de la sangre menstrual, etc.); tejido y queloide cicatriciales; problemas sexuales (coito doloroso, menor satisfacción, etc.); mayor riesgo de complicaciones en el parto (parto difícil, hemorragia, cesárea, necesidad de reanimación del bebé, etc.) y de mortalidad neonatal; necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas, por ejemplo cuando después de haber sellado o estrechado la abertura vaginal (tipo 3) hay que practicar un corte para ensanchar la abertura y hacer posible el coito y el parto (desinfibulación); en ocasiones la zona genital es cosida repetidas veces, incluso después de que la mujer dé a luz, con lo que esta se ve sometida a aperturas y cierres sucesivos, cosa que acrecienta los riesgos tanto inmediatos como a largo plazo; trastornos psicológicos (depresión, ansiedad, trastorno de estrés postraumático, escasa autoestima, etc).¹³⁵

¹³⁴ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mutilación genital femenina. World Health Organization (WHO) [página web]. (2020). Disponible en Internet: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

¹³⁵ Ibidem.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Bajo esta perspectiva, siendo la mutilación genital femenina un conjunto de prácticas y/o procedimientos ancestrales que atentan contra la integridad biopsicosocial tanto de mujeres como de niñas, pudiendo llegar a producir graves complicaciones físicas, obstétricas y/o psicosociales, este artículo de investigación pretenderá desarrollar una reflexión crítica sobre la mutilación genital femenina en clave de la cultura jurídica de los derechos humanos.

Al respecto, se valorarán tales prácticas y/o procedimientos ancestrales de conformidad con los derechos humanos de las mujeres o niñas, concretamente, su dignidad humana, la salud y, en el supuesto de ser niñas, además, su interés superior. ¿De qué manera resultan afectados los citados derechos por la mutilación genital femenina? ¿Cómo pueden ser aplicados y garantizados? ¿Afecta el cumplimiento de la dignidad humana, el interés superior y la salud de la mujer la existencia de tradiciones culturales y/o religiosas, siendo la mutilación genital femenina una de sus expresiones? ¿Es posible seguir aduciendo razones o motivaciones culturales y/o religiosas para seguir reafirmando prácticas violatorias de derechos humanos? Estas son algunas preguntas relevantes que, para efectos de la presente investigación, guiarán este artículo de investigación.

La cultura jurídica de los derechos humanos que intentará enjuiciar la mutilación genital femenina estará conformada por los siguientes instrumentos internacionales: Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, Convención sobre los Derechos del Niño y Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo.

Así pues, el presente artículo de investigación, por un parte, realizará una breve conceptualización sobre la mutilación genital femenina, estableciendo un especial énfasis en las motivaciones religiosas y/o culturales que justifican tales prácticas y/o procedimientos; por otro

lado, describirá la manera cómo el conjunto de instrumentos internacionales regulan directa o indirectamente, a través de la configuración y guía de la cultura jurídica de los derechos humanos, tales prácticas y/o procedimientos ancestrales.

2. Aspectos teóricos

a) Sobre las motivaciones culturales y/o religiosas de la mutilación genital femenina

Inicialmente se manifestó que la finalidad de la mutilación genital femenina en países pertenecientes a África, Medio Oriente y Asia solía rondar en mantener el control, vigilancia y limitación de las relaciones sexuales de la mujer, de igual manera que en ejercer un mantenimiento de su honor y honra, con lo cual, tales prácticas y/o procedimientos ancestrales encontraban una justificación no en razones médicas y/o terapéuticas, sino en motivaciones culturales y/o religiosos.

Bien, tal descripción no era ni es errada, mucho menos alejada de la realidad social; más aún hace exigible entender a las comunidades étnicas con mayor profundidad, ya que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales guardan en sí una trascendencia cultural y/o religiosa de gran aceptación por parte de las comunidades étnicas que las realizan; de ahí que examinar sus motivaciones y las consecuencias que acarrear pueda traer consigo la visualización, y de cierta manera la experimentación, del contexto social en el que se desarrollan dentro de cada cultura.

Así las cosas, según la Organización Panamericana de la Salud¹³⁶ sea lo primero indicar que la mutilación genital femenina constituye para las comunidades étnicas que la realizan, más allá de una serie de prácticas y/o procedimientos ancestrales de agresión o eliminación corporal del genital de la mujer, una preparación óptima de las mujeres o las niñas para el matrimonio y un fiel reflejo de una excelente crianza brindada por su familia, factores religiosos y/o culturales

¹³⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Mutilación genital femenina. Washington, DC: [s.n.], 2013. 1-12 p. Informe de la OPS.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

que inciden, además, en el hecho de que el núcleo familiar de la potencial principiante le obligue a someterse a estas prácticas y/o procedimientos ancestrales.

Desde un punto de vista psicológico, el hecho de que la mutilación genital femenina encuentre una relación directa e inescindible con la preparación del futuro matrimonio y la buena crianza de la mujer o niña conlleva en sí una grave consecuencia: la mujer o niña pierde su autoestima y, por ende, la confianza misma, toda vez que no tiene capacidad moral propia para tomar las decisiones sociales y sexuales que la afectarán su vida y dignidad. Sabe y es consciente de que vive y permanece supeditada a los mandatos de otros (los hombres) y de los condicionamientos tradicionales, religiosos y/o culturales, de la comunidad (extirpación de sus partes genitales para cuidar su honra y honor).

La mujer o niña que no se realice la mutilación de su genital femenino es objeto permanente, en el mejor de los casos, de vergonzosos actos de deshonor que manchan la reputación y el buen nombre del hogar familiar en el que creció, en el peor de los mismos, de condena a la vida en soledad propias del exilio público u ostracismo, debido a que da a entender a los demás miembros de la comunidad étnica que los parientes por vínculo de sangre de la mujer o niña fueron aptos en proporcionarle una mala crianza o que la mujer o niña no es hábil para convivir conforme a los valores colectivos de la comunidad étnica, respectivamente. De ahí que, durante su vida, concretamente desde la edad de la niñez hasta la edad de la adultez, la mujer o niña tenga sobre sí una gran presión familiar y social que la condiciona forzosamente a aceptar en la mayoría de las ocasiones a recibir el destino de ser mutiladas.

Según Klein et al¹³⁷, otro de los motivantes que refuerzan la creencia, hasta este punto absurda, de tales prácticas y/o procedimientos ancestrales consiste en que al eliminar –la mutilación genital femenina– parte del aparato reproductor de la mujer o niña, se ayuda a disminuir el deseo o placer sexual hacia el varón o reducir ciertos vicios comportamentales inmorales,

¹³⁷ KLEIN, Elliot, *et al.* Female Genital Mutilation: Health Consequences and Complications—A Short Literature Review. *En: Obstetrics and Gynecology International* [en línea]. 10, julio, 2018. vol. 2018, p. 1-7. Disponible en Internet: <https://doi.org/10.1155/2018/7365715> ISSN 1687-9597.

previniendo así la pérdida temprana de la castidad. También, la celebración suele ser un motivo de tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, según indica Amnistía Internacional “A veces el acontecimiento se asocia con festividades y regalos. Se exhorta a las niñas a que sean valientes. En los casos en que la mutilación forma parte de un rito iniciático, las festividades pueden ser grandes acontecimientos para la comunidad”.¹³⁸

Finalmente, y no por ello menos importante ni necesario, la mutilación genital femenina está motivada en la idea de que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales harán que la mujer o niña, una vez mutilada, tenga un proceso de parto (de expulsión de la criatura humana que lleva en su vientre) más leve o soportable, a lo sumo, tolerable en cuanto al dolor.

b) La protección de los derechos humanos de la mujer desde el ordenamiento jurídico internacional

se puede observar que la garantía de los derechos humanos ha sido un tema de amplia importancia en la agenda político-jurídica de los Estados. Al respecto, nada ha sido tan determinante como el establecimiento de convenios (o tratados) internacionales de derecho público como lo explican Pabón y Torres¹³⁹. Estos instrumentos, como referentes jurídico-normativos del derecho internacional público, han figurado como verdaderas guías u orientaciones en la regulación directa e indirecta de distintas prácticas y/o procedimientos desarrollados en la vida en sociedad, no siendo la excepción el conjunto de prácticas y/o procedimientos ancestrales pertenecientes a la mutilación genital femenina. Una lectura del ordenamiento jurídico internacional muestra que la comunidad internacional no es, ni ha sido, ajena a la mutilación genital femenina. A través de múltiples tratados o convenios internacionales ha hecho patente su preocupación y condena, en razón de que tales prácticas y/o

¹³⁸ AMNISTIA INTERNACIONAL. La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. España: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1998. 22 P.

¹³⁹PABÓN ARRIETA, Juan Antonio y TORRES ARGÜELLES, Alfredo. La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia. En: ADVOCATUS [en línea]. 1, julio, 2016. vol. 14, no. 27, p. 135.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

procedimientos ancestrales llevan aparejadas graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres o niñas.

En una primera aproximación, ubicada cronológicamente el 3 de septiembre de 1981, se encuentra la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*¹⁴⁰, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas –en adelante Asamblea General de la ONU– en la Resolución No. 34/180, en la cual presenta en sus diversas disposiciones una serie de obligaciones y compromisos, en su mayoría radicados en cabeza de los Estados, consistentes en suprimir en la mayor medida posible aquellas distinciones, exclusiones y restricciones que sean injustificadas en términos racionales contra la mujer, sobre todo aquellas justificadas en razón del sexo, cuyo objeto y finalidad sea anular el goce, ejercicio y disfrute sus derechos humanos.

A raíz de lo anterior, en la misma anualidad, aunque dos meses más adelante, esto es, el 25 de noviembre de 1981, la Asamblea General de la ONU¹⁴¹, en la Resolución No. 36/55, proclamó la *Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones*, recalcando que era necesario e indispensable que los Estados, para suprimir en la mayor medida posible aquellas distinciones, exclusiones y restricciones que sean injustificadas en términos racionales contra la mujer, sobre todo aquellas religiosas o de convicciones, debieran adoptar medidas eficaces.

Más tarde, durante el lapso del 14 al 25 de junio de 1993, se llevó a cabo una *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, en la cual se suscribió por los Estados presentes una

¹⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 34/180 [en línea]. (3, septiembre, 1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en Internet: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf

¹⁴¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 36/55 [en línea]. (25, noviembre, 1981). Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>

*Declaración y Programa de Acción de Viena*¹⁴² que, en su párrafo 18, ratificaba el deber de protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas ante toda forma de violencia, acoso y explotación a que se vieran abocadas, a raíz, entre otros factores, de prejuicios culturales.

Luego, el 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución No. 48/104, estableció la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*¹⁴³, donde no solo el órgano internacional reiteró las obligaciones y compromisos suscritos en la citada Convención de 1981, sino que los amplió y especificó con mayor profundidad al respecto. Inclusive, en su artículo 2º se logra evidenciar una condena expresa a la mutilación genital femenina, categorizándola como un acto nocivo contentivo de violencia física, sexual y psicológica contra la mujer.

Siendo la mutilación genital femenina un acto violento que no solo afecta a las mujeres en estado de adolescencia y adultez, sino también a las que se pueden encontrar en estado de niñez, y reiterando el hecho de que las niñas también deben ser protegidas contra toda forma de violencia fundada en prejuicios culturales y/o religiosos conforme a la referenciada Conferencias de 1993, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución No. 44/25, como instrumento internacional protector de derechos humanos también tendría cabida aquí, volviendo a indicar que el Estado tiene la obligación y el compromiso de adoptar, según el numeral 3º del artículo 24: “todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños [como puede ser la mutilación genital femenina]”.¹⁴⁴

¹⁴² CONFERENCIA MUNDIAL de Derechos Humanos [en línea]. (25, junio, 1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration>

¹⁴³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 48/104 [en línea]. (20, diciembre, 1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

¹⁴⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25 [en línea]. (2, septiembre, 1990). Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Finalmente, y no por ello de menor importancia ni con motivo de desconocer otros instrumentos internacionales sobre el tema, cabe agregar la *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*¹⁴⁵, desarrollada en el transcurso del 5 al 13 de septiembre de 1994, en la cual, entre otras cosas, se resaltó el papel de la mujer como capital humano y motor relevante para el adecuado desarrollo de las poblaciones en sociedad.

Así las cosas, cada uno de los anteriores convenios, declaraciones y conferencias internacionales constituyen la denominada cultura jurídica de derechos humanos, una tradición jurídico-política caracterizada por imponer a los Estados una serie de compromisos y obligaciones con fuerza vinculante a favor de la protección de los derechos humanos, en virtud de que están consagradas en instrumentos internacionales de derecho público cuya imperatividad ha sido suscrita y ratificada por los Estados e integrados normativamente a sus bloques de constitucionalidad, así como aceptados por la comunidad internacional.

3. Metodología

En el presente artículo de investigación se utiliza un método analítico-deductivo que implica conocer las características y peculiaridades más importantes de la mutilación genital femenina, indicando a su vez sus causas y consecuencias en el desarrollo de la vida de la mujer o niña, para así examinar críticamente tales prácticas y/o procedimientos ancestrales a luz de la normatividad jurídica internacional garantista de los derechos humanos de la mujer o niña, lo que implica que, una vez delimitado el supuesto fáctico (mutilación genital femenina), se intente subsumir al supuesto normativo (conjunto de convenios, declaraciones y conferencias internacionales sobre derechos humanos de la mujer o niña). *A contrario sensu*, sin una breve conceptualización de la mutilación genital femenina, entonces resulta imposible poder aplicar a la misma alguna conclusión general extraída de los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos de la mujer o niña.

¹⁴⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. [en línea]. New York: [s.n.], 1995. 194 p. Informe de la ONU. Disponible en Internet: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

Ahora bien, como nadie debe ignorar, en la utilización del método analítico-deductivo se hace patente, primero, una robusta recolección de información tanto fáctica como normativa, segundo, la realización de una labor hermenéutica consistente en la interpretación de la realidad social-fáctica como de los textos jurídico-normativos.

4. Resultados

No existe en la normatividad jurídica internacional disposición alguna que habilite la mutilación genital femenina. Más aún, tales prácticas y/o procedimientos ancestrales encuentran en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de las mujeres o niñas, previamente referenciados, una voluntad o expresión de rechazo y condena, toda vez que, primero, denigran la autonomía, libertad y dignidad de la mujer; segundo, ponen en riesgo su salud; tercero, cuando están involucradas niñas en tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, no solo se vulneran los anteriores derechos humanos, sino también su interés superior como sujetos de especial protección jurídica y social.

Además, según la Organización Mundial de la Salud¹⁴⁶ el rechazo y condena se refuerza de manera unánime al conocer que la mutilación genital femenina no tiene ni cuenta con base empírica o experiencial alguna que, a través de estudios, experimentos y observaciones científicas, las corrobore. Por ende, según Hernández y Rojas¹⁴⁷, lo que sí indican los estudios, experimentos y observaciones científicas es que tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, realizados en condiciones infrahumanas por personas no aptas (parteras o abuelas) en tales tratamientos y con utilización de técnicas ancestrales que van en contravía de cualquier avance científico al respecto, no tienen ni proporcionan un beneficio alguno a favor de las mujeres y niñas, únicamente provee perjuicios y daños en su contra con los que deberá lidiar en toda su

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mutilación genital femenina. World Health Organization (WHO) [página web]. (2020). Disponible en Internet: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ-QUIRAMA, Andrea y ROJAS BETANCUR, Hector Mauricio. Mutilación genital femenina: un riesgo incrementado por la indiferencia social. *En*: Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud [en línea]. 11, abril, 2019. vol. 51, no. 2, p. 170-174. Disponible en Internet: <https://doi.org/10.18273/revsal.v51n2-2019008>. ISSN 2145-8464.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

vida, afectado gravemente procesos biológicos esenciales para su existencia como, por ejemplo, tener relaciones sexuales con otras personas o quedar embarazada (inclusive, en el caso de poder estarlo, poder experimentar sin complicaciones el acto de parir o expulsar la criatura que se lleva en el vientre), de igual manera desarrollar procesos psicológicos que le permitan tener una vida plena, libre de traumas, estrés, miedos, ansiedad, entre otras. Justa razón le asiste a la Organización Panamericana de la Salud cuando dice: “resulta imprescindible acotar que [...] la mutilación genital femenina no aporta ningún beneficio para la salud, este procedimiento interfiere con las funciones naturales del organismo de las niñas y las mujeres”.¹⁴⁸

También, la cultura jurídica de los derechos humanos es clara en manifestar que la mutilación genital femenina conlleva en sí misma una fuerte, injusta y violenta discriminación injustificada en términos racionales contra la mujer o niña, fundada en prejuicios religiosos y/o culturales que no deben tener cabida en las sociedades civiles, puesto que implica, además, una vulneración al principio de igualdad de sexos entre hombres y mujeres, lo que a su vez conlleva la imposibilidad de participación de las mujeres o niñas en similares condiciones sociales, sexuales y políticas que los hombres o niños en la respectiva comunidad étnica.

Finalmente, de la normatividad jurídica internacional es posible colegir que supeditar el desconocimiento o vulneración de los derechos humanos de las mujeres o niñas en razón de la conservación o preservación de las tradiciones culturales y/o religiosas de una comunidad étnica constituye un falso dilema, toda vez que no admite terceras opciones o alternativas que permitan de una manera adecuada e idónea, por un lado, preservar o conservar la tradición y existencia de la comunidad étnica, y, por otro lado, garantizar y proteger la dignidad, libertad y salud de la mujer, y, además en el caso de las niñas, el interés superior como sujetos de especial protección jurídica y social.

¹⁴⁸ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Mutilación genital femenina. Washington, DC: [s.n.], 2013. 3 p. Informe de la OPS.

Este falso dilema, reiteradamente justificado en la defensa del relativismo cultural histórico de las comunidades étnicas respecto de la tradición occidental, se suele plantear en los siguientes términos: o se aceptan las tradiciones culturales y/o religiosas de la comunidad étnica desconociendo y vulnerando derechos humanos de mujeres o niñas, o, por el contrario, se garantizan y protegen los derechos humanos de mujeres y niñas a costa de la desaparición de las tradiciones culturales y/o religiosas de la comunidad étnica. En cualquier caso, las dos alternativas no solo son desalentadoras, sino insostenibles bajo la cultura jurídica de los derechos humanos, bien sea porque las mujeres o niñas son despojadas de una decisión que, si bien pueden estar alineada a los intereses culturales y/o religiosos de su comunidad étnica, no es menos cierto que pueden no corresponder con sus deseos personales como mujer o niña.

5. Conclusiones

La cultura jurídica de los derechos humanos que irradian los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, en especial, los de las mujeres o niñas, permiten comprender críticamente que la voluntad y el deseo personal de la mujer no deben, por un lado, supeditarse a la tradición colectiva de la comunidad étnica, menos aun cuando son violatorias de derechos humanos. Si bien la cultura jurídica de los derechos humanos, propia de la normatividad jurídica internacional, establece un amplio radio de acción para la garantía y el reconocimiento de las tradiciones colectivas fundadas en convicciones culturales y religiosas, no es menos cierto que la afectación grave a los derechos humanos de terceros, como son los de las mujeres o niñas, constituye su límite más definido. Tratar de adaptarse y aclimatarse al conjunto de prácticas y/o procedimientos ancestrales que configuran la idiosincrasia de una comunidad étnica puede resultar loable, salvo cuando tales prácticas y/o procedimientos ancestrales resultan tan aberrantes y lesivas para la dignidad, libertad y salud de la mujer, e inclusive, del interés superior de la niña, como bien sucede con el caso de la mutilación genital femenina.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Todos los instrumentos internacionales multicitados en el presente artículo de investigación son lo suficientemente claros: el Estado no debe tolerar bajo ninguna forma ni circunstancia los actos de discriminación y violencia contra la mujer o niña. No solo él, sino todas las autoridades públicas y las instituciones políticas que lo conforman deben abstenerse de cometer prácticas y/o procedimientos que denigren a la mujer o niña, como parte de una serie de compromisos y obligaciones supranacionales, así como también deben adoptar medidas eficaces y apropiadas para que los particulares (organizaciones, empresas, etc.) tampoco incurran en similares prácticas y/o procedimientos.

Precisamente, las obligaciones y compromisos en pro de la mujer o niña se entienden dentro del marco de fortalecimiento y reivindicación de la equidad e igualdad entre sexos. Relacionado con el tema del presente artículo de investigación, es posible sostener que nadie, excepto las féminas, deben decidir y controlar lo que consideren adecuado e idóneo para el desarrollo de sus vidas, más aún cuando lo que está en juego son decisiones trascendentales vinculadas, por ejemplo, con su fecundidad y sexualidad. Ninguna motivación de orden religioso ni cultural, fundamentada en la conformidad con un relativismo cultural histórico, puede mantener a la mujer o niña en un estado de subordinación y servilismo, ni privarla de la toma de decisiones importantes que solo a ella, más que otros, afectará, como ocurre con la mutilación genital femenina que obliga a la mujer o niña a renunciar a sus derechos humanos a la dignidad humana, a la salud, al interés superior, e inclusive, aquellos relacionados con las relaciones sexuales y reproductivas. Por consiguiente, y ante la pregunta sobre si es posible seguir aduciendo razones culturales y/o religiosas para seguir reafirmando prácticas y/o procedimientos ancestrales violatorios de derechos humanos de mujeres y niñas, la cultura jurídica de los derechos humanos responde negativamente.

Debido a que las prácticas y/o procedimientos ancestrales relacionados con la mutilación genital femenina son de difícil tratamiento por la tensión que suelen presentar con la tradición colectiva de la comunidad étnica, en las que priman sus convicciones culturales y/o religiosas

por encima del respeto y defensa de garantía de derechos humanos de mujeres o niñas, las obligaciones y compromisos del Estado deben consistir, en primera medida, en el afianzamiento de una pedagogía y veeduría con las comunidades étnicas, a través de un diálogo abierto, gradual y progresivo, que les permita comprender a futuro a las comunidades étnicas que tales prácticas y/o procedimiento ancestrales no logran ninguno de los cometidos por ellos trazados. En primera medida, porque no evita o disminuye los dolores de parto (o expulsión de la criatura humana que se lleva en el vientre) de la mujer o niña, por el contrario, tiende a agravarlos. En segunda medida, porque no evita o disminuye su deseo de placer sexual, caso contrario, lo elimina de tajo, a raja tabla, lo que puede conllevar a futuro en problema psicológicos irreparables, como son los traumas, el estrés, los miedos, la ansiedad, entre otras; asuntos que, a su vez, impedirán el pleno desarrollo de la vida femenina.

Como las tradiciones culturales y/o religiosas suelen tener mucho arraigo en las comunidades étnicas que las realizan, como es el caso de la mutilación genital femenina en algunos países de África, Oriente Medio y Asia, las obligaciones y compromisos del Estado también deben consistir en plantearles la aceptación de cierta medicalización más óptima e idónea, brindada por el Estado, frente a las mujeres o niñas objeto de tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, a fin de que los mismos no sean tan dolores y traumáticos. Este acercamiento, que se materializaría en la participación de profesionales médicos y terapéuticos poseedores de conocimientos científicos sobre la anatomía fémina en la mutilación genital femenina, si bien no es definitivo, porque lo que se persigue a la final es su eliminación total y completa, no es menos cierto que puede propiciar el establecimiento de cierta confianza de la comunidad étnica hacia el Estado para, a futuro, consentir con él en su propuesta de suprimir de manera absoluta tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, en razón de su vulneración lesiva y grave a los derechos humanos de las mujeres y niñas.

De esta manera, en parte, el proceder del Estado para cumplir con las obligaciones y compromisos internacionales no debe ser otro que el trabajo colaborativo de concientización

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

con las comunidades étnicas sobre las causas y consecuencias de tales prácticas y/o procedimientos ancestrales, como ya recomendada la Organización Panamericana de la Salud, a fin de que las comunidades étnicas donde la mutilación genital femenina esté fuertemente arraigada, vayan gradual y progresivamente modificando sus convicciones culturales y/o prejuicios religiosos para que las mujeres y niñas puedan vivir su vida sin obstáculos injustificados e irracionales que solo entorpecen su pleno desarrollo y, por el contrario, puedan gozar del más amplio bienestar social que solo una cultura jurídica de los derechos humanos puede ofrecer.

6. Referencias bibliográficas

AMNISTIA INTERNACIONAL. La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. España: Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 1998.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 48/104 [en línea]. (20, diciembre, 1993). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 44/25 [en línea]. (2, septiembre, 1990). Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 36/55 [en línea]. (25, noviembre, 1981). Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 34/180 [en línea]. (3, septiembre, 1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en Internet: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS [en línea]. (25, junio, 1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en Internet: <https://www.ohchr.org/es/about-us/history/vienna-declaration>.

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern - UNICEF DATA. UNICEF DATA [página web]. (2016). Disponible en Internet: <https://data.unicef.org/resources/female-genital-mutilationcutting-global-concern/>.

GALLEGO, MA y LÓPEZ, MI. Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal. En: Cuadernos de Medicina Forense. 2010. vol. 16, no. 3, p. 1. ISSN 1135-7606.

HERNÁNDEZ-QUIRAMA, Andrea y ROJAS BETANCUR, Héctor Mauricio. Mutilación genital femenina: un riesgo incrementado por la indiferencia social. En: Revista de la Universidad Industrial de Santander. Salud [en línea]. 11, abril, 2019. vol. 51, no. 2, p. 170-174. Disponible en Internet: <https://doi.org/10.18273/revsal.v51n2-2019008>. ISSN 2145-8464.

KLEIN, Elliot, *et al.* Female Genital Mutilation: Health Consequences and Complications—A Short Literature Review. En: Obstetrics and Gynecology International [en línea]. 10, julio, 2018. vol. 2018, p. 1-7. Disponible en Internet: <https://doi.org/10.1155/2018/7365715>. ISSN 1687-9597.

MARCHAL ESCALONA, Nuria. Mutilación genital femenina y violencia de género. En: Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía (Andalucía, España). [s.l.]: F. J. García Castaño y N. Kressova. (Coords.), 2011. p. 2179-2190. ISBN 78-84-921390-3-3.

LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA A LA LUZ DE LA CULTURA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

NACIONES UNIDAS. Conscientious objection to military service. New York, NY: Amnesty International, National Office, 1988.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. [en línea]. New York: [s.n.], 1995. 194 p. Informe de la ONU. Disponible en Internet: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mutilación genital femenina. World Health Organization (WHO) [página web]. (2020). Disponible en Internet: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Mutilación genital femenina. Washington, DC: [s.n.], 2014. 12 p. Informe de la OPS.

PABÓN ARRIETA, Juan Antonio y TORRES ARGÜELLES, Alfredo. La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia. En: ADVOCATUS [en línea]. 1, julio, 2016. vol. 14, no. 27, p. 135. Disponible en Internet: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.27.931>. ISSN 2390-0202.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado. En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. 2008. no. 17, p. 2. ISSN 1138-9877.

GARANTISMO Y MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Pablo Sánchez Jiménez¹⁴⁹

Sumario: 1. Garantismo y Mecanismos Constitucionales de Protección de Derechos Humanos. 2. Mecanismos Constitucionales de protección de los Derechos humanos. 2.1. Acción de tutela. 2.2. Derecho de petición. 2.3. Habeas Corpus. 2.4. Habeas Data. 2.5. Acción de cumplimiento. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía

Resumen: El presente trabajo busca exponer la relevancia que representa el cumplimiento de las garantías en los mecanismos constitucionales en post de la defensa de los derechos humanos, y a su vez desglosar aquellos mecanismos que permiten la protección de los derechos en el Estado colombiano. Adicionalmente a ello se manifiesta la relevancia y perfecta aplicación de estos mecanismos gracias a los aportes valiosos de la constitución política de 1991.

Palabras claves: Mecanismos constitucionales, Derechos humanos, Constitución política, ESTADO COLOMBIANO.

¹⁴⁹ Estudiante de Quinto (5°) año de Derecho calendario A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Juanp-sanchezj@unilibre.edu.co

GUARANTEE AND CONSTITUTIONAL MECHANISMS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary: This work seeks to expose the relevance of compliance with the guarantees in the constitutional mechanisms in the post of the defense of human rights, and in turn to break down those mechanisms that allow the protection of rights in the Colombian State. In addition to this, the relevance and perfect application of these mechanisms is manifested thanks to the valuable contributions of the Political Constitution of 1991.

Keywords: Constitutional mechanisms, human rights, Political Constitution, Colombian State.

1. Introducción

A partir de la llegada de la Constitución Política de 1991 se gestó con mayor profundidad un fenómeno jurídico denominado por los constitucionalistas como «Derecho Procesal Constitucional». La constitución promovida por Rafael Núñez en 1886 solo contenía el habeas corpus (art 23) y un control de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia, pero únicamente si el presidente de la República objetaba un proyecto de ley con este motivo (Quinche Ramirez, 2015), esto conlleva al tránsito de una constitución declarativa a una con carácter contencioso, en pocas palabras, un carta política que no solo enuncia los derechos de los ciudadanos sino que establece instrumentos para hacerlos efectivos.

Bajo este enunciado, el Derecho Constitucional cambia el paradigma de ser sustantivo y político, a un rol antropocéntrico, con énfasis en los individuos que conforman el Estado, quienes pueden impulsar acciones previstas en el texto jurídico para hacer efectivos sus derechos, asimismo, se constitucionalizan los procedimientos de estas acciones, con ello emerge la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, esto no es lo

mismo que constitucionalizar el procedimiento, que no es más que establecer las garantías y principios que deben estructurarse a través de los procedimientos de las distintas jurisdicciones por medio de una constitución de manera sustancial y no procesal (Quinche Ramirez, 2015), además, el estudio del Derecho Constitucional, asume los nuevos casos que surgen a través de estos mecanismos de protección.

Este escrito estará estructurado en dos bloques: (i) se realizará una conceptualización del garantismo constitucional y su relación con los mecanismos de protección de los Derechos Humanos, (ii) se explicarán brevemente, de conformidad con el marco constitucional y legal estos mecanismos, que para efectos de este trabajo serán la acción de tutela, derecho de petición, Habeas Corpus, Habeas Data, acción de cumplimiento, acción de popular y de grupo.

2. Garantismo y Mecanismos Constitucionales de Protección de Derechos Humanos

Entendemos la concepción de «Garantía» como: «una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo» (Ferrajoli, 2013, p. 56), anteriormente, las garantías se instituían en instrumentos jurídicos asociados al derecho privado, construidos con base al derecho romano para el eficaz cumplimiento de las obligaciones, lo denominado como «garantías reales» y «garantías personales»; de esta manera, la cobertura del término al campo de los derechos fundamentales fue un nuevo fenómeno jurídico.

Ahora bien, hay una diferencia que esclarece el uso de la acepción «garantía» como instrumento protector de los derechos fundamentales, nótese que no hemos aludido a derechos constitucionales, esencialmente, porque pueden existir derechos constitucionales que no llegan al punto de derechos fundamentales, pueden ser derechos humanos que llegan al ordenamiento jurídico interno pero que no tienen la garantía reforzada como medio para la eficacia de ese derecho subjetivo, esto nos lleva a deducir, que los derechos fundamentales son derechos humanos que (i) han sido constitucionalizados, y (ii) tienen un instrumento jurídico de protección y eficacia especial denominado «garantía», notamos que este último mecanismo es la base de diferencia entre estos dos (Uprimny, 1996).

Se alude en este sentido a garantías constitucionales «para referirse a la tutela reforzada de los derechos resultante de su estipulación en una constitución rígida» (Ferrajoli, 2013, p. 57), una constitución rígida, es «aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto» (Naranjo Mesa, 2006, p. 340), en el caso colombiano, observamos que nuestra Constitución del 91 tiene una característica rígida, específicamente del artículo 374 a 380. Aunado lo anterior, en el antiguo Estado legislativo de Derecho (E.L.D) donde las constituciones eran flexibles como las cartas políticas francesas de 1814 y 1830, la Constitución italiana de 1848 y la rusa de 1918, la garantía de los derechos fundamentales estaba a merced de la política legislativa, que en todo caso era legítima bajo el amparo de ese ordenamiento jurídico.

La cesación del E.L.D, es fruto de lo que denominamos Estado de Derecho, evidentemente, existía una legitimidad del órgano productor de leyes en el estado anterior por lo que los ataques a este devenían desde un aspecto ético de la justicia y no en la legalidad, con el E.D se afirman las constituciones rígidas y las subordinación de las leyes y el poder público a la Carta política, de manera que estas debían ir en consonancia con los preceptos constitucionales con el riesgo latente de que en caso de no ser así, sean fácilmente expulsadas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, aquella concepción del E.D donde solamente los poderes estatales requieren límites y vínculos, es contraria a la teoría garantista, en cuanto es una teoría de límites y vínculos a los poderes del mercado, en el plano privado (Alteiro , 2021).

Los principios y derechos fundamentales plasmados en la Carta Magna entraban a la «esfera de lo indecible», en la que ninguna mayoría podía decidir: «de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales» (Ferrajoli, 2013, p. 62), otro rasgo es la concepción del los derechos fundamentales como la ley del más débil y la legitimidad del control judicial de la ley; cambia eventualmente la concepción formal de democracia bajo argumentos empíricos, es decir, la imposibilidad del poder absoluto de la masa poblacional, debido a que no admite poder que no esté sometido a la ley y que no existe poder absoluto

en un Estado constitucional de Derecho, por otro lado, el vínculo de la democracia política y los derechos fundamentales, en cuanto a límites irrestrictos a la voluntad de manera absoluta, además, de lo equívoco de la percepción teórica de una democracia formal que sea consecuente con ella misma, el límite sustancial a los contenidos de lo emanado legítimamente por el Estado es un efecto necesario para la durabilidad de una democracia, es evidente que bajo parámetros democráticos de acción se puede anular los fundamentos democráticos (Ferrajoli, 2016).

Por lo cual, el concepto que tomaremos de garantismo es el dado por Luigi Ferrajoli en su encuentro con Roberto Gargarella, y recopilado por la Suprema Corte de Justicia de México: «el garantismo es un modelo de derecho fundado en la subordinación de todos los poderes –públicos y privados– y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones» (Alteiro , 2021, p. 14).

En definitiva, el garantismo es la base teórica de los instrumentos de protección de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones internas de los Estados, que su vez poseen una garantía reforzada para su eficacia, que activa todo el entramado propio del Derecho Procesal Constitucional, con el fin del cumplimiento del Estado Social de Derecho.

3. Mecanismos Constitucionales de protección de los Derechos humanos

3.1. Acción de tutela

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política del 1991, establece:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento,

podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Const., 1991,art. 86)

La definición más acertada para este mecanismo es:

La acción de tutela es en sentido estricto un derecho subjetivo público de la persona o individuo, del cual emana la acción procesal de rango constitucional de tutela y el proceso judicial correspondiente, que tiene por objeto proteger los derechos constitucionales fundamentales de la persona, ante un agravio o amenaza de agravio por un acto u omisión de una autoridad pública (administrativa o jurisdiccional), o de un particular (Patiño Beltran , 2010, p. 9)

Las características principales de la acción de tutela que podemos abstraer del Decreto 2591 de 1991 y de la doctrina, son: (i) es realizadora del derecho sobre el acceso a la administración de justicia establecido en el artículo 229 de la C.P, (ii) es una acción que trasciende el formalismo jurídico a la realidad, (iii) el juez de tutela al desplegar un rol de protector directo de los derechos fundamentales se convierte en un juez poderoso, (iv) de conformidad con los principios establecido en el artículo 3 del Decreto 2591, existe una inversión de las reglas usuales de procedimiento, debido a la celeridad que se le debe dar al objeto de la tutela, (v) es una acción informal no requiere formalismos, (Quinche Ramirez, 2015), agregamos, (vi) no caduca en virtud de la Sentencia C-543 de 2012, (vii) se puede interponer en todo momento y en cualquier lugar del país, los colombianos residentes en el exterior lo harán por medio del Defensor del pueblo (art 51), (viii) no es oficiosa (ix) procede contra actos u omisiones de particulares en virtud de los artículos 42 a 45 del Decreto 2591; y se podrían mencionar más pero debido a las exigencias del trabajo éstas son las destacables.

3.2. Derecho de Petición

El derecho de petición tiene su consagración constitucional en el artículo 23 que establece: «Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador

podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales» (Const., 1991, art. 23), es un derecho fundamental que comprende:

- (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas (Sentencia T-077, 2018, p. 9).

Ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria 1755 de 2015 que sustituyó lo establecido en la ley 1437 de 2011, declarada inconstitucional mediante Sentencia C-818 de 2011, cabe destacar que es completamente gratuito, puede ser protegido por acción de tutela en determinados casos, y quienes pueden asesorar en la presentación de peticiones son: la Defensoría del pueblo, la Procuraduría General de la Nación, las personerías distritales y municipales, y los consultorios jurídicos de las universidades, los terminos para responder dependiendo la modalidad petición son:

MODALIDADES DE PETICIÓN	TERMINO PARA RESOLVER
INTERES PARTICULAR O GENERAL	15 días hábiles
RECLAMOS	15 días hábiles
CONSULTAS	15 días hábiles
DENUNCIAS O SUGERENCIAS	15 días hábiles
SOLICITUD DE DOCUMENTOS O COPIAS	10 días hábiles
PETICIÓN ENTRE ENTIDADES	10 días hábiles
SOLICITUD DE INFORMACIÓN PÚBLICA	10 días hábiles
CONSULTA	30 días hábiles

3.3. Habeas Corpus

El habeas corpus, esta instituido constitucionalmente de la siguiente forma:

Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por si o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas (Const., 1991, art. 30)

Este mecanismo de protección a la vida, libertad de las personas e integridad personal, fue regulado por normas ordinarias que tuvo su primera luz a través del Decreto 1358 de 1964 hasta la Ley 600 de 2000, los artículos de esta disposición normativa fueron declarados inexecutable en virtud de la sentencia C-620 de 2001, debido a que, al ser un derecho de naturaleza fundamental debía estar regulado mediante una Ley Estatutaria que comprende de un trámite distinto y que atiende a la naturaleza de esos derechos (art. 153). De esta manera obtenemos La Ley 1095 de 2006 que regula lo concerniente al habeas corpus (Londoño Lopez, 2019). La Corte Constitucional expresó:

El hábeas corpus es el medio por excelencia para su protección, y así se venía considerando tradicionalmente por la legislación y la jurisprudencia, la naturaleza *ius fundamental* del derecho que se reglamenta con el proyecto de ley que se examina, pone en evidencia que el hábeas corpus es una garantía fundamental no solo del derecho a libertad, sino que igualmente lo es de otros derechos fundamentales de la persona privada de la libertad como los de la vida y la integridad personal (Sentencia C- 187, 2006, p. 46)

La mencionada sentencia, expresó que el habeas corpus en su modalidad correctiva, es decir, como mecanismo para evitar y finalizar las situaciones que se observen como amenazas graves contra los derechos fundamentales de los individuos, como la vida, integridad personal, libertad, no ser desaparecido, etc. Concluyó que se trata de un derecho fundamental y una acción constitucional, tal y como lo prevee la Constitución (Sentencia

C- 187, 2006). De esta manera, las características generales del habeas corpus: (i) son competentes para resolver la solicitud todos los jueces y tribunales de la administración de justicia, al menos que se declare impedido (art.2), (ii) debe ser resuelto en un término de 36 horas, (iii) puede ser invocadas por terceros, asimismo, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, (iv) se puede presentar en cualquier tiempo, mientras la violación persista, (v) la providencia que niegue la solicitud es susceptible de impugnación.

3.4 Habeas Data

El Habeas Data es un mecanismo de carácter constitucional que tiene la finalidad de proteger la seguridad y veracidad de los datos e información personal aportados a las entidades financieras u otras que los compilan, esencialmente, es una garantía sobre la manipulación adecuada y respetuosa de la información de las personas (Flórez Ruiz, 2011), y está consagrado en el artículo 15 Constitucional, que establece:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (Const., 1991, art. 15)

Con fundamento a lo anterior se expidió la Ley Estatutaria 1851 de 2012 que creó el Registro Nacional de Base de Datos, además, estableció que las disposiciones contenidas son «aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada» (Ley 1851, 2012,

art. 2), error cometido por la antigua Ley 1266 de 2008, debido a que su «implementación no fue la adecuada frente a todo lo que se refiere al manejo y protección de datos personales habida cuenta que aun existían grandes vacíos que permitían que los problemas por la falta de reglamentación aumentaran» (Pérez Fernández, 2016, p. 8), asimismo, la Corte Constitucional condicionó dicha ley y propició la expedición del Decreto 1377 de 2013 que reglamentó parcialmente dicha Ley Estatutaria.

3.5. Acción de Cumplimiento

La acción de cumplimiento está consagrada constitucionalmente de la siguiente manera: «toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido» (Const., 1991, art. 87).

Su desarrollo legal está en la Ley 393 de 1997, según esta, el objeto del mecanismo es que toda persona acuda ante la autoridad judicial para exigir el cumplimiento de las normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos (Ley 393 , 1997), asimismo, el eje de la acción reside en la orden que emana del juez hacia la autoridad en cuestión, para lograr el cumplimiento del deber que se omitió, en otras palabras, no es el deber de carácter general de cumplir la ley, es el deber de un mandato específico y determinado (Quinche Ramirez, 2015), puede interponerse frente a particulares que ejerzan función pública en cumplimiento de estas (Art. 6) y contra autoridades públicas (Art. 5). No tiene termino de caducidad, y el plazo para el cumplimiento de lo resuelto no puede exceder los 10 días hábiles, que se cuentan a partir de la ejecutoria del fallo.

3.6. Acción popular y de grupo

La acción popular y de grupo, están constituidas en el mismo marco constitucional artículo 88 de la C.P, al igual que los artículos 78 a 82 correspondientes a los Derechos colectivos y de medio ambiente, la acción popular se deriva del primer inciso del artículo 88, mientras que la acción de grupo se establece en el segundo inciso de la misma norma constitucional, establece la Carta Política del 91:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares (Const., 1991, art. 88)

La mejor manera para desarrollar estos dos mecanismos es a partir de sus diferencias y semejanzas, por lo cual hemos planteado un cuadro comparativo para explicar las dos:

Aspectos	Acción Popular	Acción de grupo
Marco legal	Ley 472 de 1998 y ley 1425 de 2010	Ley 472 de 1998 y ley 1425 de 2010
Definición	«Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible» (Ley 472 , 1998, art. 2)	«Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas» (Ley 472 , 1998, art. 3)
Finalidad	Preventivo	Reparador
Intereses protegidos	Derechos e intereses colectivos	Derechos e intereses individuales y colectivos

GARANTISMO Y MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Titular de la acción	Persona natural o jurídica, organizaciones no gubernamentales, populares, civiles, entidades públicas con función de control, intervención y vigilancia, las demás previstas en el artículo 12.	«Podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47» (Ley 472, 1998, art. 48) y las demás previstas en el artículo 48.
Caducidad	No tiene caducidad.	2 años.
Número de personas	No exige un número determinado.	Requiere mínimo 20 personas en la parte activa.
Ejercicio de la acción	Los accionantes pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre.	Necesidad de un abogado.

4. Conclusiones

La teoría garantista es la base de los mecanismos de protección constitucional de los derechos humanos, estos se caracterizan por su garantía reforzada y su constitucionalización. La superación de la omnipotencia legislativa característica del E.L.D fue desplazada por la subordinación de todos los poderes -tanto públicos como privados- en una Constitución, donde se establece una esfera de lo indecible, las garantías constitucionales y los derechos fundamentales, junto al control judicial de la Ley son los puntos clave del garantismo.

El Derecho Constitucional sufre un cambio de paradigma con estas acciones, una evolución que comprende de un carácter sustantivo a uno contencioso, una visión antropocéntrica alejada de la visión política, el Derecho procesal Constitucional comienza a erigirse sobre el núcleo de la efectivización de los derechos y procesos que fundamentan la Constitución, los mecanismos aquí explicados brevemente, son instrumentos que tienen la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la población, así como acercarlos a la administración de justicia, un derecho que no es objeto de debate judicial es una mera declaración.

5. Bibliografía

- Alteiro , A. M. (2021). El garantismo de Luigi Ferrajoli y el deliberativismo de Roberto Gargarella: dos aproximaciones para el constitucionalismo de los derechos . En S. C. Mexico, *Catedra de Derechos Humanos: reflexiones contemporaneas sobre la persona y su sociedad* (págs. 17-35). Mexico.
- Constitucion Politica de Colombia [Const.]. (1991). *Articilo 86 [Titulo ii]*. Gaceta constitucional No. 127 del 10 de octubre de 1991.
- Ferrajoli, L. (2013). *Democracia y garantismo*. . Madrid, España: Editorial Trotta, S.A.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos Fundamentales, Democracia fundamental y garantismo*. . Bogota: Universidad Libre.
- Flórez Ruiz, R. (2011). *La protección de la intimidad económica con relación al dato financiero en la jurisprudencia constitucional colombiana [1992-2008]*. Bogotá: Unaula.
- Ley 1851. (18 de Octubre de 2012). Diario Oficial No. 48.587 . Colombia , Colombia.
- Ley 472 . (6 de Agosto de 1998). Diario Oficial No. 43.357. Colombia, Colombia.
- Londoño Lopez, D. M. (2019). El hábeas corpus como garantía constitucional para la protección de derechos fundamentales vulnerados por el hacinamiento carcelario. *Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 14, núm. 2*, 65-88.
- Naranjo Mesa, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones politicas* . Bogota: Temis.
- Patiño Beltran , C. A. (2010). *Acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo*. Bogota: Temis.
- Pérez Fernández, O. E. (2016). *El habeas data en Colombia: su desarrollo y conexidad con los derechos fundamentales*. Bogotá.
- Quinche Ramirez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogota: Temis.

Sentencia C- 187, P.E 025 (Corte Constitucional 15 de Marzo de 2006).

Sentencia T-077, T-6.416.527 (Corte Constitucional 2 de Marzo de 2018).

Uprimny, R. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución. *La responsabilidad en Derechos Humanos*, 51-78.