

Estudios constitucionales, procesales y ambientales

Estudios constitucionales, procesales y ambientales

Autores

Alejandra Paris Corrales
Merly Patricia Forero Tejada
Andrés Felipe Torres Hurtado
David Ernesto Díaz Navarro
Julián Esteban Pantoja Perenguez
Angie Tatiana Buitrago Ardila
María Fernanda Quintero Rubio
Jorge Arley Villamil Burgos

Claudia Martínez Londoño
Álvaro Camargo Solano

Editores



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Estudios constitucionales, procesales y ambientales / Alejandra Paris Corrales, Merly Patricia Forero Tejada...[y otros seis] ; compiladores Claudia Martínez Londoño y Álvaro Camargo Solano. –1a ed. – Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2024
180 páginas

ISBN: 978-958-5179-40-0
E-ISBN: 978-958-5179-41-7

1. Derecho constitucional -- Colombia 2. Justicia transicional -- Colombia 3. Derecho procesal 4. Justicia y paz
5. Derecho ambiental I. Universidad La Gran Colombia.
346 SCDD 15 ed.
STST-Biblioteca Universidad La Gran Colombia

.....
Estudios constitucionales, procesales y ambientales
Primera edición, marzo 2024

ISBN: 978-958-5179-40-0
E-ISBN: 978-958-5179-41-7

© Claudia Martínez Londoño y Álvaro Camargo Solano, editores
© Alejandra Paris Corrales, Merly Patricia Forero Tejada, Andrés Felipe Torres Hurtado, David Ernesto Díaz Navarro, Julián Esteban Pantoja Perenguez, Angie Tatiana Buitrago Ardila, María Fernanda Quintero Rubio, Jorge Arley Villamil Burgos, autores

© Universidad La Gran Colombia,
Editorial Universidad La Gran Colombia
Carrera 5a N.º 12 – 49, bloque H (piso 3)
Bogotá, D. C., Colombia
PBX: 327 69 99, ext.: 1048, 1049, 1050
investigaciones.editorial@ugc.edu.co

Producción

Dirección de Investigaciones
Director: Alejandro Montes Briceño
Coordinación editorial: Deixa Moreno Castro
Corrección de estilo: Héctor Alfonso Gómez
Maquetación y diseño de cubierta: Brayan Estiven Monsalve De Antonio

Impresión:

Ediciones Carrera 7. a S.A.S
Calle 73 n.º 53-37
Teléfono: 2727837
gerentecarrera@hotmail.com

Libro resultado de investigación del Semillero de Investigación Ciro Angarita Barón de la Universidad La Gran Colombia.

Impreso en Colombia • *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito del titular de los derechos patrimoniales. Universidad La Gran Colombia I Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución n.º 47 del 25 de septiembre de 1953.

Tabla de contenido

Perfil de los autores	9
Presentación	13
Justicia transicional y control de convencionalidad	15
<i>Alejandra Paris Corrales</i>	
Responsabilidad internacional del Estado en el caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia	43
<i>Merly Patricia Forero Tejada</i>	
La justicia transicional en el marco de las negociaciones entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP: una simulación de la teoría convencional	57
<i>Andrés Felipe Torres Hurtado</i>	
Fracking: entre la fórmula utilitaria del progreso económico y el deber estatal de conservación de los ecosistemas	71
<i>David Ernesto Díaz Navarro</i>	
Responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a la explotación de minas de Marmato en Caldas	103
<i>Julián Esteban Pantoja Perenguez y Angie Tatiana Buitrago Ardila</i>	
La falta de seguridad alimentaria en Colombia como una de las principales causas de la migración	121
<i>María Fernanda Quintero Rubio</i>	
Justicia constitucional comparada y medio ambiente	145
<i>Jorge Arley Villamil Burgos y Claudia Patricia Martínez Londoño</i>	
¿Implementación de una jurisdicción ambiental? Perspectiva desde el derecho comparado	165
<i>Julián Esteban Pantoja Perenguez y Claudia Patricia Martínez Londoño</i>	

Perfil de los autores

Alejandra Paris Corrales

Abogada, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: Alejandraparis.crr@hotmail.com

Merly Patricia Forero Tejada

Abogada, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: merly.forero@ulagrancolombia.edu.co

Andrés Felipe Torres Hurtado

Abogado, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: felipetorresh@hotmail.com

David Ernesto Díaz Navarro

Estudiante de Derecho, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia.

María Fernanda Quintero Rubio

Estudiante de Derecho, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia.

Julián Esteban Pantoja Perenguez

Abogado, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: itales13@hotmail.com

Angie Tatiana Buitrago Ardila

Abogada, integrante del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: angietb901@hotmail.com

Jorge Arley Villamil Burgos

Magíster en Derecho Administrativo, especialista en Contratación Estatal y abogado. Docente investigador miembro del semillero de investigación “Ciro Angarita Barón”, vinculado al Centro de Investigaciones de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: j_orge_1995@hotmail.com

Claudia Patricia Martínez Londoño

Doctoranda en Derecho Universidad Nacional del Mar del Plata (Argentina), magíster en Derecho Administrativo. Docente titular de Derecho Público e Investigadora de la Universidad La Gran Colombia. Investigadora principal del proyecto: “El medio ambiente: el nuevo sujeto de derecho. El mecanismo efectivo para la protección ambiental”, grupo de investigación: Teoría del Derecho la Justicia y la Política, línea de investigación Derecho Constitucional y Responsabilidad del Estado. Líder del semillero de investigación *Ciro Angarita Barón*. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: claudia.martinez@ugc.edu.co

Álvaro Camargo Solano

Doctor en Educación de la UPEL, magister en Investigación, especialista en Derecho Administrativo. Docente titular de Derecho Público y Laboral e investigador de la Universidad La Gran Colombia. Investigador principal del proyecto “La oralidad, un legado ancestral”, grupo de investiga-

ción: Derecho Constitucional Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad, línea de investigación: Derecho Constitucional y Responsabilidad del Estado. Líder del Semillero Ciro Angarita Barón. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico alvarocamargolaboralista@hotmail.com

Presentación

El presente libro titulado *Estudios constitucionales, procesales y ambientales*, es resultado de un conjunto de trabajos de investigación realizados en el semillero Ciro Angarita Barón de la Universidad la Gran Colombia, debidamente reconocido por la Dirección de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas y vinculados a los grupos de investigación de Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad y Teoría del Derecho, la Justicia y la Política debidamente reconocidos por Minciencias (Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación) y dentro de los proyectos de investigación: “La oralidad, un legado ancestral” y “El medio ambiente: el nuevo sujeto de derecho. El mecanismo efectivo para la protección ambiental”, los cuales son financiados por la Facultad de Derecho de la presente universidad.

El semillero Ciro Angarita Barón fue creado en el 2014 con 8 estudiantes activos e inquietos quienes dieron viva voz de su desarrollo investigativo, hoy el semillero cuenta con más de 25 estudiantes activos, los cuales mediante una metodología de trabajo en grupo han desarrollado proyectos con base en preguntas originadas en el entorno académico. Estas se desarrollan bajo una rigurosidad científica, a fin de resolver las inquietudes planteadas por la comunidad académica.

Los estudiantes semilleristas son la razón de ser de los procesos de investigación, ellos son los verdaderos replicadores del conocimiento que reciben dentro de las aulas de la clase y en sus escuelas de leyes, en el desarrollo no solo de competencias en investigación sino también de valores tan importantes para la sociedad como el respeto, la lealtad, la honradez, la transparencia, entre otras.

Como pilar para el presente trabajo está el respeto por los derechos humanos y por el medio ambiente, temas de gran relevancia dada las problemáticas sociales y ambientales que vive el mundo y a las cuales Colombia no es ajena, de ahí que sea necesario reconstruir temáticas sobre estos temas en miras de proporcionar nuevos enfoques y perspectivas del conocimiento.

Este libro contiene los resultados de una exhaustiva investigación científico-jurídica que establece como objetivo principal ilustrar la necesidad de adoptar medidas en el Derecho ambiental bajo la perspectiva del derecho comparado, el contexto histórico de la Nación, el control de convencionalidad y bajo una orientación encaminada a una eficaz implementación en armonía con el presente ordenamiento jurídico, para garantizar la seguridad jurídica del país.

Una función sustantiva de la universidad es la investigación y, teniendo en cuenta que nuestros estudiantes en su proceso de formación se fortalecen en competencias investigativas, la Facultad ofrece componentes de investigación que coadyuvan en el logro de este objetivo. De igual forma, en el marco de la investigación formativa, la Facultad cuenta con semilleros de investigación que permiten adquirir herramientas en investigación y visibilizar la facultad a través de excelentes ponencias y disertaciones de nuestros estudiantes en eventos nacionales e internacionales, esto para fortalecer la proyección social y como una oportunidad para la construcción colectiva de una Colombia fortalecida en valores.

De tal manera que para nosotros es grato presentar esta nueva compilación a toda la comunidad académica como parte del desarrollo y evolución progresiva de los semilleristas investigadores.

*Claudia Patricia Martínez Londoño
Álvaro Camargo Solano*

Justicia transicional y control de convencionalidad

Alejandra Paris Corrales

Resumen

Esta investigación académica tiene como propósito analizar el escenario de justicia transicional en Colombia y el control de convencionalidad dentro del nuevo Derecho Procesal Constitucional; el Estado colombiano, en comparación con otros países latinoamericanos, no ha tenido estabilidad política, siendo notable como país con falencias democráticas, cobijado de una involución social, económica y política donde se acentúan espacios de injusticia y marginalidad, que estimulan una lucha constante por la adquisición de riquezas y tierras. Entre tanto, se presentan mecanismos de Justicia Transicional como instrumentos que se implementan dentro de las jurisdicciones de los estados en relación con las transgresiones de los Derechos Humanos (DD. HH.) y violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH), con la finalidad de establecer la paz, no con fines de intereses personales, sino de manera constante y sincera. Sin duda alguna, la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del nuevo Derecho Procesal Constitucional que debe ser ejercido dentro del Derecho Constitucional colombiano, por lo que la Corte Constitucional será la encargada de realizar un control concentrado y difuso los jueces de la república.

Palabras clave: control de convencionalidad; control difuso, derecho procesal constitucional, derechos humanos, justicia transicional.

No basta con hablar de paz. Uno debe creer en ella y trabajar para conseguirla.

ELEANOR ROOSEVELT

Introducción

El presente estudio busca analizar los modelos jurídicos que se han establecido en Colombia en el camino hacia una justicia en transición y la aplicación del control de convencionalidad competente para la protección de los Derechos Humanos. El concepto de Justicia transicional se eleva a rango constitucional; Marco Jurídico para la Paz, consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2012. En el artículo 22 de la Constitución Política de 1991 se consagra el Derecho a la paz: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”¹. Al indagar sobre el nuevo Estado constitucional convencionalizado, se debe comprender que el Derecho Procesal Constitucional es “la ciencia que tiene por objeto el estudio sistemático de los principios y las normas jurídicas de carácter procesal y de rango constitucional que regulan los procesos y los procedimientos constitucionales”². El sistema constitucional convencionalizado es facultado para

la revisión por parte de los órganos jurisdiccionales internos de un Estado Parte, el cumplimiento o no de la Convención Americana de Derechos humanos, es decir, si el Estado ha cumplido o no con lo establecido al Pacto de San José de Costa Rica, así como las recomendaciones y de la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de la Convención.³

En vista de que se busca erradicar a gran escala las violaciones e impunidad de los Derechos Humanos, se han construido propuestas para el esclarecimiento de la verdad, reparación integral y actos de no repetición, dentro de la jurisdicción colombiana y mediante mecanismos supranacionales. Definitivamente hay que examinar el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no se encuentra en capacidad total para asumir sus funciones, dada la crisis financiera que atraviesa, razón por la cual resulta imperante formular nociones claras y evidentes de carácter jurídico, con la finalidad de que el acceso a la protección de

¹ República de Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Título II “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”.

² Gil Rendon, Raymundo. El nuevo *derecho procesal constitucional* (Bogotá: VC Editores, 2012).

³ Rojas Barrios, Miguel Ángel. Derecho Procesal Constitucional, garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado (Bogotá: VC Editores 2016), 450.

los Derechos Humanos, mediante la Convención, no se encuentre limitada por los aconteceres económicos y tampoco por los Estados Parte.

Como iniciativa, esto nos lleva a plantear un interrogante, ¿se puede disponer de un esquema procesal constitucional y convencional que permita el acceso directo a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sin necesidad de agotar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?, argumentando que la posibilidad sea existente, sería la aplicación de control convencional, examinado a los parámetros de la justicia transicional en atención si es legitimada por la población. Dado que los retos de la justicia se deben desarrollar a través de la pedagogía, políticas públicas que deben provenir de la gente y planes de desarrollo.

Naturaleza jurídica de control convencional y justicia transicional

Definición de control convencional

El doctor Manuel Quinche Ramírez denota que el control de convencionalidad viene a figurarse como una “institución propia del Sistema Interamericano de protección de los Derechos humanos, optando con sujeción al conjunto de precedentes articulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con la necesaria consumación de realizar efectivas la vigencia, garantía y promoción de los derechos humanos en la región”⁴ Al mismo tiempo, esa tendencia de desarrollo de convencionalidad se estableció en el “orden normativo interno dimensionado para el desarrollo, mediante los jueces nacionales, en su definición expresa conceptual que se detallará en la sentencia caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile septiembre 26 de 2006, cuyo contenido ha sido reiterado en otras decisiones”⁵.

En el citado caso Trabajadores cesados del congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú de 2006, la Corte Interamericana pronunció que cuando un “Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana,

⁴ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “El Control de Convencionalidad y el sistema colombiano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n.º 12 (2009): 163-190.

⁵ Brewer –Caráis, Allan R. y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 57.

los jueces están sometidos a ella, consecuente de generar una obligación protectora por el efecto útil de la convención, para que no sea violentado o anulado por la aplicación de las leyes opuestas a sus disposiciones” agregando que en estos casos “los órganos del Poder Judicial tienen que cumplir no sólo un control constitucional, a su vez una convencionalidad *ex officio*, mediante las normas internas y la Convención Americana, ciertamente en el marco de sus pertinentes competencias y regulaciones procesales”⁶. En síntesis, se necesita la protección instantánea de los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana de los Derechos Humanos, ya que son el epicentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando los Estados Parte han vulnerado el Pacto de San José.

Definición justicia transicional

La justicia transicional, para Angelika Rettberg, se contempla como necesidad para la construcción de la paz, por ello la define como “un tipo de arreglos judiciales y extrajudiciales que facilitan y permiten la transición de un régimen autoritario a una democracia o de una situación de guerra a una de paz”⁷. La justicia transicional vendrá a ser de los mecanismos establecidos dentro del contexto colombiano para combatir las violaciones constantes de los Derechos Humanos, con la finalidad de evitar que los sucesos de violencia generalizada se reiteren.

De acuerdo con, Rutti G. Teitel, será la “concepción de Justicia asociada con periodos de cambio político, caracterizado por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”⁸ siendo

procesos que elaboran cambios oportunos de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático o en otra medida por la terminación de una guerra interna armada y la consecución de la paz. Los procesos de justicia transicional confrontan

⁶ Ver la nota 5.

⁷ Rettberg, Angelika. *Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional. Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (Bogotá: Uniandes, Internacional Development Research Centre, 2005), 1.

⁸ Rutti Teitel. “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal* 16, (2003): 69-94.

significativos dilemas, fundados todos en la compleja obligación de neutralizar los objetivos contrapuestos de justicia y paz.⁹

Pronunciándose así, el Centro Internacional para la Justicia Internacional (ICTJ) informa que

la justicia transicional abarca los diversos enfoques que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, una vez comienzan su transición desde un periodo opresión de conflictos violentos hacia una etapa de paz, democracia, de predominio del Estado de Derecho y del respecto de los derechos individuales y colectivos.¹⁰

De otro lado, cuando Lefranc Sandrine señala que la Justicia transicional

Designa políticas que han sido direccionadas, mediante gobiernos de democracias inauguradas poco antes, generando implícitamente una exclusión de las organizaciones de la sociedad civil o los jueces cuando proceden de manera autodeterminante y distinto de los gobiernos, pero lograría insertar una organización internacional reemplazando un gobierno; y, cuyo camino elemental no es la justicia penal, o diversas maneras de castigo como aproximación restricto a los empleados públicos, con respecto, sino los procesos que encauzan la “verdad” histórica y las reparaciones la mezcla de ambas tiene una historia suficiente breve”.¹¹

Sin embargo, es evidente que no existe una sola estructura de justicia transicional. Puesto que cada Estado es hijo de su propia historia, donde han sucedido vulneraciones constantes a los Derechos Humanos y transgredido al DIH, motivo de una dictadura o un conflicto interno.

⁹ Uprimny Yepes, Rodrigo. *Justicia transicional sin transición* (Bogotá: Dejusticia, 2006): 11-16.

¹⁰ Sandine, Lefranc. “La eficacia de la justicia de transición”. En *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina* (Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008), 6.

¹¹ Ver la nota 10, 9.

Antecedentes históricos

Control de convencionalidad

El control de convencionalidad surge con fuerza por primera vez el 26 de septiembre 2006, en la jurisprudencia contenciosa Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, donde se consagra:

La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la Ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹²

Mediante la pronunciación del Juez Ferrer MacGregor en su voto razonado al caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México sentencia de 26 de noviembre de 2010, es pues el control de convencionalidad en el ámbito interno de un Estado Parte, automáticamente “convierte al juez nacional en juez internacional: en su primer auténtico guardián de la Convención Americana”¹³, es así

¹² Ver la nota 3, 460.

¹³ Ferrer MacGregor, Eduardo. *Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* en Sentencia de 26 de noviembre de 2010, (2010): 178.

como el autor referencia la función de los jueces de orden común como los protectores de la Convención Americana, realizando un control difuso.

En cuanto al derecho comparado países como:

Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, República Dominicana diferente de Chile, Perú, desempeñan el control concentrado de constitucionalidad en estructura única (Bolivia, Chile) o mezclando con el sistema difuso (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana); habría que decir también a las cortes supremas de justicia en la instancia que se sitúen conformadas con determinada jurisdicción constitucional (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Venezuela) o completo (Brasil, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay), con autodeterminación que funcionen mediante el control concentrado en estructura peculiar (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá. Paraguay y Uruguay) o compuesto por un control difuso (Nicaragua).¹⁴

Nótese que para Argentina se desarrolla de manera dual, por medio del control concentrado (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana, Venezuela). Por otro lado, cuando los jueces y tribunales, aun en el orden interno, no tengan asignado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, como en Bolivia, Chile, Costa Rica, Panamá, Honduras, Paraguay, Uruguay, pues en definitiva, se pueden establecer semejanzas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad¹⁵, en Colombia es cierto señalar que el control de convencionalidad es un control constitucional propiamente, puesto que a la luz de la Constitución Política de 1991, se consagra en el artículo 93 el Bloque de Constitucionalidad, es decir, estamos frente a un nuevo derecho convencionalizado que debe ser facultativo dentro de todo el territorio, se desprende de la constitución en sí misma. Mientras tanto, este Bloque de Constitucionalidad configura una estructura cambiante más no estática de acuerdo con las transformaciones históricas.

¹⁴ Ver la nota 5, 59.

¹⁵ Castilla, Karlos. "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco". *Anuario mexicano de derecho internacional* 11, (2011): 594. f

Justicia transicional y control de convencionalidad

En el Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala Sentencia de 15 de septiembre de 2005, la Corte Interamericana consideró que una norma art 201 del Código Penal de Guatemala que permitía la pena de muerte en determinadas circunstancias, infringía la prohibición de privación arbitraria de la vida establecida en el artículo 4. 1 y 4.2 de la Convención, razón por la cual ordenó al Estado guatemalteco que debía reformar el artículo 201 del Código Penal, que en la reforma el Estado “en ningún caso, ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana”, y que mientras ello ocurría el Estado “debía abstenerse de aplicar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio o secuestro exclusivamente”.¹⁶

Justicia transicional en Colombia

En el escenario de Colombia, la primera figura jurídica que se establece como mecanismo de Justicia y Paz es la Ley 975 de 2005, donde tuvo lugar hacia alcances de verdad, justicia y reparación, se determinan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que cooperen de fundamento eficaz para la obtención de la paz nacional”. En consecuencia, para consolidar instrumentos hacia la verdad se establece la Ley 1424 de 2010, se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley y se conceden beneficios jurídicos. Ahora bien, se reconoce constitucionalmente el Marco Jurídico para la paz, creado por el Acto Legislativo 01 de 2012, donde se manifiesta por primera vez el concepto de justicia transicional, y se reconoce la experiencia de procesos de justicia y paz en referencia a la dilación e imposibilidad fáctica de juzgar a todos los desmovilizados, para enfrentar la impunidad y corregir el déficit de investigaciones y conocimiento de la verdad, y a su vez garantizar la no repetición de los acontecimientos de violencia.¹⁷

¹⁶ Ver l anota 15, 61.

¹⁷ Rodríguez Rodríguez, Carolina. “Postconflicto y justicia transicional en Colombia: balance de nuestra experiencia”. *Hallazgos* 8, núm. 15 (2011): 137-159.

Otra estructura jurídica de justicia transicional vigente es la Ley 1148 de 2011, por el cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, con la intención de posibilitar la transición e indagación para búsqueda de la verdad, esto favorece la protección de las víctimas que han vivido una situación constante de violencia contra sus derechos, por parte de organizaciones al margen de la ley y grupos armados que no oyen ni entienden y, tampoco saben de razones.

Colombia, en persecución de conciliar condiciones, se ha evidenciado que

apartir de la duración del conflicto y mediante la misión de vencerlo, puede afirmarse su carácter excepcional en la medida que los instrumentos tomados difieren de los mecanismos ordinarios en relación con el modo de afrontar masivas violaciones de los derechos humanos dentro del marco de un conflicto armado ya superado.¹⁸

Lo dicho hasta aquí, supone para Jorge Enrique Ibáñez Najar que “la Ley 975 de 2005, de Justicia y Paz, se inscribió en la lógica la justicia transicional e incluyó algunos mecanismos con el fin de lograr la desmovilización de los grupos al margen de la ley, en particular los grupos de autodefensa o paramilitares”¹⁹.

Para un primer señalamiento, dentro de la transición que tiene el objetivo de poner fin al conflicto y construir bases para una paz estable y duradera, es menester investigar el método caracterizado para la variedad hacia grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para aquellos agentes del Estado que violen los Derechos Humanos dentro del territorio colombiano, con afinidad de cuestionar su participación en las ramas del poder público.

¹⁸ Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Justicia Transicional y las comisiones de la verdad* (Bogotá: Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá-Otzenhausen- Madrid, 2014), 171.

¹⁹ Ver la nota 18, 171.

Como segunda medida, se sugiere que a través de una ley estatutaria se implementen funciones para la justicia transicional:

De carácter judicial o extrajudicial que posibiliten asegurar los deberes estatales de averiguación y sanción. Dadas las circunstancias, se presará para que en cualquier caso se apliquen los mecanismos de carácter extrajudicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas. Como Tercer elemento, la aceptación de una ley que deberá instaurar una comisión de la verdad y puntualizar su objeto, composición, atribuciones y funciones, cuyo mandato alcanzará adherir la formulación de recomendaciones para la utilidad de los instrumentos de justicia transicional. Como cuarta medida, el fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal.²⁰

En definitiva, el conflicto no se puede entender, si no se comprende la riqueza que tiene Colombia y las consecuencias que esto genera, la existencia de un reparto injusto y la imposibilidad de una real democracia que ha estado permeada de corrupción. Sin embargo, es pues la tarea del Derecho sin limitaciones, propender por la protección de los derechos humanos como parte del derecho Internacional y como unificación del sistema internacional humanitario para que en el marco de la justicia transicional se vea reflejado el estado social de derecho que preconiza nuestra constitución. Donde la intervención de Derecho Penal, en materia de formular instrumentos constitucionales, establezca parámetros que regulen el abandono de las armas. Los Estados de

priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. Una vez el Gobierno Nacional presente al Congreso de la República el primer proyecto de ley que autorice la aplicación de tales instrumentos penales, éste tendrá cuatro (4) años para proferir todas las leyes que regulen esta materia.²¹

El Estado colombiano debe mirarse al espejo de América Latina, asumir la responsabilidad internacional, ejercer investigación de los crímenes

²⁰ Ver la nota 18, 172.

²¹ Ver la nota 18.

cometidos dentro del territorio, establecer continuamente el esclarecimiento hechos y sanción de todo aquel responsable dada la negligencia que ha perjudicado las condiciones de vida de forma holística.

El papel de la Corte Interamericana en Colombia

Violaciones de los Derechos Humanos

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el “concepto de derecho a la verdad como aquel que debe ser colectivo y objetivo para las víctimas”²². En materia de reparación la corte ha determinado tres tipos de daño: “moral, físico y material, como medidas de reparación y no repetición se ha encontrado el reconocimiento de responsabilidad y perdón público, también las condenas de indemnización y ha elevado la proscripción del uso de leyes de amnistías e indultos”²³.

A la luz de la jurisprudencia la Corte Interamericana ha expuesto que la impunidad es “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”²⁴.

Es ineludible que la impunidad resulta ser uno de los temas más discutidos para el Sistema Interamericano de Protección de Derechos humanos, teniendo en cuenta que al ejecutarse el cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana, los Estados partes en la Convención cumplen con prontitud el pago de las indemnizaciones pecuniarias, y sus obligaciones por la protección de los Derechos Humanos, lo cierto es que la Corte ha establecido que el Estado debe apartar aquellos impedimentos de facto y de jure, considerando que se debe combatir la impunidad a partir de todas las herramientas jurídicas legales,

²² Ver la nota 17.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Hermanos Gómez Paquiyuri vs. Perú*, 8 de julio de 2004, 78 (Perú).

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001, 58 (Perú).

a través de detallar la gravedad de hechos, contextos y violaciones²⁵. Es así como la investigación de violaciones a los derechos humanos de La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que se debe establecer “la obligación de investigar cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, surgirían, auxiliados por el poder público, es decir aquello que determinaría una responsabilidad internacional del Estado”²⁶. Habría que decir también que es necesaria la implementación de una investigación que logre esclarecer los hechos causales de graves violaciones de derechos humanos, es imperante la utilización de alcances para “el establecimiento de la verdad, el castigo efectivo a los responsables de esta, restitución o la reparación de los derechos a las víctimas, y la identificación de aquellas medidas necesarias para prevenir que hechos similares no se reiteren”²⁷.

En Colombia, la Corte Interamericana ha adelantado investigaciones que se llevan a cabo con arreglo a la Ley de Justicia y Paz, donde se ha condenado al Estado colombiano por no intervenir eficientemente en la violación de normas consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Al respecto el caso los diecinueve (19) Comerciantes vs. Colombia, sentencia 5 de julio de 2004, los hechos del presente se desarrollaron para el

7 de octubre de 1987 en el momento de que miembros de un grupo paramilitar operaba en el Municipio de Puerto Boyacá obstaculizaron a 17 comerciantes, presuntamente por sus relaciones con grupos guerrilleros, fueron asesinados y descuartizados por lo que lanzaron sus cuerpos a un río. Continuamente el grupo paramilitar asesinó a dos comerciantes que fueron en búsqueda de los desaparecidos, no se sancionó a los responsables de las muertes, luego de que familiares presentaron todo tipo de recursos para localizarlos, pero no se dio con su paradero. A partir de la fecha de presentación de la petición, siendo el 6 de marzo de 1996

²⁵ Ver la nota 17.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Kawas Fernandez vs. Honduras*, 3 de abril de 2009, 58 (Honduras).

²⁷ Ver la nota 17.

y el 27 de septiembre de 1999 fue informada de admisibilidad. Se remitió a la Corte Interamericana el 24 de enero de 2001.²⁸

El caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia, pese a homologar determinados acuerdos indemnizatorios, aludió que las decisiones adoptadas por los tribunales colombianos no generaban la responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, también pronunciándose que no poseen caracteres en mención a la rehabilitación, la verdad, justicia y también el rescate de memoria histórica, o medidas de garantías de no repetición. En consecuencia, el tribunal consideró insuficientes las medidas, declaró la responsabilidad del Estado y a su vez ordenó la reparación²⁹.

El Estado colombiano atendió a la reparación y reconocimiento de responsabilidad. Los hechos del presente caso sucedieron “el 18 de enero de 1989 en Rochela, cuando quince miembros de una comisión judicial se dirigían hacia la localidad de La Rochela. Dicho grupo tenía la misión de investigar las ejecuciones cometidas en perjuicio de 19 comerciantes en dicha región, aquellas personas fueron impedidas por un grupo paramilitar llamado ‘Los Masetos’”. El grupo armado disparó hacia los vehículos en que se encontraban funcionarios de la comisión judicial, únicamente tres personas lograron sobrevivir. En síntesis, se agotaron recursos, pero no se logró sancionar a los perpetradores de los crímenes cometidos. La fecha inicial de la petición ante la Comisión Interamericana fue el 8 de octubre de 1997, posteriormente, la remisión del caso a la Corte Interamericana fue el 10 de marzo de 2006 y finalmente, la sentencia de reparaciones y costas se dio el 28 de enero de 2008³⁰.

En pocas palabras transcurrieron nueve (9) años en los cuales se expidió el informe de admisibilidad y también el informe de fondo, intervalo que debe cuestionarse si es un plazo razonable al considerar que se está amparado mediante garantías judiciales y protección judicial los Dere-

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 comerciantes vs. Colombia, 5 de julio de 2004, 78 (Colombia).

²⁹ Ver la nota 17.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia*, 28 de enero de 2004, 5 (Colombia).

chos Humanos que no fueron protegidos por el Estado colombiano, en lo que respecta a la Corte.

Entre tanto, otro caso contra Colombia es el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005, Pueblo Bello e Ituango, “la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho no debe restringirse al pago de una compensación a familiares de la víctima. En concordancia con las medidas de reparación, la Corte ha destacado que el Derecho Internacional considera la titularidad individual del derecho a la reparación”³¹.

Con respecto a los hechos,

el 12 de julio de 1997 miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare, para fecha 15 de julio de 1997, cantidad de hombres cercaron Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, trágicamente un grupo de personas fueron torturados y asesinados, se interpusieron recursos, no se realizaron efectivamente investigaciones, tampoco se sancionaron a los responsables. Se evidencia que la petición se remitió el 6 de octubre de 1999, luego el informe de admisibilidad el 22 de febrero de 2001, finalmente la remisión del caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2003.³²

Se debe tener en cuenta para enero 31 de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en relación con la investigación, en la cual se informó que grupos

altamente armados, pertenecientes al denominado grupo de los Tangueros, liderado por Antonio Castaño Gil, partieron del Municipio de Valencia en el Departamento de Córdoba, hacia el Corregimiento de Pueblo Bello en el Municipio de Turbo en el Departamento de Antio-

³¹ Ver la nota 17.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 15 de septiembre de 2005, 155 (Colombia).

quia, para secuestrar a 43 personas que consideraban colaboradores de la guerrilla.³³

Cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos instauró

En su primer sentencia contenciosa en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, la subsistencia de una obligación estatal para investigar detalladamente, a partir de instrumentos que el Estado tenga a su alcance, referencia de las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción con el propósito de reconocer a los transgresores de derechos humanos, con el fin de imponerles las sanciones adecuadas y garantizar una reparación integral.³⁴

De acuerdo con el caso de Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 30 de noviembre de 2001, se pronunció en observación de la obligación que tienen los Estados Partes “la Corte expuso las implicaciones de esta garantía con la vigencia de aquellos derechos referentes inderogables y su lesión constituye la violación de derechos humanos”³⁵. Por otro lado, se mencionó que la responsabilidad internacional del Estado debe garantizar el derecho a la vida e integridad personal, investigando los hechos del caso, se evaluó el dictado de dos leyes de amnistía, lo que constituyó la violación del derecho de garantías judiciales (art. 8 CADH) derecho a la protección judicial (art. 25 CADH) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH)³⁶.

Asimismo, se debe reconocer que son inadmisibles las disposiciones de amnistía el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de aquellos que son responsables de la violación de derechos humanos, tales como la tortura, desaparición forzada, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias. Aquellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho

³³ Cuastumal Madrid, Julio César. Casos colombianos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudio a través de la teoría del derecho procesal (Bogotá: Presidencia de la República, 2013), 290.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, 32 (Honduras).

³⁵ Ver la nota 17.

³⁶ Ver la nota 17.

Internacional de los Derechos Humanos, para tal efecto quedó definido que:

Las obligaciones consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar aquellas providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, para términos de los artículos 8 y 25 de la convención. Los Estados Partes de la convención adopten leyes que tengan este efecto, como las de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.³⁷

Como parte de este contexto se hace necesario que todas las partes que han estado involucradas tengan una verdadera posibilidad de integración a este sistema con el fin de que sus derechos no sean conculcados y que la posibilidad de una verdad justicia y reparación se de en todo el ámbito de sus afectaciones más aun cuando

Los derechos de las víctimas y sus familias [tienen el derecho] de saber cuál fue la verdad y conocer la identidad de los victimarios, identificando que la verdad es un elemento fundamental, también la corte ha investigado que las leyes de amnistía, por ejemplo en Beirut, Brasil, El Salvador, son incompatibles con la Convención, así mismo como en El Salvador, Uruguay, Argentina, Chile, Perú, Surinam, Haití, Honduras, Brasil y Colombia, todas estas son incompatibles con las obligaciones de derechos humanos del Estado.³⁸

Debido al informe *Derecho a la Verdad en América* del año 2015, donde se establecen recomendaciones para que los Estados garanticen el derecho a la paz y la promoción de la democracia³⁹. Algunas de las recomendaciones son:

Primero: revisen las leyes y otras normas nacionales. Saquen aquellas que de forma directa o indirecta el cumplimiento de las obligaciones

³⁷ Ver la nota 17.

³⁸ Ver la nota 17.

³⁹ Ver la nota 17.

internacionales y adopten leyes que garanticen el derecho a la verdad. Segundo: redoblen sus esfuerzos para prevenir el fenómeno de desaparición forzada a personas y creen los mecanismos necesarios para garantizar que esto quede calificado como una ofensa penal. Aclaren lo que les sucedió a las víctimas, identifiquen sus restos, exhumen los restos y devuélvanlos a los familiares. Implementen mecanismos adecuados para asegurar que los familiares pueden participar en los procesos. Tercero: eliminen todos los obstáculos legales y de facto que obstruyan la institución y la búsqueda de la implementación de procesos judiciales con respecto a derechos humanos, incluyendo leyes de amnistía. Cuarto: tomen medidas necesarias para asegurar que haya una colaboración de todas las instituciones estatales para desclasificar y dar información en los procesos de investigación. Quinto: generen el apoyo institucional y presupuestal necesario para los esfuerzos judiciales. Sexto: continúen tomando acciones para recordar a las víctimas. Pidan disculpas y reconozcan responsabilidades por la omisión de violaciones a derechos humanos. Séptimo: sigan los pasos necesarios para llegar a la verdad e impulsen campañas públicas para la verdad. Publiquen los efectos y tomen las medidas necesarias para clasificar, sistematizar, preservar y facilitar archivos históricos respecto de estas violaciones graves de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

A partir de estas justificaciones es que se plasma, que se puede encaminar a una democracia real, también justa y finalmente, a la paz.

Propuesta

Con la recopilación doctrinal, legal y jurisprudencial que se evidenció en el presente, actualmente el Control de Convencionalidad se ha estimado novedoso, dentro los escenarios del derecho y la academia, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha cumplido con la función de declarar responsabilidad internacional del Estado demandado, al exponer nociones interpretativas de la Convención Americana. Actualmente es preponderante analizar y establecer si puede disponerse de un esquema procesal constitucional y convencional que permita el acceso directo a la Corte Inte-

americana de los Derechos Humanos, sin necesidad de agotar la Comisión Interamericana.

La Corte Constitucional no ha mantenido una posición clara y constante en relación a los mecanismos consagrados dentro de los estándares supranacionales, al respecto la Sentencia C-370/06 señala:

Es claro que actualmente se encuentra superada la concepción reductora de los derechos de las víctimas a una simple pretensión indemnizatoria. La adaptación de los derechos de las víctimas a los estándares internacionales, a través de la jurisprudencia, comporta el reconocimiento de que los derechos universales a la verdad, la justicia y la reparación, llevan implícita la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación, en desarrollo del derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. Este acceso, en condiciones de igualdad, se deriva del carácter bilateral del derecho a un recurso judicial efectivo, en virtud del cual los derechos de las víctimas no pueden verse menguados en relación con los que asisten al procesado. La consideración contemporánea de la víctima como protagonista activa del proceso, conduce al goce de estándares de protección similares a los de otros intervinientes en el proceso. En consecuencia, el hecho de que la norma impugnada establezca explícitamente el derecho de las víctimas a tener representación judicial durante el juicio, no puede interpretarse como exclusión de ejercer el derecho de postulación en otras fases del proceso. Tal reconocimiento explícito del derecho a constituir representante letrado en el juicio, debe entenderse sin perjuicio de que designen representante judicial en otras fases del proceso.⁴⁰

En suma, se debe aplicar jurisprudencia y doctrina internacional que favorezca el cumplimiento de la protección de los Derechos Humanos.

A partir del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excep-

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño & otros.

ción, prevalecen en el orden interno”⁴¹. Esto consagra derechos y deberes de obligatorio cumplimiento para el Estado y toda la población. A su vez, “cuando se habla de un Estado Constitucional Convencionalizado, no se está hablando de un nuevo paradigma o modelo de estado de derecho, por el contrario, se ratifica el paradigma constitucional, pero se ensancha su protección con las normas que integran el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*”⁴². Medidas adicionadas a la constitución y el “*lato sensu* integrado por el articulado de la Constitución, los tratados internacionales, leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”⁴³, es decir, aquellas disposiciones expuestas a su control.

El semillero de investigación con asesoría jurídica del honorable jurista Raymundo Gil Rendón, en alusión al nuevo derecho procesal constitucional y la aplicación del control de convencionalidad, logró concebir una sinopsis para el acceso directo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Primeramente, se debe indicar que en Europa existe el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde “el 4 de noviembre de 1950 se adoptaba en Roma la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el seno del Consejo de Europa”⁴⁴. Este es el órgano protector de los derechos consagrados en la Convención Europea, en el artículo 19, se establece la noción de Institución del Tribunal con el fin de “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal. Funcionará de manera permanente”⁴⁵. En esta institución jurídica se demanda directamente al Tribunal Europeo en

⁴¹ Ver la nota 1, Art. 3.

⁴² Velandia Canosa, Eduardo Andrés. “Derecho constitucional convencionalizado”. En *Los principios cardinales del derecho constitucional* (Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2017): 368.

⁴³ Ver la nota 42, 370.

⁴⁴ Chueca Sancho, Ángel Gregorio. “La demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 1, núm. 1, (2011): 139.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Council of Europe: artículo 49), URL. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Estrasburgo. Paralelamente, en África se encuentra la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos,

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte o Corte Africana) fue creada mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, sólo “Protocolo”), adoptado en 1998 y en vigor desde el 25 de enero de 2004.⁴⁶

Para acceder al Órgano Contencioso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Jus Standi*), al igual que sucede en el Tribunal Europeo y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sin antes tener que agotar el seguimiento cuasi jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es esencial analizar el artículo 61, competencia y funciones:

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.⁴⁷

Se propone desaplicar el artículo 61 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, designando a un Juez de la Corte IDH para realizar avances puntuales con el motivo de reconocimiento hacia las víctimas. Esto busca que la verdad esté directamente enlazada con los derechos de garantía y la protección del poder judicial, como se plasma en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creen-

⁴⁶ Saavedra Álvarez, Yuria. “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8 (2008): 673.

⁴⁷ Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana de Derechos Humanos* (Costa Rica: Pacto de San José, 1969), artículo 61.

cia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.⁴⁸

Se debe aplicar el artículo 8, sobre garantías judiciales:

1. 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 sustanciación 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.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁴⁸ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea general, 1948).

Justicia transicional y control de convencionalidad

- i. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
- j. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
- k. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.⁴⁹

Este surgir procesal se fundamenta en el libre ejercicio al debido proceso, como lo planteó el jurista Raymundo Gil Rendón, debe consolidarse en el derecho de que las víctimas afectadas puedan tomar la decisión de denunciar directamente a la Comisión IDH o elevar la petición ante la Corte IDH, es decir, aplicar el Control de Convencionalidad, con fundamento en el artículo 25 Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁵⁰

Como se ha referenciado, es un problema financiero que, sumado al plazo razonable, deja entrever que es necesario implementar alternativas que consoliden un amparo efectivo de los Derechos Humanos y promuevan la democratización de los procesos.

⁴⁹ Ver la nota 47, art. 8.

⁵⁰ Ver la nota 47.

Conclusiones

El conflicto en Colombia es de origen político, se atraviesa uno de los retos más importantes en la historia, siendo la paz el primer paso para un acuerdo jurídico, social y económico. A pesar de que es difícil administrar justicia dentro del territorio, fruto de la existencia de la corrupción, existen propuestas jurídico-sociales que permiten un acompañamiento y apoyo a las víctimas del conflicto. Dentro de los estándares de nuevo derecho procesal convencional, resulta imperante que todas las entidades conozcan y apliquen el control de convencionalidad, aquel que debe ser ejercido dentro del Derecho constitucional colombiano, por la Corte Constitucional como control concentrado, y el difuso, los jueces de la república.

Los derechos de las víctimas deben ser el epicentro del empeño de un presente y un futuro que fomente, en los escenarios académicos, el debate crítico, diálogo para la construcción de una paz materializada en el territorio colombiano, desde las familias como el primer estado hasta las escuelas, a través del desarrollo de ideas y alternativas. Sin excepción el Control de Convencionalidad, mediante sus pronunciamientos de la Corte IDH, designa a

los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio*, un control de convencionalidad, entre normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁵¹

No se debe desconocer que para muchos administradores de justicia resulta oscilado el sistema interamericano y novedosa su aplicación. El Marco Jurídico para la paz, creado por el Acto Legislativo 01 de 2012 que institucionalizó el concepto de justicia transicional, debe trascender de las letras a la realidad, dado que también se necesita fortalecer los instrumentos jurídicos como la Ley 975 de 2005 y 1148 de 2011 con mecanismos sólidos a gran escala para el gozo completo de los derechos de las víctimas.

⁵¹ Ver la nota 4.

Finalmente, en las mesas de negociación se han discutido cinco puntos: “Política de desarrollo agrario integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas y víctimas”⁵². Considerando que estos acuerdos no deben vulnerar los derechos de las víctimas, que en su mayoría hacen parte de los márgenes de la sociedad y de regiones que son remotas. La propuesta que ha mantenido el semillero de investigación es oportuna, puesto que se evidencia la crisis del Sistema Interamericano, es mediante esquemas jurídicos que se puede llegar a una solución oportuna jurídico procesal constitucional y convencional, dentro del nuevo sistema procesal constitucional que se expande a la creación de herramientas que establecerán paz y libertad, garantizando el debido proceso y espacios de democratización, políticas públicas que provienen de la gente. Sin embargo, es imperante aludir que un derecho no se debe negociar, se debe respetar, y el proceso de paz es el camino no sólo del Gobierno nacional, sino de toda la población colombiana: indígenas, afrocolombianos, campesinos y la generalidad. La violencia del conflicto armado no se puede estancar ante la Rama Judicial colombiana, ni a los mecanismos ya decantados. Se deben agotar todos los mecanismos con el Derecho y el camino del Control de Convencionalidad, el fortalecimiento de la academia con amor hacia la sabiduría y manteniendo indignación cuando se violentan los Derechos humanos.

Referencias

Angelika Rettberg, Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de paz y justicia transicional, Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Uniandes, Internacional Development Research Centre, 2005.

Brewer-Caráis, Allan R. y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Castilla, Karlos. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”. Anuario

⁵² Organización de las Naciones Unidas. *Acuerdo General para la terminación del Conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera* (Cuba: Alto Comisionado para la Paz, 2016): 215.

Mexicano de Derecho Internacional 11, (2011): 594. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27767.pdf>

Chueca Sancho, Ángel Gregorio. “La demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 1, núm. 1, (2011): 139.

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica: Pacto de San José, 1969), artículo 61.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño & otros. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, 32 (Honduras).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 6 de febrero de 2001, 58 (Perú).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia, 28 de enero de 2004, 5 (Colombia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 comerciantes vs. Colombia, 5 de julio de 2004, 78 (Colombia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermanos Gómez Paquiyuri vs. Perú, 8 de julio de 2004, 78 (Perú).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, 15 de septiembre de 2005, 155 (Colombia).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Kawas Fernandez vs. Honduras, 3 de abril de 2009, 58 (Honduras).

- Cuastumal Madrid, Julio César. Casos colombianos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudio a través de la teoría del derecho procesal. Bogotá: Presidencia de la República, 2013.
- Ferrer MacGrecor, Eduardo. Voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. En Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Gil Rendon, Raymundo. El nuevo derecho procesal constitucional. Bogotá: VC Editores, 2012.
- Ibáñez Najar. Jorge Enrique. Justicia Transicional y las comisiones de la verdad. Bogotá: Biblioteca de Derechos Humanos, Instituto Berg, Bogotá-Otzenhausen- Madrid, 2014.
- Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General, 1948.
- Organización de las Naciones Unidas. *Acuerdo General para la terminación del Conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera*. Cuba: Alto Comisionado para la Paz, 2016.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “El Control de Convencionalidad y el sistema colombiano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n ° 12 (2009): 163-190. <https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>
- República de Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Título II “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”.
- Rodríguez Rodríguez, Carolina. “Postconflicto y justicia transicional en Colombia: balance de nuestra experiencia”. Hallazgos 8, núm. 15 (2011): 137-159. <https://www.redalyc.org/pdf/4138/413835204008.pdf>

- Rojas Barrios, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Constitucional, garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*. Bogotá: VC Editores 2016.
- Saavedra Álvarez, Yuria. “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8 (2008): 671-712. <https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a20.pdf>
- Sandine, Lefranc. “La eficacia de la justicia de transición”. En *El legado de la verdad: Impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008.
- Teitel, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”. *Harvard Human Rights Journal* 16 (2003): 69-94. <https://harvardhrj.com/wp-content/uploads/sites/14/2020/06/16HHRJ69-Teitel.pdf>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Council of Europe: art. 49. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Uprimny Yepes, Rodrigo. *Justicia transicional sin transición*. Bogotá: Dejusticia, 2006.
- Velandia Canosa, Eduardo Andrés. “Derecho constitucional convencionalizado”. En *Los principios cardinales del derecho constitucional*. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2017.

Responsabilidad internacional del Estado en el caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia

Merly Patricia Forero Tejada

Resumen

El tema de la responsabilidad internacional de los Estados es relevante para el estudio del Derecho Procesal Constitucional, por lo que en este texto se traerán a colación algunos datos históricos importantes en la construcción de dicho concepto, la adaptación de este, los requisitos necesarios para el conocimiento, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de un presunto hecho ilícito y, posteriormente, la declaración de responsabilidad internacional a un Estado por parte de la Corte IDH, la adopción de medidas provisionales y las consecuencias jurídicas desencadenadas para el Estado responsable. Con el mismo propósito se indicará un caso relevante, esto servirá como ejemplo con el fin de comprender la aplicación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la responsabilidad del Estado colombiano, enfocándonos en el caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia frente al cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró al Estado colombiano responsable internacionalmente, por los hechos mencionados en la Sentencia de 11 de mayo de 2007 Serie C No. 163.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos humanos, reconocimiento de responsabilidad internacional, reparación e indemnización, responsabilidad internacional del Estado, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Introducción

La siguiente ponencia tiene como fin desarrollar el tema de responsabilidad del Estado en un ámbito internacional, por la vulneración de derechos humanos, consagrados en la Convención Americana, tratados interamericanos y otros instrumentos que sirven para su tutela; se centrará en un caso en concreto, el cual es el Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Este servirá de ejemplo de la garantía de protección a los derechos humanos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio de sus dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos enfocaremos en el procedimiento seguido para el respectivo conocimiento de la Corte, el reconocimiento de la responsabilidad internacional de un Estado y las sanciones que imparte al responsable por dichas violaciones.

Teniendo en cuenta, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo que tienen el deber de proteger los derechos innatos del ser humano sin que estos sean violados. Concretamente, el estado colombiano ha estado incurrido en varias violaciones de derechos de las víctimas del conflicto armado. De esta manera, ¿cuál es la responsabilidad Internacional del Estado colombiano respecto de la violación de las víctimas del conflicto, específicamente, en el caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia? Este trabajo tendrá un carácter enunciativo y reflexivo, aplicado desde la perspectiva del derecho nacional e internacional de derechos humanos.

Responsabilidad Internacional del Estado

Esta responsabilidad consiste en la violación de derechos humanos dentro de un Estado Parte de la OEA, que reconoce la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo este el ente encargado de determinar dicha responsabilidad, pero para que surja esta responsabilidad debe existir una omisión o una acción por parte del Estado. Para enmarcar esta competencia de la Corte citamos el texto “Derecho Procesal Constitucional Transnacional”, el proceso ante la corte interamericana de derechos humanos, donde Velandia Canosa menciona que “En virtud de la competencia contenciosa, la Corte resuelve procesos de responsabilidad

internacional del Estado por violación de derechos humanos”¹. Agregando que también la Comisión puede determinar dicha responsabilidad dentro de los procesos que ella conoce conforme su reglamento. Pero la verdadera importancia de dicha declaración es la consecuencia que trae para el Estado responsable, pues este debe reparar integralmente a las víctimas.

Contexto

En el marco internacional, el desarrollo progresivo del concepto de responsabilidad internacional del Estado ha sido fundamental para la debida garantía de la protección de los derechos humanos, a raíz de las violaciones presentadas a lo largo de la historia.

Por lo anterior, se ha generado en la humanidad una constante preocupación por la protección de dichos derechos en las diferentes épocas por las que ha atravesado, adicionalmente, después de la segunda guerra mundial aumentó el interés por los crímenes y atrocidades vividos por el ser humano, lo cual generó una evolución progresiva de sistemas de protección, Haider Miranda sintetiza la evolución en cinco etapas así:

La primera, la de los antecedentes del sistema, fue marcada por la mezcla de instrumentos de efectos jurídicos variables (convenciones y resoluciones hacia determinadas situaciones o categoría de derechos) La segunda, la de la formación del Sistema Interamericano de Protección, se caracterizó por el rol solitariamente protagónico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la gradual expansión de las facultades. La tercera, la institucionalización convencional del sistema, evolucionó a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuarta etapa, que se desarrolla a partir del inicio de la década de los ochenta, es la de la consolidación del sistema de protección, mediante la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la adopción de los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana, respectivamente sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) y sobre la Abolición de la Pena de Muerte (1990). A esos Protocolos se suman las Convencio-

¹ Velandia Canosa, Eduardo Andrés. “Derecho procesal Transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Primera Instancia* 7, núm. 13 (2014): 169.

nes interamericanas sectoriales, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), además de otras iniciativas relevantes. En la actualidad, tiene lugar una quinta etapa, que se podría denominar de perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana en ese inicio del siglo XXI; se refleja en los cambios recientes y significativos introducidos en sus Reglamentos, tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

Estos hechos son trascendentales para enmarcar el contexto en el cual se ha desarrollado, y se está desarrollando, la responsabilidad internacional de los Estados cuando se presenten violaciones de derechos humanos. Como se evidencia, los sistemas de control son fundamentales para determinar dicha responsabilidad, nos centraremos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su importancia en el ámbito internacional americano.

Sistema interamericano de derechos humanos

El Sistema interamericano de derechos humanos, opera a través de dos organismos, estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el primer órgano opera como una primera instancia para las víctimas de violación de derechos, esta se creó en 1959 en Santiago de Chile en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1959), en la parte primera de la resolución sobre “Derechos Humanos”, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una “Corte Interamericana de los Derechos Humanos” y otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos³.

² Miranda Bonilla, Haideer. “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Derecho Procesal Constitucional* (Bogotá: VC Editores, 2018), 593.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la labor desarrollada durante el 13 Período de Sesiones del 18 al 28 de abril de 1966 (Ginebra: Organización de los Estados Americanos, 1966), 26- 27.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1969; sin embargo, el tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor en el año de 1978.

En la evolución sistemática de la responsabilidad Internacional del Estado, en el caso de presentarse un exceso cualitativo de la fuerza pública, o en nuestro caso, la falta de seguridad a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, o la vulneración de los derechos consagrados en la Convención Americana de derechos humanos por parte de un particular y dicha conducta es tolerada por el Estado, este da origen al hecho ilícito; es fundamental para la protección de los Derechos Humanos, pues por las condiciones de violencia presentes en diferentes países pertenecientes a la OEA, el sistema interno de estos es ineficaz e ineficiente para la protección real de dichos derechos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con un órgano cuasi jurisdiccional, por medio del cual las víctimas pueden acceder al análisis de su caso, a través de una denuncia o una petición individual en la cual presuntamente existió una violación de derechos humanos. La petición será admisible si se encuentra conforme a los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención. Sin embargo, este órgano se pronunciará por medio de recomendaciones al Estado infractor, con el fin de que el Estado tome medidas para garantizar los derechos vulnerados objeto de la denuncia. Esto no quiere decir que el Estado acate las recomendaciones de la Comisión, en muchos casos las incumple, lo cual genera una desprotección de los derechos de las víctimas, frente a ello, la Comisión tiene la potestad de solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el conocimiento del caso. Entre otras de sus funciones consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo se encuentran:

- a. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medi-

das progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

- c. Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.⁴

Estas funciones le dan una potestad política a la Comisión, para que a través de estas se pueda proteger los DD. HH. y documentar las violaciones de estos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tiene 3 funciones específicas, como lo señala Haider Miranda Bonilla, estas competencias son: la contenciosa, la consultiva y la arbitral⁵.

Dentro de su competencia Contenciosa esta Corte determina la responsabilidad Internacional de los Estados si “sus agentes, violan los derechos humanos de una persona bajo su jurisdicción [...], de igual forma pue-

⁴ Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana de Derechos Humanos* (Costa Rica: Pacto de San José, 1969), art. 41.

⁵ Ver la nota 2.

de derivarse de la actuación de un particular que la ejecuta con complacencia o tolerancia de las autoridades Estatales”⁶; cuando se determina, el Estado queda con la obligación de reparar a las víctimas que se especifican en la sentencia, pero dicha reparación no puede ser parcial, debe ser una reparación integral, no solo enfocada en el pago de una indemnización necesaria, sino también la búsqueda de la verdad para conocer los hechos reales del caso sometido a esta competencia trasnacional, la investigación en el sistema interno para el juzgamiento de los directamente responsables, el establecimiento de una memoria con el fin de la no repetición de los hechos y un acto público donde se reconozca la responsabilidad del Estado.

Casos relevantes

En la trayectoria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han controvertido diferentes tipos de casos en los cuales se han violado los Derechos Humanos, con referencia al Estado colombiano, se pueden señalar los siguientes casos, los cuales fueron sometidos por la Comisión Interamericana para el conocimiento de la Corte y posteriormente se declaró la responsabilidad Internacional de dicho Estado: el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, el caso Las Palmeras vs. Colombia, caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, el Caso de 19 comerciantes vs. Colombia, este último tiene relación con el caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia que será presentado a continuación.

Caso colombiano

El caso por tratar es la Masacre de la Rochela vs. Colombia, dada la magnitud de las consecuencias para el Estado colombiano al ser declarado parcialmente responsable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trámite ante la Comisión inició con la Petición 11.995 del 8 de octubre de 1997, presentada por las presuntas víctimas, a través del Centro Por La Justicia Y El Derecho Internacional (CEJIL) y colectivo de Abogados “José

⁶ Presidencia de la República. Voces contra el olvido (Bogotá: Programa Presidencial sobre Derechos Humanos y DIH, 2008).

Alvear Restrepo”, alegando violaciones de derechos humanos cometidos por el Estado, con relación a la ejecución extrajudicial de 12 funcionarios de la comisión judicial y lesiones a 3 sobrevivientes, perpetrados por grupo paramilitar llamado “Los Masetos”, en el corregimiento de la Rochela en el bajo Simacota, departamento de Santander. La Comisión emitió una recomendación al Estado colombiano; posteriormente el Estado admitió responsabilidad internacional parcial por la vulneración de los artículos 4, 5, 7, 8, 13 y 25 en conexidad con el artículo 1 de la Convención, pero después de las debidas prórrogas, la Comisión ha concluido que las medidas adoptadas por el Estado no satisfacen integralmente las recomendaciones de la Comisión, pues se estima que han sido inefectivas las acciones desplegadas para garantizar a la parte lesionada el goce del derecho a la justicia. El 9 de octubre de 2002 la Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 42/02, seguido a esto el 7 de marzo de 2005 la Comisión emitió el Informe de fondo núm. 29/05 en el cual reconoce la responsabilidad del Estado colombiano, concluyendo:

El Estado era responsable por la violación de los siguientes derechos reconocidos en la Convención Americana: en perjuicio de Mariela Morales Caro, Pablo Antonio Beltrán Palomino, Virgilio Hernández Serrano, Carlos Fernando Castillo Zapata, Luis Orlando Hernández Muñoz, Yul Germán Monroy Ramírez, Gabriel Enrique Vesga Fonseca, Benhur Iván Guasca Castro, Orlando Morales Cárdenas, César Augusto Morales Cepeda, Arnulfo Mejía Duarte y Samuel Vargas Páez, en relación al artículo 4 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1, a su vez, el artículo 5 en relación con el artículo 1.1 de la Convención en perjuicio a las víctimas y sus familiares, adicionalmente la vulneración de los artículos 8 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de las víctimas y familiares.

Por lo anterior, la Comisión concluyó el evidente incumplimiento y el no compromiso del Estado parte, por esta razón la Comisión sometió el presente caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana para proteger los Derechos consagrados en la Convención Americana. En consecuencia, fue notificado al Estado y a los representantes el 10 de marzo de 2006.

Hechos relevantes

Los hechos que se presentaron fueron los siguientes: de acuerdo con la demanda de la Comisión, a finales de 1988 la Dirección de Instrucción Criminal mediante oficio No 00283886, ordenó el inicio de investigaciones especiales en algunos lugares del Departamento de Santander, como el Bajo Simacota, Puerto Parra, Cimitarra y el Magdalena Medio santandereano, a raíz de numerosos crímenes, entre ellos, la desaparición de 19 comerciantes en octubre de 1987, ejecutados por una estructura paramilitar que operaba bajo la aquiescencia y colaboración del Ejército y la Policía Nacional, la Dirección emitió la Resolución 955 de 20 de Diciembre de 1988 por medio de la cual se creó la Unidad Móvil de Investigación, Instrucción Criminal de San Gil, departamento de Santander.

El 18 de enero de 1989, la Comisión Judicial integrada por los jueces e investigadores antes nombrados, se dirigió desde el municipio de Barrancabermeja hacia el corregimiento de La Rochela. Como se señaló antes, el grupo paramilitar Los Masetos estaba enterado de los movimientos de la Comisión judicial, gracias a la colaboración e información de agentes de las Fuerzas Militares. Hacia las 8 de la mañana del 18 de Enero de 1989, la Comisión Judicial se instaló en la Inspección de Policía de La Rochela y acondicionó el espacio para tomar las declaraciones de las personas que habían sido citadas, como parte de las investigaciones que se estaban adelantando del caso de los 19 comerciantes; fueron visitados por un grupo de cuarenta hombres fuertemente armados, y liderados por “Julián Jaimés”, el comandante de los Masetos, quien se identificó como comandante del grupo armado las FARC.

A continuación, engañaron a la comisión con el propósito de quemar expedientes relacionados al vínculo de la fuerza pública en el caso de los 19 comerciantes, posterior a esto el grupo paramilitar tomo a la comisión judicial como rehenes transportándolos en camionetas a “La Laguna” ubicada a 4 kilómetros de Rochela, Los hombres armados se formaron a una distancia aproximada de diez metros de los carros, cuando de repente

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 comerciantes vs. Colombia, 5 de julio de 2004, 45 (Colombia). Caso el cual el Sistema Interamericano de Derechos Humanos investigó y dictó sentencia, declarando al Estado Colombiano responsable internacionalmente por los hechos objeto de la vulneración de Derechos Humanos protegidos por la convención.

comenzaron a disparar de forma indiscriminada, a causa de tales hechos indiscriminados y sangrientos, murieron 12 de los quince 15 miembros de la Comisión, 3 de ellos sobrevivieron ya que los paramilitares creyeron que estaban muertos.

Pruebas

Las pruebas son una parte fundamental para decretar la Responsabilidad Internacional del Estado en el estudio de un caso dentro de un proceso Transnacional. Por lo anterior las pruebas suministradas por los representantes en el Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia fueron trascendentales al momento de determinar la existencia de responsabilidad internacional por parte del Estado colombiano.

Se presentaron pruebas documentales, periciales y testimoniales, que fundamentaban los hechos violatorios y el sustento de las ejecuciones extrajudiciales; durante la audiencia se presentaron los testimonios de víctimas que narraron la historia, lo cual sensibilizó a la Corte por las atrocidades cometidas. La Corte incorpora al acervo probatorio del presente caso la sentencia C-014 emitida el 20 de enero de 2004 por la Corte Constitucional de Colombia, el Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia emitido el 14 de octubre de 1993 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las siguientes pruebas evacuadas en el caso 19 Comerciantes: Decreto Legislativo 3398 de 24 de diciembre de 1965, Ley 48 de 16 de diciembre de 1968, sentencia emitida el 14 de abril de 1998 por el Tribunal Nacional; e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias respecto de la visita realizada a Colombia del 11 al 20 de octubre de 1989.

Reparaciones

Las reparaciones e indemnizaciones se deben decretar por parte de la Corte cuando se produce un daño, siguiendo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 63.1. Que expresa:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si

ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁸

Con el fin de esclarecer los conceptos y los alcances de la reparación e indemnización, el autor Hernán Salgado Pesantes en su libro “Derecho Procesal Constitucional Transnacional el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, nos explica:

La jurisprudencia de la Corte ha ido desarrollando el doble concepto de reparaciones y de indemnizaciones. Las primeras pueden ser de diversa naturaleza. Ha dicho la Corte, en el caso de Loayza Tamayo vs. Perú, un punto importante en las reparaciones fue que el Estado otorgue la libertad y la reintegración de su puesto de trabajo a la profesora por hechos que vulneraron sus derechos. La Corte considera que las indemnizaciones buscan resarcir económicamente el daño material y moral ocasionados a las víctimas.⁹

Teniendo en cuenta esto la Corte determinó la responsabilidad Internacional del Estado después de analizar cada uno de los puntos expuestos durante el proceso, teniendo en cuenta el material probatorio que se presentó; la Corte decidió homologar el acuerdo parcial celebrado por el Estado y las víctimas, ya que el Estado cumplió con las indemnizaciones y las reparaciones de 20 hermanos de las víctimas establecidas en el acuerdo. Sin embargo, la Corte condenó al Estado por los puntos no acordados entre las partes, el Tribunal fija, en equidad, las siguientes indemnizaciones por concepto de pérdida de ingresos a las doce víctimas fallecidas.

La Corte toma en cuenta tanto aspectos tales como las funciones que desempeñan y sus correspondientes remuneraciones, sus edades y la expectativa de vida que tenían, conforme a esto se fijó a Mariela Morales Caro US\$ 280 000, Pablo Antonio Beltrán Palomino US\$ 265 000, Virgilio Hernández Serrano y Carlos Fernando Castillo Zapata US\$ 230 000, Luis Orlando Hernández Muñoz y Yul Germán Monroy Ramírez US\$ 160 000, Gabriel

⁸ Ver la nota 4, art. 63.

⁹ Salgado Pesantes, Hernán. “Derecho Procesal Constitucional Transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Primera Instancia* (México: Editorial Primera Instancia, 2015).

Enrique Vesga Fonseca, Cesar Augusto Morales Cepeda, Benhur Iván Guasca Castro y Orlando Morales Cárdenas US\$ 150 000, Arnulfo Mejía Duarte y Samuel Vargas Páez US\$ 100 000, las presentes indemnizaciones el Estado les pagará a los familiares en el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente sentencia.

De igual forma el Estado pagará los costos y gastos por concepto de US\$ 2 000 por daño emergente a cada familia. Adicionalmente, la Corte valora positivamente el referido otorgamiento de indemnizaciones en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo al adoptar la Ley 288 de 1996 para su debido cumplimiento. Tomando en consideración lo manifestado por los representantes en el sentido de que “esas indemnizaciones fueron, en general, adecuadas”, el Tribunal considera que el Estado ha reparado a dichos familiares por el daño inmaterial sufrido a raíz de los hechos de la Masacre de La Rochela. La Corte determinará 4 medidas adicionales de satisfacción y garantías de no repetición como forma de reparación:

- a. Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables.
- b. Protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y familiares.
- c. Asistencia médica y psicológica.
- d. Medidas educativas.

Como se ve esta reparación es integral para las víctimas, sin embargo, no solo debe quedar en el papel, se debe ejecutar realmente por parte del Estado, para que los daños que se generaron sean resarcidos, se tenga un conocimiento real de los hechos y los directamente responsables no queden en la impunidad.

Responsabilidad Internacional del Estado colombiano caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia

El papel que jugó el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) fue fundamental para determinar la responsabilidad Internacional del Estado por el incumplimiento de su función como garante de los derechos humanos en el caso de la Masacre de la Rochela. Fue importante analizar los diferentes puntos que tuvo en cuenta la Corte Interamericana de Derechos humanos respecto a este caso para declarar la responsabilidad y así poder salvaguardar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación que no habían sido posibles proteger con el sistema interno de justicia, aun así, con la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). Además, al analizar este caso, se puede observar el proceso en acción del Sistema Interamericano de una forma práctica.

Seguido a esto es importante resaltar la importancia que tienen el hacer algunas modificaciones en el sistema actual, como es la posibilidad de acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de las víctimas de una manera directa, como se presenta en otras cortes, para una protección más inmediata de los Derechos Humanos. Seguido de otro cambio importante el cual sería aumentar la competencia de la Corte Interamericana para reconocer la Responsabilidad Internacional de todos los Estados parte y no solo de los que aceptan la competencia de esta entidad, para darle una trascendencia mayor a la protección de los derechos humanos.

Conclusiones

En conclusión, la responsabilidad Internacional del Estado es importante no solo por su reconocimiento, su declaración, sino por las consecuencias que trae para el Estado responsable, pues éste adquiere obligaciones de reparar integralmente para salvaguardar los Derechos Humanos; sin embargo, esto debe ir más allá para poder fortalecer el sistema transnacional con una eficaz ejecución de sentencias y la posible creación de un órgano que verifique y controle.

Se debe mencionar que debido a la magnitud que representa la visión del Sistema interamericano de Derechos Humanos respecto a las reparacio-

nes, nosotros como gestores de la paz debemos exigir que estas reparaciones integrales se den dentro del proceso de paz por el cual atraviesa Colombia, con el propósito de que la paz sea duradera por medio de la verdad y el perdón, para que se produzca una reconciliación y una adecuada etapa de posconflicto, que mitiguen de cierta manera la posible mutación del conflicto armado actual.

Referencias

Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica: Pacto de San José, 1969.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la labor desarrollada durante el 13 Período de Sesiones del 18 al 28 de abril de 1966. Ginebra: Organización de los Estados Americanos, 1966.

Miranda Bonilla, Haideer. “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: VC Editores, 2018.

Presidencia de la República. Voces contra el olvido. Bogotá: Programa Presidencial sobre Derechos Humanos y DIH, 2008.

Salgado Pesantes, Hernán. “*Derecho Procesal Constitucional Transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. *Revista Primera Instancia*. México: Editorial Primera Instancia, 2015.

Velandia Canosa, Eduardo Andrés. “Derecho procesal Transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Primera Instancia* 7, núm. 13 (2014): 169. <https://n9.cl/htzi0>

La justicia transicional en el marco de las negociaciones entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC-EP: una simulación de la teoría convencional

Andrés Felipe Torres Hurtado

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad hacer un análisis y crear un posible escenario de intervención, con base al Pacto de San José, que tendrían las autoridades del Sistema Interamericano de protección de Derecho Humanos, sobre la firma del acuerdo de paz entre la guerrilla de las FARC-EP y el Gobierno de Colombia, con un enfoque especial con base en la Justicia Transicional que este proceso tiene.

Palabras clave: acuerdo de paz, control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, justicia transicional, mesa de negociaciones, Sistema Interamericano de protección de Derecho Humanos.

Introducción

El fin principal del presente trabajo es realizar un análisis sobre la posible intervención de las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, respecto a la justicia transicional que se implementará en el país, fruto de los acuerdos que se logren en la mesa de conversaciones que se lleva a cabo en La Habana, Cuba.

Con base al proceso de negociaciones y por causa de este, el Gobierno deberá llevar a cabo una serie de reformas y cambios en la legislación y las instituciones políticas y jurídicas para garantizar la construcción de la paz y la desmovilización e integración plena de las FARC-EP. Se establece de forma explícita e inherente que el mecanismo que usarán las partes para hacer posibles estos acuerdos es el de la justicia transicional, un mecanismo que se explicará posteriormente, pero que en teoría es el usado para garantizar justicia en medio de conflictos demasiado amplios. De este eje temático se hará un análisis que estará enmarcado en la siguiente pregunta: ¿según los estándares y precedentes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos como podría implantarse un sistema de justicia transicional en el marco de la mesa de conversaciones entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP para el fin del conflicto?

Para analizar una posible respuesta a la anterior pregunta se examinarán la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional que expresan acercamientos del tema o aquellas posiciones que puedan conllevar alguna interpretación de Este. Además de examinar dichos precedentes se hará una deducción de los posibles escenarios que podrían ocurrir cuando finalice la mesa de conversaciones y se logre un acuerdo final en las partes.

Como punto principal, debe aclararse que para el presente análisis existen unas lagunas y vacíos jurídicos en dos dimensiones, a saber;

- a. Acuerdos parciales y continuidad de las negociaciones: debido a que todavía la mesa de conversaciones de La Habana se encuentra en negociaciones, el fin del conflicto no ha sido planteado, por lo que las fuentes de este trabajo son fuentes parciales, modificables e inclusive, podrían ser derogadas en el futuro. Por lo

que los planteamientos y las formas en que se analiza el texto son las vigentes al momento de la realización de este trabajo.

- b. Falta de pronunciación del caso concreto: respecto a los planteamientos y los escenarios que se presentan en el caso en mención no existe una jurisprudencia exacta o doctrina probable aplicada al caso, aunque en principio, los casos o exámenes judiciales son totalmente diferentes uno de otro, en este caso no existe una jurisprudencia que mencione amnistías o planes de justicia transicional hacia grupos beligerantes contra un estado, por lo que se tendrán en cuenta las decisiones que hablen sobre grupos beligerantes, dictaduras militares y cualquier otra jurisprudencia o decisión que sienta un precedente para el presente caso.

Definiciones generales y aspectos sobre la justicia transicional

Para entender el contexto principal de las conversaciones deben establecerse los aspectos más importantes de las fases iniciales de la mesa de conversaciones, que empezaron el 26 de agosto del año 2012, desde la ciudad de la Habana en Cuba, la mesa de conversaciones para poner al conflicto armado, instalada por el Gobierno de la República de Colombia y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del pueblo (FARC-EP) acordaron crear una serie de puntos guía, para discutir y acordar, con el fin de que el movimiento beligerante dejara las armas y se reintegrara a la vida civil, entre otras cosas, al acuerdo para el fin del conflicto y la creación de una paz estable y duradera¹. Este Acuerdo tiene distintos puntos de negociación para entablar un diálogo sobre dichos temas para que, de esta manera, y teniendo en cuenta las posiciones de cada una de las partes y el contexto nacional e internacional lograr acuerdos. El tercer eje temático relacionado con el fin del conflicto establece que en el marco del proceso de negociaciones general y simultáneo que se lleva a cabo en Cuba, para el gobierno de Colombia, existen unas obligaciones establecidas así; “[...] 3. El Gobierno Nacional coordinará la revisión de la situación de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP [...]; 5. El

¹ Delegación del Gobierno de Colombia y las FARC-EP. *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (La Habana, 2012). Como el de los paramilitares con la expedición de la Ley 975 de 2005 o con el M19 que en teoría fue uno de los detonantes y provocantes de la creación de una nueva Constitución.

Gobierno Nacional revisará y hará las reformas y los ajustes institucionales necesarios para hacer frente a los retos de la construcción de la paz [...]”².

Del acuerdo general se deducen las obligaciones que tendrá el gobierno para ajustar su política, sus instituciones y hacer las reformas necesarias para hacer la transición de un grupo de beligerantes hacia un grupo de excombatientes en proceso de reintegración a la sociedad, para ello debe tener en cuenta el mecanismo de mayor divulgación en el mundo, usado en países con conflictos y que ha usado anteriormente por Colombia en anteriores procesos de paz³.

Para entender qué es la justicia transicional podemos referirnos a las concepciones académicas y de los institutos especializados, por ejemplo, el Centro Internacional Para la Justicia Transicional establece que “La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”⁴. Respecto a la definición que tienen autoridades oficiales del gobierno de Colombia sobre este mecanismo de la justicia transicional, el concepto principal está dado así:

La justicia transicional es la manera de hacer justicia en contextos de transición política. Cuando se trata de ponerle fin a conflictos armados internos, la justicia transicional contribuye a conseguir, al mismo tiempo, dos objetivos esenciales: la negociación política del conflicto y la realización de la justicia. Para ello, la justicia transicional pone a disposición una serie de mecanismos y herramientas especiales que permiten enfrentar el legado de violaciones masivas a los derechos humanos,

² Ver la nota 1.

³ Como el de los paramilitares con la expedición de la Ley 975 de 2005 o con el M19 que en teoría fue uno de los detonantes y provocantes de la creación de una nueva Constitución.

⁴ International Center for Transitional Justice. “¿Qué es la justicia transicional?” (International Center for Transitional Justice, consultado el 14 de marzo de 2023). <https://www.ictj.org/es/what-transitional-justice>.

a través de la búsqueda del reconocimiento de las víctimas y la construcción de confianza entre los ciudadanos, y entre éstos y el Estado.⁵

De las anteriores definiciones, se pueden deducir distintas cosas para la construcción de una interpretación aplicable al proceso de paz actual, como que la justicia transicional, es un mecanismo transitorio y excepcional, en casos de graves conflictos y graves violaciones a los derechos humanos, que es usado como método de reparación y de acceso a la justicia para que las víctimas sientan satisfechos sus derechos a la verdad y a la reparación, por lo cual esta reparación es enfocada a lo simbólico.

En el contexto de los conflictos armados que han vivido los países internacionalmente, existe el Derecho Internacional de Humanitario, entendido como aquel conjunto de medidas, acciones y principios que se ponen en práctica y se tienen en cuenta en relación con algún conflicto que un Estado tenga en su territorio, es en teoría, humanizar la guerra⁶.

Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una institución de carácter judicial, nacida en el seno del examen del caso *Almonacid vs. Chile* en el análisis que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionada por primera vez por el juez Sergio García Ramírez en sus votos del caso *Myrna Mack y Tibi*⁷. Este control es aplicable sobre los análisis de las actuaciones de cada Estado para examinar si la actuación de una nación ya sea una autoridad administrativa, judicial y legislativa⁸, cumple o no los requisitos y obligaciones emanados por el Pacto de San José.

Otra definición del control de convencionalidad, aplicable al caso, es expuesta por el académico Manuel Quinche, quien establece que el con-

5 Ministerio de Justicia y Derecho. «¿Qué es la Justicia Transicional?» (Ministerio de Justicia y del Derecho, consultado el 15 de marzo de 2023). <https://www.minjusticia.gov.co/programas/justicia-transicional/direccion-justicia-transicional>

6 Cruz Roja Internacional. «¿Qué es el derecho internacional humanitario?» (*International Committee of the Red Cross*, julio de 2004). <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillos de Jurisprudencia N° 7: Control de convencionalidad* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

8 Ver la nota 6, Punto 3.5.

trol de convencionalidad está encaminado a garantizar la efectividad y protección de los derechos y deberes establecidos en el Pacto de San José y cualquier otro tratado que haga parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos⁹.

De los anteriores significados se establece la potestad que tiene la Corte IDH de examinar las actuaciones de un Estado para verificar si son ajustadas a la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como máxima autoridad en relación con el Sistema de Protección de Derechos Humanos, en virtud del poder que le confiere el Pacto de San José del 22 noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, en especial los artículos 52 al 69 que hacen mención sobre la creación de la Corte y su funcionamiento. Ratificado por Colombia, con la ley 16 de 1972 es el máximo órgano a nivel regional dado que fortalecen la protección de los mismos desde un punto de vista integral en donde cada Estado vinculante debe establecer los mecanismos que consagren su amparo para que pese a las posiciones políticas que puedan llegar a existir garanticen la existencia de los mismos para todas las personas sin distinción alguna.

De tal forma que el Pacto de San José en ejercicio del principio al respeto permite la modificación jurídica de las normas y procedimientos de los Estados para modificar sus normas internas y adecuarse a las normas internacionales y por ende al sistema interamericano, situación que se taxativamente en el:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹⁰

⁹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El Control de convencionalidad* (Bogotá: Editorial Temis, 2014).

¹⁰ Organización de Estados Americanos (OEA). Pacto de San José de Costa Rica. Departamento de Derecho Internacional.

Del anterior artículo y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH, es deber del Estado adoptar las disposiciones internas que velen por el cumplimiento del Pacto de San José, que implican incluso, y si fuese necesario, que el Estado modifique su legislación¹¹, o inclusive sus disposiciones constitucionales¹².

De los anteriores planteamientos se establece que el Estado tiene la obligación de adaptar sus disposiciones internas con el fin de velar por el cumplimiento de las normas internacionales, en este caso, la obligación del Estado de proteger y aplicar la Convención Americana de DD.HH, por lo que la adopción de disposiciones contrarias en su legislación interna podría llevar al Estado a incurrir en decisiones que en un juicio de convencionalidad que realice la Corte IDH, decidiría que son no convencionales o inconvencionales.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y teoría de aplicación de ese precedente en relación con un eventual proceso de justicia transicional en Colombia

Un plebiscito para legitimar la justicia transicional y por consiguiente un cambio al modelo jurídico del Estado

En relación con la legitimación y legalidad de la justicia transicional que surja luego del acuerdo en la mesa de negociaciones, el gobierno de la República de Colombia ha planteado la necesidad de crear un mecanismo refrendario, para que sean los ciudadanos de Colombia, es decir, el constituyente primario, quien debe aprobar lo acordado en La Habana. En el proyecto de ley que faculta al presidente para convocar un plebiscito y en esta medida consultar al pueblo sobre los acuerdos finales, se establece en su artículo tercero que la decisión que tomen las personas, con base al voto que emitan, es vinculante, para el desarrollo constitucional y legal en el ámbito de la competencia institucional¹³.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, 44 (Perú).

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 05 de febrero de 2001, (97), (Chile).

13 Senado de la República de Colombia. Proyecto de Ley 94 de 2015. Por medio de la cual se regula el plebiscito por la Paz" (Procedimiento Legislativo Especial para la paz), 11 de septiembre de 2015. <https://n9.cl/3otf4>

Con relación a esta ley estatutaria que autoriza al presidente de la república para que convoque al referendo, la Corte Constitucional de Colombia, máxima autoridad a la que se le otorga la función de establecer si algo es constitucional o no, está examinando la exequibilidad de dicha norma. En relación con el examen de constitucionalidad que la Corte actualmente está haciendo en relación con esa norma, distintas personas han expuesto sus criterios sobre el tema, una de las posiciones que está examinando la Corte Constitucional, es la del exfiscal general de la Nación, quien argumenta que el presidente de la república está completamente legitimado para firmar y desarrollar un Acuerdo de paz y que no necesita legitimación alguna.

En el anterior contexto se deduce que, con el mecanismo del plebiscito, se le dé una legitimidad del constituyente primario, hacia las decisiones que se pacten con el Acuerdo de paz. Para conocer desde un concepto académico qué es el plebiscito, debemos remitirnos a la sentencia C-180 de 1994¹⁴, el plebiscito es un mecanismo de participación ciudadana que pretende aprobar una decisión mas no un texto, por lo que podría establecerse que tiene un carácter mayormente político que jurídico, en el contexto colombiano, esta herramienta de participación ciudadana podría interpretarse como un llamado a las urnas para que a través del voto popular, se legitime de forma política una decisión del gobierno, en este caso, sobre los acuerdos de paz, mas este mecanismo no está habilitado para que el pueblo, por medio de su voto, introduzca alguna validez o legitimidad jurídica a lo que se pacte, es decir el objeto merecedor de la creación de la consulta.

Otra de las sentencias aplicables al caso es la sentencia C-150 de 2015 de la Corte Constitucional, en la cual que establece que “De admitirse que el plebiscito tuviera el mismo objeto o los mismos efectos que el referendo o la *consulta popular*, implicaría aceptar que el pronunciamiento popular podría desconocer la Constitución sin que pudiera, de forma alguna, controlarse judicialmente”¹⁵.

Del anterior análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, se desprende que el plebiscito, como está consagrado en la Constitución colom-

¹⁴ 74 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M. P. Hernando Herrera Vergara, 14 de abril de 1994.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015. M. P. Mauricio González Cuervo, 8 de abril de 2015.

biana y las leyes, es un mecanismo de carácter político, que surge como resultado de la necesidad de que los ciudadanos, aprueben una decisión o acto del gobierno o del presidente, por lo que podría ser una refrendación de ciertos, se subraya de nuevo, de carácter político. Ninguna decisión jurídica, que implique un cambio al ordenamiento jurídico del Estado puede ser aprobado o siquiera consultado por este medio, su creación y su desarrollo legal y jurisprudencia no han establecido que este mecanismo opere de esta forma. Incluso el artículo tercero o del proyecto de ley de plebiscito, que menciona la obligatoriedad de la decisión establece que la opción que las personas eligen será la mayoritaria a tener en cuenta, es decir, si los ciudadanos aprueban o desaprueban el plebiscito esta decisión es vinculante, por lo que debe obedecerse y como es una decisión del constituyente primario, está blindada de plena legitimidad.

Suponiendo que el control constitucional en Colombia apruebe dichas modificaciones y las nuevas interpretaciones que se han realizado a este mecanismo de refrendación, debe mencionarse que, en un control de convencionalidad, dependiendo de qué se pretende someter a consideración del pueblo, podría no pasar un control de convencionalidad. Para establecer cómo se aplicaría y en qué situación el control del Sistema Interamericano, se debe crear la suposición de que en el proceso de paz podrían darse amnistía e indultos que transgredan el derecho internacional o que se acuerden rebajas de penas o situaciones de la justicia transicional que no sean acordes a la jurisprudencia de los órganos internacionales, suponiendo tales hechos, el futuro plebiscito, así sea aprobado por los colombianos, no sería válido ante el Sistema Interamericano.

La razón del anterior argumento es que existe una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que menciona la imposibilidad de establecer amnistías, indultos o violaciones en violación al Derecho Penal Internacional y en violación a la jurisprudencia de dicha corte, pero además de ello, la Corte ha establecido que si incluso se pretenden establecer dichos sistemas y que sean aprobados por el constituyente primario, es decir, el pueblo, para darles mayor legitimidad y legalidad, carecen dichas decisiones de efectos jurídicos y podrían acarrear una violación de las disposiciones internacionales. En la sentencia Caso Gelman vs. Uru-

guay¹⁶, la Corte Interamericana estableció que “La sola existencia de un régimen democrática no garantiza, per se, el permanente respeto del derecho internacional”. En relación con la legitimidad de las acciones que se tomen, por otro lado, en relación con las graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, esa misma sentencia estableció que

la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales debe primar un control de convencionalidad.¹⁷

De la anterior sentencia, se desprende el principio de que la convencionalidad es una herramienta que se aplica en cualquier momento del Estado, ya sea en una intervención que este hace, o cuando convoca al pueblo, es decir, en cualquier momento en que desee tomar una decisión, siempre debe tener en cuenta la convención, inclusive si la decisión se pretende legitimar o aprobar a través del voto popular.

Esta convocatoria y su posterior resultado deben ajustarse a la convención y las normas internacionales, de lo contrario, no tendría ningún sustento jurídico, porque las decisiones de las mayorías no pueden socavar derechos o legitimar irrealidades.

Por lo tanto, un plebiscito que trate temas inconventionales o que no cumplan los parámetros mínimos establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puede producir una condena para el Estado colombiano y no serían válidos.

El Derecho a la verdad

En el marco de la jurisprudencia interamericana, uno de los grandes derechos que ha sido reconocido por la Corte respecto a las víctimas, en cualquier proceso de Justicia Transicional es la verdad en el marco los hechos sucedidos de acuerdo con el delito al que se vieron afectados.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, 239 (Uruguay).

¹⁷ Ver la nota 15.

En el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*¹⁸ la Corte esgrimió que las investigaciones que realice un Estado deben estar enmarcadas en la verdad, en especial aquella que es procesal. En la sentencia del caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, la Corte estableció que el derecho a la verdad enmarca el conocimiento pleno de los actos delictivos realizados, los perpetrados, el marco en que se produjeron estos hechos, su particularidad y, además, la posible motivación que llevó a los perpetradores a cometer sus delitos¹⁹. Igualmente, en la misma sentencia que para un delito especial como lo es el desplazamiento especial, donde tienen derecho a conocer el destino y el lugar final de las personas desaparecidas. Esto es posiblemente aplicable a delitos de gran impacto como las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y violaciones masivas al derecho internacional de los Derechos Humanos.

En el marco el proceso de paz en Colombia, según lo establecido en el borrador conjunto sobre el punto de las víctimas, se estableció que uno de los principios fundamentales que tiene el proceso de paz es la búsqueda de la verdad en sus facetas, a manera de ejemplo, el punto 27 de dicho acuerdo establece que “La concesión de amnistías o indultos o el acceso a cualquier tratamiento especial, no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad conforme a lo establecido en este documento”²⁰, por lo que uno de los grandes ejes que se tienen en cuenta al momento de desarrollar un sistema de paz, es la verdad, independientemente de los procesos penales o medidas de reparación a las que se acojan los excombatientes de los grupos armados.

Dentro de los procedimientos para la declaración y el reconocimiento de la verdad de estos casos se puede encontrar que se permite, eventualmente, la presencia de las víctimas en estos procesos de reconocimiento la verdad²¹. También se establece que las organizaciones de víctimas podrán

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de mayo de 2010.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentencia de fondo del 14 de octubre de 2014. Serie C N 285.

²⁰ Gobierno de Colombia y FARC-EP. *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos* (Documento borrador, 15 de diciembre de 2015).

²¹ Ver la nota 19.

presentar sus informes sobre los hechos a examinar y para indagar, para ello debe tenerse en cuenta que según el acuerdo y lo establecido en este tribunal, los informes de las víctimas tienen el rango de informe de fiscalía, es decir tienen rango válido y de derecho.

En conclusión, en relación con el derecho a la verdad de las víctimas, el acuerdo cumple con los estándares internacionales.

Principios mínimos y marco de aplicación de una ley penal en el marco de la justicia transicional

En el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se han examinado distintos casos de Estados Parte de la convención que atañen a la justicia transicional o que inciden directamente en la construcción de esta.

La mayoría de los casos en los que la Corte IDH se pronuncia respecto a la justicia transicional se da en el marco de la violación masiva de derechos humanos cometidas por agentes estatales, gobiernos en situación de control dictatorial u otros sistemas parecidos, en los cuales el Estado utiliza todo su sistema económico, social, político y militar para ejecutar actos que van en contravía de los derechos humanos, por lo que se presentan casos en los cuales la propia administración facilita la declaratoria de amnistía sobre los actores que cometieron ciertos delitos o sobre personas que estuvieron involucradas en la comisión de estos delitos y tuvieron conexión con el Estado. Otro de los fenómenos que se presenta es el de la asignación de una jurisdicción especial que investigue, juzgue y sancione a los perpetradores, especialmente cuando son hechos unidos a personas de rango militar o perteneciente a la fuerza pública de un Estado.

Respecto a la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que habla sobre las leyes de amnistía, es válido mencionar el caso *barrios altos vs. Perú*, pues en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sus decisiones más importantes sobre la incompatibilidad de la ley de amnistía de cada Estado Parte de la convención al aplicar un control de convencionalidad.

Conclusiones

Del anterior trabajo se desprende la necesidad de que las autoridades colombianas y las personas que están en la mesa de conversaciones de La Habana, además de las personas que se encargarán de implementar los acuerdos de paz, noten que pueden existir unas vacíos o creaciones jurídicas que no sean aptas para el derecho internacional, en especial para los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque de acuerdo a los planteamientos anteriormente expuestos puede que ciertos instrumentos de la justicia transicional no pasen los límites ni de constitucionalidad ni de convencionalidad a nivel interno.

Referencias

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-180 de 1994. M. P. Hernando Herrera Vergara, 14 de abril de 1994. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2015. M. P. Mauricio González Cuervo, 8 de abril de 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, 5 de febrero de 2001, (97), (Chile).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, 44 (Perú).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, 26 de mayo de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, 239 (Uruguay).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia de fondo del 14 de octubre de 2014. Serie C N 285.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillos de Jurisprudencia N° 7: Control de convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Cruz Roja Internacional. “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”. *International Committee of the Red Cross*, julio de 2004. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>.

Delegación del Gobierno de Colombia y las FARC-EP. *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (La Habana, 2012).

Gobierno de Colombia y FARC-EP. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. Documento borrador, 15 de diciembre de 2015. <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2015/12/acuerdo-punto-victimas.pdf>

International Center for Transitional Justice. “¿Qué es la justicia transicional?”. International Center for Transitional Justice, consultado el 14 de marzo de 2023. <https://www.ictj.org/es/what-transitional-justice>.

Ministerio de Justicia y Derecho. “¿Qué es la Justicia Transicional?”. Ministerio de Justicia y del Derecho, consultado el 15 de marzo de 2023. <https://www.minjusticia.gov.co/programas/justicia-transicional/direccion-justicia-transicional>

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *El Control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

***Fracking*: entre la fórmula utilitaria del progreso económico y el deber estatal de conservación de los ecosistemas**

David Ernesto Díaz Navarro

Resumen

En el marco de las actividades, proyectos u obras en el sector hidrocarburífero, que están destinadas a la explotación de recursos naturales no renovables para la extracción de petróleo líquido, petróleo gaseoso, entre otros, existe una práctica denominada *fracking*, cuyo propósito es optimizar la extracción de recursos en yacimientos de hidrocarburos no convencionales. El *fracking*, perforación o fracturación hidráulica —vertical y horizontal— del subsuelo, representa una práctica económica, cuya esencia descansa en el paradigma o tendencia antropológica, relativa al progreso de las sociedades y del hombre, en tanto ser social. En efecto, más allá de las vertientes que hallan en la exploración y explotación de hidrocarburos una razón constitucional que legitima al Estado para extraer estos recursos naturales, es imperioso dimensionar una tendencia que contraría la visión sobre el *progreso económico de las sociedades*, pues ella representa un perjuicio, tanto para el ser humano como para la *naturaleza*, y que en su lugar evoca una visión o fórmula ecológica sobre la conservación integral de seres vivos y ecosistemas. De acuerdo con lo anterior, el objeto del presente escrito estriba en analizar si el medio ambiente, en el marco de las buenas prácticas de la industria del petróleo, a propósito del *fracking*, es un *ente natural* susceptible de derechos. En esta conformidad, se pretende responder la siguiente cuestión: en vista del principio de protección de los ecosistemas, ¿cuál es el deber económico y ecocéntrico del Estado social y de derecho colombiano, respecto de la práctica de fracturación hidráulica?

Palabras clave: constitución ecológica, desarrollo sostenible, ecocentrismo, fracturación hidráulica, gobernanza ambiental, protección ambiental.

La naturaleza siempre vela por la preservación del universo.

ROBERT BOYLE

Introducción

El estado de la cuestión que caracteriza al presente texto es relativo frente a los *beneficios y perjuicios* de la técnica denominada *fracturación hidráulica del subsuelo*, motivo por el cual se acota el análisis a dos puntos principales: i) el beneficio económico y ii) los efectos geológicos, medioambientales y de salud que representa el *fracking* desde un enfoque jurídico, filosófico y ecocéntrico. De estos puntos se derivan cuatro ámbitos en los que la fracturación hidráulica tendría un impacto significativo, conforme a la metodología cualitativa que caracteriza a este estudio. 1) El ámbito económico, con el fin de identificar su rentabilidad; 2) el ámbito social, con el propósito de establecer sus efectos adversos para con la dignidad humana; 3) el ámbito medioambiental, para determinar las afectaciones potenciales de que serían objeto los ecosistemas; y 4) el ámbito legal, de modo que se esclarezcan los escenarios y se hallen las soluciones jurídicas más óptimas para decidir sobre la necesidad o no del *fracking* en Colombia.

Así que, el estado de la cuestión evocado se inserta en el marco de la discusión o, en otra terminología, disputa entre el progreso social —en cuyo núcleo se halla el paradigma antropocéntrico de orden utilitarista— y la conservación de los ecosistemas —que está caracterizado por el paradigma ecocéntrico de orden ecológico—. Valga aclarar, para estos efectos, que el primer paradigma no incluye en su seno a la denominada *antropología cultural*, según la cual *naturaleza* y cultura son en sí mismos mundos diferenciados, pero que el antropocentrismo, a través del concepto de *lo político* ha unificado¹; el segundo paradigma avizora en el *ecologismo* una postura integral capaz de incluir, en cualquier discusión o asunto político, una dimensión ambiental. Ello supone, en el orden en que convergen antropología cultural (rol humano frente a natura) y *ecologismo* (sostenibilidad y desarrollo ambiental) que cualquier práctica, decisión, fin o plan

¹ Heffes, Gisela. "Introducción. Para una ecocrítica latinoamericana: entre la postulación de un ecocentrismo crítico y la crítica a un antropocentrismo hegemónico". Revista de Crítica Literaria Latinoamericana 40, núm. 79 (2014): 11-34.

económico y social, sería legitimado, en fundamento de un componente o aspecto ambiental².

Esta aclaración contribuye a *pensar* en la práctica de la técnica del *fracking*, no solo desde la perspectiva del ser humano afectado o beneficiado, sino desde la postura de una *naturaleza* destruida o preservada. Es así como, el estado de la cuestión sobre los *beneficios y perjuicios* de esta técnica del sector hidrocarburífero está enmarcada en la dicotomía humano-*naturaleza* (orden biológico), cultura-*naturaleza* (orden sociológico), ser-ente (orden ontológico) y utilitarismo-sostenibilidad (orden económico). En conformidad con todo lo anterior, el propósito del presente capítulo converge en hallar un punto de inflexión entre antropología y *ecologismo*, el cual contribuya a legitimar la práctica del *fracking*, porque, si bien se advertirán una serie de considerables desventajas en su realización, existen ventajas que, aunadas a una agenda ambiental de preservación de ecosistemas —cuyo fin sea mitigar tales perjuicios y potenciar los beneficios—, serán puntos idóneos en favor de la extracción de hidrocarburos, mediante técnicas no convencionales.

Por último, a este propósito, se añade la tesis del presente: la necesidad de emplear el *fracking* de manera transitoria y regulada bajo la meta que la Nación colombiana, en el marco del desarrollo sostenible, logre consumir la transición energética. Esta tesis presenta dos dimensiones: i) si la fracturación no representa un detrimento para con los derechos de las personas y del medio ambiente (en tanto, sujetos de derechos), entonces debe buscarse un modo de operar el método, bajo el supuesto de reducir, en la medida de lo posible, sus efectos adversos; y ii) si la fracturación funge como método transitorio para la extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, entonces debe cumplirse el supuesto anterior, en vista de que Colombia logre, eventualmente, consumir su meta sobre la transición energética.

² Valdivielso, Joaquín. “La globalización del *ecologismo*. Del ecocentrismo a la justicia ambiental”. Medio ambiente y comportamiento humano. Revista Internacional de Psicología Ambiental 6, núm. 2 (2005): 183-204.

Marco conceptual de la fracturación hidráulica

En primera instancia, el *fracking*: perforación vertical y horizontal del subsuelo o, con mayor exactitud, la “fracturación hidráulica se desarrolla como un método moderno de extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales”³. El *fracking*, en esencia:

Es un procedimiento que utiliza una mezcla de líquidos y sólidos que se inyectan a una muy alta presión dentro de una formación rocosa con el propósito de romper las rocas para formar fisuras o fracturas, que una los poros de la roca y establezca canales de comunicación para permitir que los hidrocarburos fluyan hacia el pozo aumentando su producción.⁴

Vergel y Becerra presentan una definición semejante, pero haciendo énfasis en la *naturaleza* química, más que instrumental, de la técnica de fracturación:

[S]e basa en inyectar a través de pozos anteriormente excavados una composición de agua con aditivos químicos y arena a elevadas presiones para lograr que las rocas se fracturen, liberando de esta manera los hidrocarburos que contiene, y a través de sistemas de bombeo se almacenan para su posterior distribución.⁵

En segunda instancia, un *yacimiento no convencional* (YNC) corresponde a “aquellos recursos de petróleo y gas que requieren técnicas especializadas para su extracción”⁶. Por su parte, un *yacimiento convencional* (YC) corresponde a un conjunto de recursos naturales que requiere de técnicas o métodos estándares para su extracción⁷. La Asociación Colombiana

³ Ruiz, Paula. *Marco jurídico de la fracturación hidráulica –fracking en Colombia* (Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2020), 3.

⁴ Montoya, Milton. *Regulación comparada de yacimientos no convencionales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 43.

⁵ Vergel, Martha y Lili Becerra. “Impactos del fracking y una mirada del panorama colombiano”. *Journal de Ciencia e Ingeniería* 12, núm. 1 (2020): 265.

⁶ Padilla, John. *El potencial de los yacimientos no convencionales en Colombia* (Washington: Atlantic Council, 2020), 4.

⁷ Universidad de Calgary. “Conventional vs. unconventional resource” (Energy Education, 2019).

de Petróleo y Gas⁸ señala, sobre la diferencia entre el conjunto de recursos en YNC y YC, que:

Los hidrocarburos que se encuentran en yacimientos convencionales y no convencionales son iguales, se trata del mismo gas [hidrocarburo gaseoso] y del mismo petróleo [hidrocarburo sólido]. Lo que los hace distintos es el tipo de yacimiento en el que se encuentran.⁹

Ciertamente, las formaciones de rocas en que se suelen caracterizar los yacimientos convencionales tienen porosidad y permeabilidad mayor, en relación con los yacimientos no convencionales¹⁰. La porosidad del subsuelo deviene en que el flujo de hidrocarburos, líquidos y sólidos transiten a través de la roca sin afectar sus propiedades físicas; esta permeabilidad, gracias a la cual se debe la denominación de convencional, facilita el empleo de técnicas estándar para la extracción de combustibles fósiles. La ACP¹¹ presenta una lista de recursos naturales que requiere el empleo de técnicas tradicionales para su obtención: el crudo pesado, el crudo asociado a lutitas, las arenas bituminosas y los yacimientos de crudo apretado.

En consonancia, el motivo por el cual la fracturación hidráulica —que podrá efectuarse de manera vertical y horizontal— se emplea en yacimientos no convencionales se debe a que algunos recursos naturales no renovables se encuentran en formaciones de rocas del subsuelo, cuya profundidad es mayor, con respecto a los yacimientos convencionales. Según la ACP¹², la perforación de un pozo, bien sea vertical u horizontal, es superior a los 2500 metros de profundidad. Por otra parte, Lallanilla¹³ señala que, en los EE. UU. el proceso de fracturación inicia en un pozo o yacimiento de hidrocarburos y que su realización consiguiente se supedita a los siguientes pasos: 1) desde la superficie del suelo se perfora vertical o diagonalmente hasta alcanzar una profundidad de 1 a 2 millas (lo que

⁸ En adelante, ASC.

⁹ Asociación Colombiana del Petróleo y Gas. “Los yacimientos no convencionales y su importancia para Colombia” (Vicepresidente de Asuntos Públicos y Comunicaciones, 2014).

¹⁰ Ver la nota 7 y 9.

¹¹ Asociación Colombiana del Petróleo y Gas. “Preguntas y respuestas sobre los yacimientos no convencionales” (ACP, 2013).

¹² Asociación Colombiana del Petróleo y Gas. “Fracturación hidráulica” (ACP, 2018).

¹³ Lallanilla, Marc. (2018, Febrero 9). “Facts about fracking”. *Live Science*.

es equivalente a 1,6 a 3,2 kilómetros); 2) el pozo, a continuación, sería recubierto, tanto de cemento como de acero, con motivo de impedir filtraciones de combustibles fósiles a aguas subterráneas; y, por último, 3) habiendo alcanzado la formación de roca en cuyo interior se hallan hidrocarburos, el pozo vertical debe curvarse 90°, de tal suerte, que ubicado horizontalmente perfora la capa de la roca. Cabe anotar que la perforación horizontal puede superar 1 milla, lo que es igual a extenderse a más de 1,6 km¹⁴. Este proceder es equivalente en el sector hidrocarburífero de Colombia y otros Estados del mundo.

Por esos motivos, los recursos naturales que requieren la utilización de técnicas no convencionales, tales como la fracturación hidráulica, son los siguientes: gas asociado a lutitas, gas apretado, gas metano asociado a mantos de carbón e hidratos de metano¹⁵. Así lo precisa John Padilla cuando afirma que: “En el caso de los recursos de lutita, estos requieren un fracturamiento horizontal hidráulico y de múltiples etapas que crea grietas en la formación, dada la baja permeabilidad y porosidad encontradas”¹⁶. Así, elucidado el marco conceptual en torno a la técnica del *fracking* es imperioso conocer ahora cuál es el marco normativo vigente en Colombia que rige la práctica de esta técnica de extracción de hidrocarburos.

Legalidad y constitucionalidad de la fracturación hidráulica

La Carta Política de 1991 consagra: 1) cuál es el estatus del subsuelo y los recursos naturales para la Nación, 2) cuál es el rol tanto de las personas jurídicas como naturales frente a las riquezas culturales y naturales, y 3) cuál es el rol y obligación del Estado a este respecto. En cuanto al primer aspecto, el artículo 8° reza que: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”¹⁷, y, a su vez, el artículo 332 dispone que: “El Estado es propietario del subsuelo y de

¹⁴ Uhlman, Kristine, Diane Boellstorff, Mark McFarland, Drew Gholson, & John Smith. “Hydraulic fracturing and your private water well”. Texas A&M. AgriLife Extension (2014): 1-4.

¹⁵ Ver la nota 11.

¹⁶ Ver la nota 6, 4.

¹⁷ Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.° 116, 7 de julio de 1991.

los recursos naturales no renovables”¹⁸. En efecto, el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, tendrá a su cargo la dirección del proceso de fiscalización (actividades relacionadas con la evaluación, exploración y explotación¹⁹ de RNNR) y liquidación (producción y comercialización de RNNR) de hidrocarburos en el marco del Sistema General de *Regalías* (SGR)²⁰.

A este efecto, acerca del tercer aspecto debe invocarse la noción de buen gobierno, tanto desde la postura económica que invocó Adam Smith²¹ como desde la postura institucional del derecho administrativo. La primera se refiere a los insumos públicos (bienes y servicios) que el gobierno debe distribuir al género de la sociedad; y el segundo alude a los órganos del Estado colombiano, las cuales podrán transferir funciones a otras entidades, a través de la delegación. Este es el caso del Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH)²², por medio de las cuales el Estado colombiano (República Unitaria):

Intervendrá [...] en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía, con el fin de conseguir [...] en el marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.²³

En la medida que personas naturales y jurídicas de orden privado y público (empresas operadoras petroleras) puedan intervenir en la explotación de RNNR, a propósito del SGR, estas deberán causar, a favor del Estado, una contraprestación económica denominada *regalía*, la cual completa-

18 En adelante, RNNR.

19 Como antecedente de esta actividad, el Estado colombiano expidió el Decreto 1053 de 1953 por medio del cual se creó el código de petróleos.

20 Congreso de la República de Colombia. Ley 2056. Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del sistema general de regalías. 30 de septiembre de 2020. Diario Oficial, 51.453.

21 Smith, Adam. La riqueza de las naciones (Madrid: Alianza Editorial, 1994).

22 La primera delega a la segunda la fiscalización de los recursos naturales de la Nación.

23 Ver la nota 17, art. 334.

rá el ciclo de la fiscalización y la liquidación de hidrocarburos, a través de la distribución de las compensaciones económicas a todas las entidades territoriales. Con base en el primer y segundo aspecto, se avizora el beneficio económico resultante de la explotación de RNNR. Este beneficio se vería potenciado mediante la extracción de hidrocarburos líquidos y gaseosos provenientes de yacimientos no convencionales, y para los cuales es menester utilizar el *fracturamiento hidráulico*. Esta mención invoca, en el mismo orden, el paradigma sobre el *antropocentrismo utilitarista* y la realidad ineludible sobre el *progreso económico de las sociedades*, en función del buen gobierno.

A este propósito, los profesores Eduardo Andrés Velandia y Jorge Villamil Burgos han advertido que “el constitucionalismo ambiental ha fallado al no lograr imponer límites contundentes a los gobiernos de turno”²⁴. Ello, debido a que, el mismo gobierno ostenta una discreción aparentemente ilimitada para explorar y explotar los RNNR del subsuelo colombiano, a pesar del artículo 79 de la Carta Política, relativo al deber estatal de protección de los ecosistemas y la Ley 99 de 1993²⁵, que refuerza esta obligación en la misma consonancia. En cualquier caso, es resaltable, jurisprudencialmente, que la protección ambiental ha sido elevada a principio en la sentencia C-300 del 2021²⁶ y se ha procurado configurar una compatibilidad entre el desarrollo socioeconómico y, precisamente, la salvaguarda del medioambiente.

Por ello, el segundo aspecto es, si se quiere, una contramedida o contrapeso que sopesa la balanza económica, no en favor del componente ambiental y en perjuicio del económico, sino en beneficio de un equilibrio en que toda agenda política (entiéndase proyecto público de explotación de RNNR) concedería una prioridad principal y no accesorio a la preservación del medioambiente. La Carta Política colombiana, de hecho, se adscribe

²⁴ Velandia, Eduardo y Jorge Villamil. “¿Una justicia ambiental o una justicia constitucional? Panorama de la garantía del derecho al medio ambiente en Colombia. En Viciisitudes del derecho ambiental en el Estado constitucional (editado por Claudia Martínez, 15-34, Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2023), 29.

²⁵ Congreso de la República de Colombia. Ley 99. 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. 22 de diciembre de 1993. Diario Oficial, 41.146.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-300/21 8 de septiembre de 2021. M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

taxativamente al paradigma ecocéntrico, relativo al hecho de diferenciar entre cultura y *naturaleza*, y tanto más se acentúe esta autonomía, más será efectiva la postura que persigue el cumplimiento de las denominadas metas u objetivos de desarrollo sostenible que, en lo consiguiente, se enunciarán. Valga decir, no obstante, que la Constitución no desconoce el paradigma antropocéntrico utilitarista, especialmente, cuando promueve la iniciativa privada²⁷ y la sostenibilidad fiscal como herramienta estructural del Estado Social de Derecho, cuya función es garantizar el principio de progresividad de los derechos fundamentales²⁸ o, *lato sensu*, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹.

En suma, aunque se invoque la existencia de una Constitución Ecológica, no es menos cierto que en el ordenamiento colombiano prevalece una postura antropocéntrica, no en su sentido más radical, sino en lo que respecta a la protección del derecho fundamental humano. Así, la utilización de la práctica de *fracking* no es una cuestión exclusivamente económica o ambiental, sino una cuestión de necesidad pública (en que convergen dimensiones políticas, sociales, económicas, culturales y, a merced de todo lo anterior, cuestiones humanas, en el marco de la gobernanza institucional del Estado. Al respecto, Andrew Dobson elucida tales posturas que conciliarían, en este parecer, el *fracking* dentro del orden ambiental y económico:

El ambientalismo aboga por una aproximación administrativa a los problemas ambientales, convencido de que puede ser resueltos sin cambios fundamentales en los actuales valores o modelos de producción y consumo, mientras que el *ecologismo* mantiene que una existencia sustentable y satisfactoria presupone cambios radicales en nuestra relación con el mundo natural no humano y en nuestra forma de vida social y política.³⁰

27 Ver la nota 17, art. 333.

28 Véase la sentencia de unificación 01541 de 2016 proferida por el Consejo de Estado sobre los principios de progresividad y regresividad.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-585/08, 12 de junio de 2008. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

30 Dobson, Andrew. Pensamiento político verde (Barcelona: Ediciones Paidós, 1997), 22.

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional colombiana ha hecho énfasis, precisamente, en tales cambios que, en lugar de denominar radicales, de preferencia se categorizan como transitorios. Primero, a través del principio de progresividad, se hace una observancia de la “eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales”³¹, lo que implica que las fallas institucionales y económicas estatales deben solucionarse para cumplir con tal garantía prestacional, so pena configurar la responsabilidad del Estado, ya sea nacional o internacionalmente; y, segundo, a través del *principio del Estado Social de Derecho* se advierte cómo, en función de la sostenibilidad fiscal (entiéndase medidas institucionales y económicas), el gobierno idóneamente materializaría los fines esenciales del Estado. Entre otras metas u objetivos de desarrollo sostenible³², que son compatibles con aquellos fines, es válido mencionar los siguientes:

- Salud y bienestar (objetivo tercero).
- Agua limpia y saneamiento (objetivo sexto).
- Energía asequible y no contaminante (objetivo séptimo).
- Industria, innovación e infraestructura (objetivo noveno).
- Ciudades y comunidades sostenibles (objetivo undécimo).
- Acción por el clima (objetivo décimo tercero).
- Vida de ecosistemas terrestres (objetivo décimo quinto).³³

Al poner de manifiesto estos objetivos permite, de manera puntual, abordar las ventajas (beneficios) y desventajas (perjuicios) del *fracking* en tanto técnica necesaria, transitoriamente, para ofrecer aquellos servicios que se fundan y funcionan, gracias al sector de hidrocarburos. Aunque se advierta una comprensible y plausible contradicción en el mundo de la lógica formal, asimismo, una ineludible responsabilidad y práctica en el *mundo social* debe admitirse que el *fracking* no es completamente compatible con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, pero no es necesariamente incompatible con el hecho de que la Nación colombiana logre la transición energética, si se trata de un método transitorio y susceptible de control. Esta compatibilidad sugerida encuentra su razón de ser en la obligación del

³¹ Ver la nota 29.

³² En la Agenda 2030 diseñada por la Organización de Naciones Unidas se formulan 17 objetivos de desarrollo sostenible. Aquí se acomete la tarea de evaluar siete de ellos.

³³ Organización de las Naciones Unidas. Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Nueva York: ONU, 2019).

Estado para con el derecho al desarrollo sostenible³⁴, su deber frente al principio de protección de los ecosistemas^{35, 36}, así como en el deber ciudadano frente al derecho de gozar de un ambiente sano, cuyo cumplimiento puede configurarse, a través de la acción de tutela, la acción popular (en especial, frente a la transgresión colectiva de derechos fundamentales) y otros mecanismos de participación como la *consulta popular* o la consulta previa (para grupos étnicos).

Desventajas de la fracturación hidráulica

En este apartado, se examinará si la técnica de fracturación hidráulica constituye un detrimento de los derechos de las personas y del medio ambiente (en tanto sujeto de derechos). Con el motivo de caracterizar y validar tales desventajas, se emplearán los siete (de 17) Objetivos de Desarrollo Sostenible mencionados en el apartado anterior. La condición es la siguiente: si, en mayor medida, el *fracking* impacta negativamente en el cumplimiento de estas metas, si ese fuera el caso, la tesis inicialmente presentada, se consideraría inmediatamente desvirtuada. No obstante, cabe aclarar que, aunque esta técnica resultara favorable para los objetivos, semejante resultado no satisfaría por sí mismo la tesis formulada por dos motivos: 1) la condicional planteada es susceptible de un sesgo selectivo, esto es, los siete objetivos elegidos podrían no ser idóneos para caracterizar las ventajas y desventajas del *fracking*, y 2) aún si se hallara que el *fracking* constituye una técnica susceptible de ser plenamente controlada para prevenir el detrimento ambiental, empero, debe cuestionarse si el Estado colombiano será capaz de ejercer esa regulación en debida forma, con base en una gobernanza ambiental en esta materia.

La primera y más evidente desventaja de la fracturación hidráulica descansa en el hecho de que los recursos naturales no renovables son, precisamente, no renovables. La obviedad de la observación trasciende otro hecho y es que si, ante un potencial deterioro ambiental, debido a la ejecución del *fracking*, el Estado impone las sanciones legales y exige la reparación de daños causados, conforme lo consagra la Carta Política en su

³⁴ Ver la nota 17, art. 80.

³⁵ Ver la nota 17, art 70.

³⁶ Ver la nota 26.

artículo 80, lo cierto es que, primero, la sanción sería pecuniaria y, segundo, la reparación, a saber, tendría la misma *naturaleza*. Un evento que se hace extensible al mismo Estado, conforme al artículo 90 de la constitución, toda vez que, el daño medioambiental puede provenir de la acción de sus agentes o por su omisión a este respecto. Pero la esencia del cuestionamiento descansa en que, aunque se configure el daño ambiental y que este daño sea imputable al Estado, los RNNR no pueden, en el marco de la reparación jurídica a que se refiere el derecho civil, administrativo, internacional, etcétera, volver a su estado anterior: la restitución en este caso no es necesariamente susceptible de ello.

Más que una cuestión netamente legal, esta es, indudablemente, una cuestión sociojurídica y ecológica, toda vez que, descubre que el medio ambiente de manera análoga al homicidio de una persona natural, aún frente a una declaración legal de reparación (incidente de reparación integral), no puede volver a su estado previo: la vida. Por ello, debe cuestionarse, sin entrar en profundidad en este debate sobre derecho ambiental, si el medio ambiente (como lo sugiere el ecocentrismo) es sujeto de derechos por sí mismo, esto es, en cuanto *ente natural* o si, por el contrario, es sujeto de derechos por cuenta de un tercero, esto es, en relación con los seres humanos. Invocado el cuestionamiento a manera preventiva, hay que precisar algunas desventajas puntuales sobre la perforación del subsuelo, mediante fracturación hidráulica horizontal y multietapas:

1. Para fracturar yacimientos de hidrocarburos se requiere un estimado de entre 9000 y 29 000 toneladas de agua³⁷. Otras estimaciones sugieren que entre uno a cuatro millones de galones de agua se emplean para operar la fractura de yacimientos no convencionales³⁸. Los recursos hídricos aparecen, pues, como un insumo de *naturaleza* pública que debe ser abastecido por parte del Estado. Esta desventaja demuestra, sin lugar a duda, una prevalencia por el aspecto económico, en detrimento del aspecto ambiental y humano, puesto que afectaría reservas de agua necesarias para adelantar la actividad

37 Sarlingo, Marcelo. "Impactos socioambientales del fracking. Opacidad, política ambiental y explotación de hidrocarburos no convencionales". Atek Na [En la Tierra] 3, (2013): 237-276.

38 United States Environmental Protection Agency (U.S. EPA). *Hydraulic fracturing for oil and gas: Impacts from the hydraulic fracturing water cycle on drinking water resources in the United States. Executive Summary* (Office of Research and Development, EPA/600/R-16/236ES, 2016).

agrícola y menoscabaría el consumo potable de esta sustancia básica³⁹. Por ello, tendencias jurídicas actuales han contemplado en el agua y su saneamiento un derecho humano fundamental pendiente y, por cierto, de regulación legal en Colombia, aunque con avances jurisprudenciales en su reconocimiento⁴⁰.

2. El agua empleada para la perforación es mezclada con aditivos químicos y metano, cuya finalidad es mejorar los niveles de presión del agua que se inyectan a la formación de rocas. En secciones ulteriores, se hizo mención acerca de la función que desempeña el acero y el cemento para impedir filtraciones de los combustibles fósiles a aguas subterráneas; al respecto, Nidia Guerrero-Sánchez advierte que existen posibilidades que fuentes de agua potable sean contaminadas gracias a la inyección de agua⁴¹; no obstante, señala que los riesgos son muy mínimos. Este riesgo, pese a no ser alto, no ignora potenciales afectaciones para la salud de los seres humanos que consumen agua potable proveniente de fuentes subterráneas que podrán quedar expuestas a la contaminación química⁴². Por ello, la Corte Constitucional ha recordado que el agua potable es un derecho fundamental autónomo universal, individual y colectivo, básico para materializar el derecho a la salud⁴³⁴⁴.
3. Con la expedición de la Resolución 40066 del 2022, el Estado colombiano ha estado procurando prevenir la emisión de gases efecto

³⁹ Castro, Camilo Iván. *Análisis jurídico del marco legal de los hidrocarburos no convencionales y de las implementaciones en el derecho ambiental de la técnica fracking* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión de Tutelas. Sentencia T-401/22, 16 de noviembre de 2022. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁴¹ Guerrero-Sánchez, Nidia Patricia. *El derecho fundamental a un medio ambiente sano en el marco de la explotación de recursos naturales no renovables: un estudio del fracking en Colombia* (Tesis de pregrado Universidad Católica de Colombia, 2016).

⁴² Martínez, Fabián, Carlos Mateo Perilla y Juan David Urquijo. "Fracking: viabilidad económica y ambiental en Colombia". *Econografos. Escuela de Economía*, núm. 133 (2019): 1-34.

⁴³ Ver la nota 40.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-104/21, 21 de abril de 2021. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

invernadero, mediante la mitigación de fugas y venteo de metano⁴⁵. Nidia Guerrero-Sánchez, empero, revela que la fracturación hidráulica produce la fuga no solo de metano, sino de “óxidos de nitrógeno; compuestos orgánicos volátiles; benceno, tolueno, etilbenceno y xilenos; monóxido de carbono; dióxido de azufre; y sulfuro de hidrógeno”⁴⁶. Estos y otros materiales con alta toxicidad pueden contaminar el aire que respiran las comunidades humanas.

4. Sumado a las desventajas anteriores, Vergel y Becerra⁴⁷ advierten que, en la actualidad, existe una crisis en el abastecimiento de RNNR, en relación con su extracción de YC, lo cual ha propiciado, en su defecto, la hipotética necesidad de recurrir a técnicas novedosas —como el método de *fracking*— para extraer hidrocarburos que yacen en YNC. Esta dependencia económica del sector de hidrocarburos expresa una sentida desventaja, pues da lugar a preguntarse si, tras agotar los yacimientos de hidrocarburos que se rastrean en yacimientos no convencionales, el Estado hallará alternativas para responder a la demanda de servicios impulsados por este sector. He ahí la necesidad, a largo plazo, de una verdadera transición energética, lo cual no está en contravía, *stricto sensu*, con el método de *fracking*, si su empleo es transicional.

De este modo, la consideración al respecto que debe evocarse radica, primero, en que haya claridad en cuanto a que el método de fracturación hidráulica no está en verdadera consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativos a la salud y bienestar; al agua limpia y saneamiento; a las ciudades y comunidades sostenibles; a la acción por el clima y la vida de ecosistemas terrestres. Y, segundo, que es posible, a pesar de todo lo anterior, realizar un estudio estatal sobre los modos de reducir el impacto ambiental y humano del método *fracking*.

⁴⁵ Ministerio de Minas y Energías. Resolución 40066. Por el cual se establecen requerimientos técnicos para la detección y reparación de fugas, el aprovechamiento, quema y venteo de gas natural durante las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. 11 de febrero de 2022. *Diario Oficial*, 51.948.

⁴⁶ Ver la nota 41, 8.

⁴⁷ Ver la nota 5.

Desventajas del *fracking* en relación con la salud humana y el medio ambiente

Martha Vergel y Lili Becerra ilustran, apropiadamente, que existe una concentración importante de elementos radioactivos en las aguas que se producen en yacimientos de hidrocarburos⁴⁸. Las autoras describen cómo estos compuestos pueden afectar la potabilidad del agua y, en su defecto, perjudicar la salud y vida de los seres humanos que la consumen. Para explicar los efectos nocivos del *fracking* se consideran 3 puntos: 1) los aditivos químicos que contiene el agua inyectada en yacimientos no convencionales (agua inyectada); 2) el agua inyectada que retorna de manera residual (fluidos de retorno) tiene altas concentraciones químicas que, potencialmente, pueden contaminar otras fuentes hídricas⁴⁹; 3) y los componentes del mismo subsuelo y la clasificación de estos compuestos: “elementos radioactivos naturales, elementos químicos (minerales y metales) y compuestos orgánicos”⁵⁰.

1. Elementos radioactivos naturales: las autoras advierten que en los yacimientos en que se realiza la fracturación, los fluidos de retorno poseen altos niveles de radioactividad, consecuencia de la presencia de radio, plomo y bismuto. Estos niveles de radioactividad que podrían exceder los límites permitidos son potenciales contaminantes del agua destinada al consumo humano. El bromo, específicamente, puede ingresar al sistema biológico y afectar diferentes órganos, entre ellos y con mayor gravedad, a los riñones y al cerebro⁵¹.
2. Elementos químicos (minerales y metales): las concentraciones de sustancias inorgánicas y metales, tales como el cloro, el sodio, el bromo, el potasio, el calcio o el magnesio, representan una afectación importante en relación con el derecho a la salud, dada la alta salinidad que, en particular, los tres primeros elementos poseen. Según Kabyl *et al.*, los fluidos de retorno poseen igual o mayor can-

⁴⁸ Ver la nota 5.

⁴⁹ Ver la nota 39.

⁵⁰ Ver la nota 5, 266.

⁵¹ Agency for Toxic Substances and Disease Registry (ATSDR). *Toxicological profile for Lead* (Department of Health and Human Services, Public Health Service, 2020).

tividad de sales inorgánicas que el agua de los mares⁵². Este exceso de iones de cloruro y sodio puede ocasionar náuseas (acompañadas de vómitos), reflujo gastrointestinal, afectación respiratoria, etcétera⁵³.

3. Compuestos orgánicos: entre una variedad de sustancias químicas que aparecen en las aguas producidas luego de la inyección de agua en yacimientos, el benceno, el tolueno y el xileno se consideran altamente nocivos para la salud humana. Estas sustancias pertenecen al grupo orgánico funcional denominado *hidrocarburos aromáticos*, los cuales pueden hallarse en determinados niveles en las aguas producidas o encontrarse en los aditivos químicos que se mezclan con el agua inyectada en los yacimientos. Sus efectos más graves son de *naturaleza* cancerígena, anémica, renal, hepática, entre otros⁵⁴.

Las potenciales repercusiones en la salud humana que devienen de la práctica del método de fracturación hidráulica no deben ser consideradas como riesgos menores para el Gobierno y la legislación. Este método no convencional supone una contaminación, tanto para las fuentes hídricas como para el aire común que respiran los seres humanos. Elliott *et al.* han estimado, mediante un estudio sistemático sobre los impactos químicos del *fracking* en el aire y en el agua, que este método puede liberar 143 contaminantes⁵⁵; estos contaminantes como el monóxido de carbono, el dióxido de nitrógeno o el dióxido de azufre y plomo aumentan el riesgo de sufrir “accidentes cerebrovasculares, enfermedades cardíacas, cáncer de pulmón y enfermedades respiratorias”⁵⁶. Todo lo anterior es extensi-

⁵² Kabyl, Almat, Ming Yang, Rouzbeh Abbassi, & Shihan Li. “A risk-based approach to produced water management in off-shore oil and gas operations”. *Process Safety and Environmental Protection* 139, (2020): 341-361.

⁵³ McLaughlin, Molly, Thomas Borch, Bonnie McDevitt, Nathaniel Warner, & Jens Blotvogel. “Water quality assessment downstream of oil and gas produced water discharges intended for beneficial reuse in arid regions”. *Science of The Total Environment* 713, (2020): 136607.

⁵⁴ Ver la nota 5.

⁵⁵ Elliott, Elise, Adrienne Ettinger, Brian Leaderer, Michael Bracken, & Nicole Deziel. “A systematic evaluation of chemicals in hydraulic-fracturing fluids and wastewater for reproductive and developmental toxicity”. *Journal of Exposure Science & Environmental Epidemiology* 27, núm. 1 (2017): 90-99.

⁵⁶ Ver la nota 5, 269.

ble, en correspondencia, a los impactos medioambientales y geológicos, en la medida, que:

El *fracking* ocasiona cambios en las características de la corteza terrestre que se localiza alrededor de los pozos, no solo en las propiedades químicas y biológicas, sino también las físicas, debido a los sismos que se localizan en el rango de magnitud 3 a 4 en la escala de Richter.⁵⁷

Esta estimación de *naturaleza* geológica ha sido constatada en no solo una ocasión, especialmente, en los Estados Unidos; este sería el caso de los Estados federados de Colorado y Nuevo México, en los cuales la práctica de la fracturación hidráulica ha provocado —desde el año 1999— 16 terremotos⁵⁸. Por eso, existe un acuerdo generalizado sobre la causa por la que el *fracking* provoca estos movimientos sísmicos, la cual puede bifurcarse en dos, con exactitud: primero, la inyección de agua (mezclada con compuestos químicos) para fracturar formaciones rocosas afecta la corteza terrestre, lo que provoca un aumento en la actividad microsísmica; y, segundo, el agua residual que se obtiene de la inyección inicial y se conserva en tanques subterráneos, ya sea para repetir la fracturación o para su reutilización en otras índoles potencia considerablemente la actividad macrosísmica^{59, 60}.

Ventajas de la fracturación hidráulica

El Decreto 328 del año 2020 promueve la práctica del método de fracturación hidráulica horizontal y multietapas, con fines experimentales o de prueba. En la actualidad, los datos demuestran, sin lugar a duda, desventajas importantes en relación con este método, resultados que, en primera instancia, desvirtúan la tesis invocada. En otro sentido, también permiten constatar que, frente al posible agotamiento en el abastecimiento de RNNR provenientes de YC en un futuro, el *fracking* aparece como una verdadera alternativa para la extracción en YNC. Esta evidente contradicción

⁵⁷ Ver la nota 5, 265.

⁵⁸ BBC News. (2014, septiembre 16). “Vinculan el fracking con el aumento de sismos en Estados Unidos”. *BBC Mundo*.

⁵⁹ Ver la nota 58.

⁶⁰ Silva Barbosa, Pablo y Fernando Carriazo. “Costos económicos de las externalidades ambientales del fracking: un análisis de metarregresión y algunas implicaciones para Colombia”. *Ambiente y Desarrollo* 21, núm. 41 (2018): 25-42.

descubre una problemática de fondo que el presente intenta resolver. La tesis propuesta está compuesta por dos dimensiones que entran en disputa, pero que son compatibles entre sí: 1) regular el impacto negativo de la fracturación y 2) emplear la fracturación como método transitorio hasta que Colombia efectúe integralmente la transición energética.

La problemática que resulta del análisis sobre las desventajas del *fracking* contribuye a dilucidar que el Estado colombiano está en la obligación de explotar el subsuelo. Este es un deber ambiental y económico en la misma medida y allí se encuentra la esencia y convergencia de la tesis. Es un deber económico practicar el *fracking* u otros métodos para la extracción de hidrocarburos en YNC, después de realizar todos los estudios necesarios orientados a reducir su impacto ambiental y humano, con lo cual se cumpliría el deber ambiental. Este es un deber económico orientado a garantizar la producción de combustibles y otros productos, en beneficio del cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, merced al principio de progresividad. Pero es, del mismo modo, un deber ambiental que hace una observancia del hecho que la *naturaleza* es una realidad que se extiende a la vida social, por lo que afectarla directamente (tesis sobre el medioambiente como verdadero y autónomo sujeto de derechos, en orden con el ecocentrismo) resulta contraproducente si el principio de la no regresividad de derechos se pretende cumplir a cabalidad. El deber económico no ha de desconocer el deber ambiental que está a cargo del Estado colombiano y de la sociedad civil.

Ventajas de la fracturación hidráulica en relación con el crecimiento económico

La extracción de RNNR representa una fuente primaria para el desarrollo económico. En este marco, el sector hidrocarburífero está constituido por dos áreas principales, según la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas: 1) el *upstream* (exploración y producción de hidrocarburos) y el *downstream* (transporte, refinación y comercialización)⁶¹. La percepción económica se configura en las dos áreas en mención, debido a que, en la primera, la explotación de RNNR requiere pagar, en favor del Estado una contraprestación denominada *regalía*; esta compensación

⁶¹ Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas. (2016). *Informe EITI*.

económica les permite a las empresas operadoras petroleras ejecutar la actividad.

En el segundo caso, la refinación del petróleo deriva en productos empleados para la vida en sociedad, tales como la gasolina, el diésel (entre otros combustibles destinados a medios de transporte), el gas butano (denominado, comúnmente, gas de cocina), el asfalto (para recubrir carreteras), el plástico, entre otros productos, que en la actualidad pueden ascender a 300 000⁶². Como lo señala con acierto Nidia Guerrero-Sánchez: “la explotación de RNNR ha cobrado relevancia en el mapa económico de la producción nacional y construcción del PIB”⁶³. No obstante, Camilo Castro advierte, en sentido contrario, que la fracturación representa un método con mayores costos y técnicas para su ejecución⁶⁴.

Las ventajas de la fracturación hidráulica son consecuentes con el marco de sostenibilidad fiscal en que se inserta la actividad económica del Estado de Colombia, empero, a esta ventaja está aunada la desventaja ambiental. Las discusiones en torno al *fracking* pueden optar por caracterizar una dicotomía entre deber económico y deber ambiental o, por el contrario, configurar una convergencia entre los deberes. Ciertamente, son dimensiones que se encuentran en disputa y, a pesar de, están en correspondencia. La disputa en correspondencia, entre deber ambiental y deber económico, se expresa en términos de aprovechar al máximo los recursos naturales no renovables, en perjuicio del medio ambiente y de la salud humana, pero en beneficio del progreso socioeconómico; no obstante, un provecho semejante sería impensable si no se dispone de una *naturaleza en medio de la cual* ejercer los derechos sociales (afectados), económicos (potenciados) y culturales (afectados) obtenidos, en el marco de aquel progreso. Una cultura económica autodestructiva no vale esa consideración, pues está allende (negativamente) a la dignidad humana y allende (negativamente) a la preservación de los ecosistemas.

⁶² Universidad Nacional Autónoma de México. *Hidrocarburos*. UNAM, 2014.

⁶³ Ver la nota 41, 13.

⁶⁴ Ver la nota 39.

Convergencia metodológica entre las ventajas y desventajas de la fracturación hidráulica

Más allá del hecho de que los hidrocarburos promuevan la producción de determinados insumos para satisfacer las necesidades de la sociedad, no existen, propiamente, ventajas que exalten el método, salvo el económico que, como se ha visto, se deslegitima, merced al componente ambiental, el cual mitiga el impacto de este método de extracción. Sin embargo, sí existen planes estratégicos destinados a evaluar su aplicación; esta es no solo una garantía económica y ambiental, sino una ventaja del mismo orden en las que participa la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Es decir, es un deber nacional e internacional del Estado colombiano.

Esta regulación ha sido incorporada, con mayor vehemencia, en la Resolución 40066 de 2022 para la explotación de RNNR en yacimientos convencionales⁶⁵. Nótese que esta explotación que emplea métodos tradicionales o estándar lleva consigo la emisión de gases de efecto invernadero, los que contribuyen negativamente al cambio climático y al calentamiento del planeta Tierra; por ello, es preciso avizorar qué son las *buenas prácticas de la industria del petróleo* y cómo ellas pueden contribuir tanto al cumplimiento de las metas de desarrollo sostenible como a la transición energética.

Así que, enhorabuena, esta adversidad derivada de los YC se ha supeditado a la coordinación y regulación por parte de diferentes Estados. Con mayor razón, las actividades de extracción efectuadas en YNC se están sometiendo a una agenda, plan y límites ambientales que entran en correspondencia con la preservación de los ecosistemas. A este propósito, la ANH “tiene como objetivo administrar integralmente las reservas de recursos hidrocarburiíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburiíferos y contribuir a la seguridad energética nacional”⁶⁶. Si en este objetivo se inserta el caso de

⁶⁵ Ver la nota 45.

⁶⁶ Presidencia de la República de Colombia. Decreto 714. Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, y se dictan otras disposiciones (10 de abril de 2012), art. 2.

los YC, entonces es apenas evidente que debe ser un objetivo extensible al caso de los YNC.

A diferencia de las desventajas, caracterizadas reductivamente, las ventajas se caracterizan holísticamente, razón por la cual los *principios de progresividad de los derechos*, el *principio del Estado Social y Democrático de Derecho (ESDD)* y la *sostenibilidad fiscal* pueden constituir el móvil para justificar el *fracking*. El Estado de Colombia no cuenta con un aparato burocrático ni con una institucionalidad y economía que esté acorde con los requerimientos para poner en práctica planes de gobernanza con un nivel de efectividad tal, que se logre consumir pronto la transición energética. La progresividad de los derechos, en conformidad con la sostenibilidad fiscal revela cuán imperioso es que la actividad en el sector hidrocarburífero no se detenga, sino que, por el contrario, sea regulada. Allí entra el principio sobre el ESDD, dado que, a través de los mecanismos de participación y decisión ciudadana, de los mecanismos judiciales para el reconocimiento, materialización y reparación de derechos humanos fundamentales, y de las licencias y permisos ambientales otorgados para ejercer la práctica de explotación de RNNR, el método de fracturación hidráulica hallaría una regulación imprescindible y decisiva.

En vista de la prerrogativa de la cual disponen los ciudadanos para intervenir en cuestiones ambientales y económicas que les afecten, tales como la *consulta popular* (y la consulta previa para grupo étnicos) y otros mecanismos judiciales como la acción de tutela y la acción popular, es fundamental *pensar a la naturaleza* como ser (en el sentido ontológico) y, por consiguiente, como sujeto de derechos. Cabe una reflexión concordante, que expresa la profesora Gloria Amparo Rodríguez (2006):

Lo anterior nos demuestra que es necesario fortalecer las áreas protegidas en nuestro país, y que las políticas en torno a estas figuras no pueden flexibilizarse, porque ellas permiten la administración, el manejo y la protección del ambiente y los recursos naturales.⁶⁷

⁶⁷ Rodríguez, Gloria Amparo. "La participación: un medio para prevenir y solucionar los conflictos ambientales en Colombia". En *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia* (editado por Beatriz Londoño, Gloria Amparo Rodríguez y Giovanni Herrera,

Corolario de lo anterior, si se piensa a la *naturaleza* como sujeto holístico de derechos, este primer pensamiento demarca el reconocimiento constitucional al sistema natural, por lo que, cuando se acota dicho reconocimiento a sus subsistemas deben considerarse esas áreas protegidas, su flora y su fauna y, naturalmente, otras tantas zonas que han sido objeto de afectación. Guido Alpa lo expresa del siguiente modo:

En los últimos años se ha venido desarrollando, en la cultura ecologista, la idea en torno a la obligatoriedad del reconocimiento de la personalidad jurídica a la natura, es decir, al hábitat natural en su integridad o a los bienes individuales que la componen, como, por ejemplo, los animales, las plantas, los lagos, los ríos, los bosques, y así sucesivamente.⁶⁸

Así que, en el marco del vínculo entre cultura y *naturaleza*, debe concebirse, tanto al sistema social como al sistema natural como dos estructuras distintas y autónomas, pero que en su organización propenden al intercambio para su optimización. Estos intercambios se traducen en insumos que realimentan cada sistema, por lo que, si el sistema social, a través de la institucionalidad, explota los recursos naturales, ¿por qué el sistema natural no recibiría insumos, a través de sus zonas, para su propia preservación? Así, se tiene que:

[P]ara proteger los derechos a un medio ambiente saludable, a la vida, a la salud, a la propiedad, a un nivel de vida adecuado, es necesario proteger el medio ambiente; y para proteger el medio ambiente, es necesario proporcionar derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, a la participación en la toma de decisiones ambientales y a recursos para los daños ambientales.⁶⁹

Dicho en otras palabras, la ejecución del *fracking* no es una decisión que le compete únicamente al Estado, sino a la nación misma. Más, para consumir un vínculo entre sistema natural, sistema cultural y fracturación

154-169, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006), 159.

⁶⁸ Alpa, Guido. “De la tutela del medio ambiente al reconocimiento de la ‘natura’ como sujeto de derecho. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil?”. Revista de Derecho Privado, núm. 43 (2022): 83. Cursivas en el original.

⁶⁹ Knox, John. “The development of environmental Human Rights”. Cuarta reunión de los puntos focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambien-

hidráulica es vital hacer mención, con motivo para finalizar, sobre los principios ambientales que el Acuerdo de París⁷⁰ consagra, conforme los dimensiona Andrea Lucas Garín⁷¹:

1. El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas: el Estado colombiano debe garantizar una postura solidaria, en lo que concierne a la protección ambiental. Esta postura primaria se hace extensible a la obligación global que adquiere Colombia frente a otros Estados, en lo que respecta a la práctica del *fracking*, puesto que reconoce su propia responsabilidad en esta materia y las consecuencias que pueden devenir frente al incumplimiento de sus obligaciones convencionales, algunas de las cuales se hallan en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático⁷².
2. El principio de desarrollo sostenible: este principio elucida la armonía entre el principio de progresividad de los derechos humanos fundamentales, la sostenibilidad fiscal y el Estado Social y Democrático de Derecho; asimismo esclarece cómo para llevar a cabo la práctica del *fracking* es requisito *sine qua non*: i) que no se cause un detrimento de los derechos sociales, económicos y culturales (principio de no regresividad); ii) que la visión netamente económica o utilitarista en que se ha pretendido caracterizar a la fracturación hidráulica no prevalezca, en perjuicio del medioambiente; y, por último, iii) que como lo sugiere las profesoras Gloria Amparo Rodríguez y Lina María Muñoz⁷³, se promueva el deber de la participación ciudadana genuina y comprometida, de tal suerte, que la comunidad se inmiscuya en las etapas del *fracking* —desde la concesión contractual, el licenciamiento ambiental, la exploración (*upstream*) y la comercia-

te y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Oficina de Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2014. Traducción propia.

⁷⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Acuerdo de París, 4 de diciembre de 2016.

⁷¹ Lucas Garín, Andrea. “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revistas Derecho del Estado*, núm. 44 (2019): 195-226.

⁷² Organización de las Naciones Unidas. Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 9 de mayo de 1992.

⁷³ Rodríguez, Gloria Amparo y Lina Marcela Muñoz. *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio* (Bogotá: Editorial Universidad el Rosario, 2009).

lización (*downstream*)— y determine si las medidas ambientales se cumplen a cabalidad.

3. El principio de equidad: este principio elucida cómo los beneficios ambientales deben aumentarse continuamente, con miras a ser transferidos a generaciones posteriores. Significa que el *fracking* no debe afectar ni las riquezas culturales ni las riquezas naturales, de manera tal que sea imposible heredarlas de manera intergeneracional; todo lo que estaría en boga con los fines esenciales del Estado colombiano.
4. El principio de transparencia: este principio pone de manifiesto el deber de los Estados frente a las cifras, datos e informes que han de presentarse ante la comunidad internacional sobre los impactos ambientales que el *fracking* ocasionaría. El principio de transparencia entra en correspondencia con el *derecho de acceso a la información*⁷⁴, puesto que elucida tanto el papel ciudadano —en cuanto a la obtención de la actualidad del sector hidrocarburífero de cara al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible— como la obligación del Estado de no ocultar información que, en esa conformidad, cumpla con el carácter público que reviste la práctica del *fracking*. De ello, se deriva la necesidad de establecer canales de comunicación nacionales e internacionales sobre la práctica de la fracturación hidráulica.
5. Principio de buena gobernanza: el *fracking*, tratándose de una actividad, cuyos riesgos ambientales —así como sus daños potenciales— no solo son altos, sino también muchas veces irreversibles; por tal motivo, es preciso que exista una coordinación entre las instituciones públicas del nivel central, entre sus órganos adscritos y entre el nivel descentralizado. Lo anterior, con el propósito de coordinar los procesos de concesión de contratos para la explotación de hidrocarburos, la fiscalización de estos recursos y su liquidación y, del mismo modo, la investigación en esta materia, a propósito de los Contratos Especiales de Proyectos de Investigación (CEPIA) de la ANH. Por lo tanto, es necesario que desde el Ministerio de Minas y Energía,

⁷⁴ Ver la nota 17, art 24.

haciendo tránsito por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, hasta el Departamento Nacional de Planeación, entre otras instituciones que se coordinarían para optimizar el control de la fracturación hidráulica, exista un consenso sobre el proceder con respecto a los YNC; de tal suerte que los objetivos, las decisiones y los planes económicos se compaginen con una agenda ambiental (a propósito del cambio climático), relativa a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

6. El principio de cooperación: el *fracking* debe insertarse en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la lucha contra el cambio climático y la transición energética, merced a lo que implica la ratificación de diferentes instrumentos internacionales por parte del Estado colombiano, principalmente para, y de manera coordinada (no únicamente con otros Estados), implementar políticas horizontales desde el nivel central del gobierno que además incluyan las entidades que gestionan las actividades de hidrocarburos; asimismo, a las entidades territoriales en cuyos territorios se realizan estas obras y a las empresas operadoras petroleras que las ejecutan (sector privado). Por consiguiente, la cooperación se configura entre los actores nacionales (públicos y privados) y entre los actores internacionales (públicos y privados).
7. El principio precautorio: en primera instancia, es menester identificar cuál es el verdadero impacto del *fracking* en relación con el fenómeno del cambio climático, que es producto de la emisión excesiva de gases de efecto invernadero, su acumulación en la atmósfera, y, en su defecto, las consecuencias como el calentamiento planetario, la afectación sistemática de ecosistemas, agricultura, sociedades, flora y fauna global. En efecto, además de sus efectos adversos en los órdenes ambientales (destrucción del ecosistema), geológicos (movimientos sísmicos potenciados) y humanos (enfermedades crónicas y mortandad), la fracturación hidráulica representa, muy posiblemente, una amenaza para con el cambio climático y el desarrollo sostenible que, conforme a los anteriores principios, podría configurar la responsabilidad del Estado colombiano en caso de no

adoptar los mecanismos y precauciones necesarios frente a la práctica de esta nueva técnica. Por lo tanto, si no se adoptaran las precauciones necesarias frente a la ejecución del *fracking* sería imperioso impedir su implementación.

Conclusión

Los principios enunciados ulteriormente descritos establecen, en síntesis, lineamientos ambientales indispensables para incorporar formalmente en el Estado colombiano el método de fracturación hidráulica horizontal y multietapas. Se expresa inicialmente que es ineludible la necesidad de llevar a cabo el *fracking* de manera formal y continua eventualmente en Colombia, es más, en vista de ese evento pronosticado y actualmente regulado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por el Poder Ejecutivo, resulta indispensable reconocer cuáles son los principios a que debe someterse el Estado para materializar las ventajas reales que se obtendrían de la práctica de aquel método de extracción de hidrocarburos. De otro modo, se incurriría en responsabilidad internacional del Estado por incumplir sus obligaciones ambientales de orden convencional, esto es, pactadas en diferentes instrumentos regionales y universales; o en responsabilidad del Estado por causar daños antijurídicos directos (acción) o por permitir que tales daños sucedan (omisión) en su territorio.

En este parecer, la ventaja real que puede consumir una conciliación entre *deber económico* y *deber ambiental* es la exclusividad del Estado colombiano y de empresas nacionales para la explotación de RNNR en yacimientos no convencionales. Lo anterior, exige una infraestructura más eficaz en el sector de hidrocarburos, capaz, no solo de realizar la fracturación horizontal (que en el presente se adelanta continuamente), sino de realizarla en función de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, tras realizar investigaciones exhaustivas al respecto. Adicionalmente, la ventaja económica derivada de esa explotación, bajo el riesgo potencial, debe percibirse en mayor medida por las entidades territoriales (departamentos, municipios, distritos y territorios indígenas) —bajo el principio de precaución y derechos transversales del derecho ambiental—, más que por otro actor o actores, en particular; pues son solo estos quienes podrían juzgar objetivamente el verdadero impacto medioambiental del *fracking* o fractura-

ción hidráulica. Hacer una observancia de cada uno de estos factores es deber del Estado colombiano.

Referencias

- Agency for Toxic Substances and Disease Registry (ATSDR). Toxicological profile for Lead. Department of Health and Human Services, Public Health Service, 2020. <https://www.atsdr.cdc.gov/toxprofiles/tp13.pdf>
- Alpa, Guido. “De la tutela del medio ambiente al reconocimiento de la ‘natura’ como sujeto de derecho. ¿Una revisión de las categorías del derecho civil?”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 43 (2022): 73-90. <https://doi.org/10.18601/01234366.43.04>
- Asociación Colombiana del Petróleo y Gas (ACP). “Preguntas y respuestas sobre los yacimientos no convencionales”. ACP, 2013. <https://acp.com.co/web2017/es/yacimientos-no-convencionales-ync>
- Asociación Colombiana del Petróleo y Gas (ACP). “Los yacimientos no convencionales y su importancia para Colombia”. Vicepresidente de Asuntos Públicos y Comunicaciones, 2014. <https://acp.com.co/web2017/images/pdf/petroleoygas/yacimientosnoconvencionales/Cartilla%20YNCv3.pdf>
- Asociación Colombiana del Petróleo y Gas (ACP). “Fracturación hidráulica”. ACP, 2018. <https://n9.cl/4b7k9>
- BBC News. (2014, septiembre 16). “Vinculan el *fracking* con el aumento de sismos en Estados Unidos”. *BBC Mundo*. <https://n9.cl/6h48t>
- Castro, Camilo Iván. Análisis jurídico del marco legal de los hidrocarburos no convencionales y de las implementaciones en el derecho ambiental de la técnica *fracking*. Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana, 2017. <http://hdl.handle.net/10554/34119>
- Dobson, Andrew. *Pensamiento político verde*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997.

- Elliott, Elise, Adrienne Ettinger, Brian Leaderer, Michael Bracken, & Nicole Deziel. "A systematic evaluation of chemicals in hydraulic-fracturing fluids and wastewater for reproductive and developmental toxicity". *Journal of Exposure Science & Environmental Epidemiology* 27, núm. 1 (2017): 90-99. <https://doi.org/10.1038/jes.2015.81>
- Guerrero-Sánchez, Nidia Patricia. El derecho fundamental a un medio ambiente sano en el marco de la explotación de recursos naturales no renovables: un estudio del *fracking* en Colombia. Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2016. <http://hdl.handle.net/10983/13798>
- Heffes, Gisela. "Introducción. Para una ecocrítica latinoamericana: entre la postulación de un ecocentrismo crítico y la crítica a un antropocentrismo hegemónico". *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana* 40, núm. 79 (2014): 11-34. <https://www.jstor.org/stable/43854807>
- Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas. (2016). *Informe EITI*.
- Kabyl, Almat, Ming Yang, Rouzbeh Abbassi, & Shihan Li. "A risk-based approach to produced water management in offshore oil and gas operations". *Process Safety and Environmental Protection* 139, (2020): 341-361. <https://doi.org/10.1016/j.psep.2020.04.021>
- Knox, John. "The development of environmental Human Rights". *Cuarta reunión de los puntos focales designados por los gobiernos de los países signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Oficina de Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2014. https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/knox_-_6_nov_2014_-_final.pdf
- Lallanilla, Marc. (2018, febrero 9). "Facts about *fracking*". *Live Science*. <https://www.livescience.com/34464-what-is-fracking.html>

- Lucas Garín, Andrea. “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”. *Revistas Derecho del Estado*, núm. 44 (2019): 195-226. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.08>
- Martínez, Fabián, Carlos Mateo Perilla y Juan David Urquijo. “Fracking: viabilidad económica y ambiental en Colombia”. *Econografos. Escuela de Economía*, núm. 133 (2019): 1-34. <https://n9.cl/o2iy6>
- McLaughlin, Molly, Thomas Borch, Bonnie McDevitt, Nathaniel Warner, & Jens Blotevogel. “Water quality assessment *downstream* of oil and gas produced water discharges intended for beneficial reuse in arid regions”. *Science of The Total Environment* 713, (2020): 136607. <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.136607>
- Montoya, Milton Fernando. *Regulación comparada de yacimientos no convencionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Organización de las Naciones Unidas. *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Nueva York: ONU, 2019. <https://n9.cl/nlm9r>
- Padilla, John. *El potencial de los yacimientos no convencionales en Colombia*. Washington: Atlantic Council, 2020. <https://n9.cl/khjbd1>
- Rodríguez, Gloria Amparo. “La participación: un medio para prevenir y solucionar los conflictos ambientales en Colombia”. En *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, editado por Beatriz Londoño, Gloria Amparo Rodríguez y Giovanni Herrera, 154-169. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. <https://n9.cl/rfqhl>
- Rodríguez, Gloria Amparo y Lina Marcela Muñoz. *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Editorial Universidad el Rosario, 2009. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8893>
- Ruiz, Paula. *Marco jurídico de la fracturación hidráulica – fracking en Colombia*. Tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2020. <https://hdl.handle.net/10983/24444>

Sarlingo, Marcelo. “Impactos socioambientales del *fracking*. Opacidad, política ambiental y explotación de *hidrocarburos* no convencionales”. Atek Na [En la Tierra] 3, (2013): 237-276. <https://plarci.org/index.php/atekna/article/view/138>

Silva Barbosa, Pablo y Fernando Carriazo. “Costos económicos de las externalidades ambientales del *fracking*: un análisis de metarregresión y algunas implicaciones para Colombia”. Ambiente y Desarrollo 21, núm. 41 (2018): 25-42. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ayd21-41.ceeaa>

Smith, Adam. La riqueza de las naciones. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

Uhlman, Kristine, Diane Boellstorff, Mark McFarland, Drew Gholson, & John Smith. “Hydraulic fracturing and your private water well”. Texas A&M. AgriLife Extension (2014): 1-4. <https://n9.cl/u8fa7>

United States Environmental Protection Agency (U.S. EPA). Hydraulic fracturing for oil and gas: Impacts from the hydraulic fracturing water cycle on drinking water resources in the United States. Executive Summary. Office of Research and Development, EPA/600/R-16/236ES, 2016. <https://cfpub.epa.gov/ncea/hfstudy/recordisplay.cfm?deid=332990>

Universidad de Calgary. “Conventional vs. unconventional resource”. Energy Education, 2019. https://energyeducation.ca/encyclopedia/Conventional_vs_unconventional_resource

Universidad Nacional Autónoma de México. *Hidrocarburos*. UNAM, 2014. <http://objetos.unam.mx/quimica/hidrocarburos/index.html>

Valdivielso, Joaquín. “La globalización del *ecologismo*. Del ecocentrismo a la justicia ambiental”. Medio ambiente y comportamiento humano. Revista Internacional de Psicología Ambiental 6, núm. 2 (2005): 183-204. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2110459>

Velandia, Eduardo y Jorge Villamil. “¿Una justicia ambiental o una justicia constitucional? Panorama de la garantía del derecho al medio

ambiente en Colombia. En *Vicisitudes del derecho ambiental en el Estado constitucional*, editado por Claudia Martínez, 15-34. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2023.

Vergel, Martha y Lili Becerra. “Impactos del *fracking* y una mirada del panorama colombiano”. *Journal de Ciencia e Ingeniería* 12, núm. 1 (2020): 264-274. https://jci.uniautonoma.edu.co/2020/2020_23.pdf

Legislación nacional

Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.º 116, 7 de julio de 1991. <http://bit.ly/2NA2BRg>

Congreso de la República de Colombia. Ley 99. 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. 22 de diciembre de 1993. *Diario Oficial*, 41.146. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/ley_0099_1993.html

Congreso de la República de Colombia. Ley 2056. Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del sistema general de *regalías*. 30 de septiembre de 2020. *Diario Oficial*, 51.453. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2056_2020.html

Ministerio de Minas y Energías. Resolución 40066. Por el cual se establecen requerimientos técnicos para la detección y reparación de fugas, el aprovechamiento, quema y venteo de gas natural durante las actividades de exploración y explotación de *hidrocarburos*. 11 de febrero de 2022. *Diario Oficial*, 51.948. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=120944&dt=S>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 714. Por el cual se establece la estructura de la Agencia Nacional de *Hidrocarburos*, ANH, y se dictan otras disposiciones. 10 de abril de 2012. <https://n9.cl/snryv>

Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. Sentencia T-585/08, 12 de junio de 2008. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-585-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-104/21, 21 de abril de 2021. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-104-21.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-300/21, 8 de septiembre de 2021. M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-300-21.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión de Tutelas. Sentencia T-401/22, 16 de noviembre de 2022. M. P. José Fernando Reyes Cuartas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-401-22.htm>

Legislación internacional

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Acuerdo de París, 4 de diciembre de 2016. https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

Organización de las Naciones Unidas. Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 9 de mayo de 1992. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf>

Responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a la explotación de minas de Marmato en Caldas

Julián Esteban Pantoja Perenguez
Angie Tatiana Buitrago Ardila

Resumen

Colombia cuenta con uno de los mejores ecosistemas del mundo, debido a la existencia de una gran variedad de recursos naturales y el monumental potencial geológico minero de gran riqueza, que hace posible la explotación de los productos encontrados en los yacimientos, dentro de los que se encuentran. La existencia de minerales metálicos, también de minas de carbón, metales no metálicos, y el mayor atractivo, las minas de piedras preciosas de oro, plata, platino, esmeraldas, todas estas reconocidas alrededor del mundo debido a su calidad y belleza que son de exorbitante importancia económica para empresas extranjeras y nacionales. Colombia no es ajena a poseer grandes minas de metales preciosos y para ilustrar mejor un caso específico en la geografía colombiana está Marmato, un municipio ubicado al noroeste del departamento de caldas, famoso por sus minas de oro, que con el transcurso de los años ha sido blanco de una explotación minera desmesurada en todas sus formas, legal e ilegal. Su población, la más afectada, ha sido blanco de la vulneración masiva de derechos humanos, puesto que han perdido el derecho a su medio ambiente, identidad, empleo, patrimonio cultural, debido a las explotaciones masivas. Es por esto que, dentro de un “Estado Social de Derecho” que obvia las garantías fundamentales en su omisión, al no intervenir frente a la vulneración de los derechos anteriormente mencionados, es menester plantear el siguiente interrogante: ¿existe una responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a la vulneración del derecho a un ambiente sano en conexidad con otras garantías fundamentales?

Palabras clave: consulta previa, ecosistemas, extracción, medio ambiente, minería, explotación del oro, responsabilidad internacional.

La minería bien hecha cuida a la gente y al medio ambiente, la minería bien hecha es presencia del Estado en el territorio; trabajemos por una buena minería.

MARTIN CAROTTI, COLUMNISTA DEL BLOG MINERO

Introducción

El medio ambiente ha sido el entorno del ser humano desde su origen, incluso desde antes de que el hombre pisara el planeta tierra, ya existía un ecosistema natural inmenso. A medida que el hombre ha evolucionado, tanto en campos intelectuales como de expansión, el medio ambiente ha sido pilar de subsistencia de los seres humanos, puesto que se han favorecido de todas las riquezas connaturales que proporciona nuestro planeta y Colombia no es ajeno a poseer uno de los ecosistemas biodiversos del mundo con las más grandes riquezas en recursos naturales tanto en flora, fauna, como también en el gran potencial geológico minero que ostenta, que ha sido foco de atracción para compañías extranjeras en el momento de invertir en nuestro país en megaproyectos que buscan explotar los recursos naturales de nuestra tierra.

Desafortunadamente, el afán de estas compañías en su ánimo de lucro y el no compromiso del gobierno nacional frente al tema, el derecho al medio ambiente de una comunidad, específicamente la del municipio de Marmato, en el departamento de Caldas, ha sido vulnerado, pero cabe resaltar que no solo el derecho que ostentamos las personas a un ambiente sano ha sido quebrantado sino que también otros derechos vitales como el derecho al trabajo, la dignidad, el legado cultural, entre otros, han sido pisoteados. En la actualidad se constata claramente un abuso a dicha comunidad, por la explotación de la mina de oro en que su población está asentada, en donde para realizar la extracción del metal precioso se utilizan productos altamente tóxicos como cianuro, que contamina la tierra y fuente hídricas de la zona, y por ende se está imposibilitando el desarrollo de la comunidad de Marmato, los marmateños sufren por la situación de violencia, y el miedo de que grandes empresas extranjeras, en su urgencia económica los obliguen a trasladarse lejos de la montaña que les permite subsistir. Es muy paradójica la condición de los habitantes de este municipio, puesto que viven en uno de los yacimientos de oro más grandes del

mundo, pero no son ricos, su pasado, su patrimonio, su ambiente, han sido pisoteados, maltratados, humillados y hasta despreciados a causa de la gran ambición de obtener ganancia a costas de la mina de oro en la que Marmato está asentado.

La minería y su evolución histórica

Época prehistórica

Para iniciar en la contextualización y la evolución de la minería así como su historia es menester hacer una precisión conceptual frente a el significado de la minería, para esto la sociedad nacional de minería, petróleo y energía¹ la define como “la actividad productiva mediante la cual se identifican zonas con presencia de minerales, que los extraen y procesan de forma que podamos contar con los metales que usamos en nuestra actividad diaria (cobre, oro, plata)”. Por otra parte, Orozco Martínez y Rodríguez Gámez la define como “a minería es una fuente de riesgos tecnológicos que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, han registrado una tendencia creciente, de la mano de importantes innovaciones técnicas para el aprovechamiento de vetas minerales de baja ley”². una actividad económica del sector primario representada por la explotación o extracción de los minerales que se han acumulado en el suelo y subsuelo en forma de yacimientos” si bien hay que partir de que la minería es una de las actividades más antiguas de la humanidad, y para esto Armengot, Espí y Vásquez³ nos remiten a la época prehistórica cuando los hombres la usaban para la fabricación de armas y herramientas, usando principalmente un mineral llamado sílex que fue usado también para encender fuego, puesto que la fricción de este mineral tenía la capacidad de crear chispas al tocarse con otras piezas de igual dureza.

En principio, este mineral se conseguía en Inglaterra y Hungría, las comunidades de ese entonces se preocupaban por lograr extraer este nuevo

¹ Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. *¿Qué es la minería?* (s.f.).

² Orozco Martínez, Yuriria y Liz Ileana Rodríguez Gámez. “Narrativas del riesgo minero: cartografía y discursos en el río Sonora, México”. *Intersticios Sociales*, núm. 24 (2003): 297-332.

³ Armengot, Joaquín, José Espí y Fernando Vásquez. “Orígenes y desarrollo de la minería”. *Industria y Minería*, núm. 365 (2006): 17-28.

material que les permitía desarrollar nuevos usos dentro de su vida cotidiana. Para la época minera prehistórica que data hace más de 43 000 años de antigüedad, se tenía conocimiento de la mina más antigua del mundo, es la denominada Cueva del León. Esta se encuentra situada en Swazilandia, un pequeño Estado soberano sin salida al mar ubicado en África del sur, en la cual se han encontrado una red de túneles en donde hallaron 2 esqueletos de hace más de 20.000 años, y es por esto que se conoce como el accidente minero más antiguo del mundo⁴. Los habitantes de esa época cavaban en búsqueda de “hematita” que es un mineral que hoy en día se usa en las industrias, pero que en la época prehistórica lo usaron para marcar el ganado y en la antigüedad para hacer espejos, la hematita es un mineral casi negro que al molerse da un polvo rojizo, este polvo es óxido de hierro y en la actualidad es la fuente más abundante de mineral de hierro.

Minería en Grecia y Egipto

Para lograr abordar el tema de la minería en estas dos grandes civilizaciones es menester citar a Roberto Matías Rodríguez⁵ que en su artículo “La minería en las civilizaciones mediterráneas” alude a puntos fundamentales que caracterizan esta época como su civilización. Respecto de la minería en Egipto, esta se remonta al periodo que abarca desde antes del 3000 a. C hasta el 333 d. C, en donde resulta sorprendente las grandes cantidades de rocas, bloques de caliza, granito y oro, usados para la construcción de los monumentales templos funerarios. La minería del oro, realizada en el desierto de Nubia, fue especialmente importante para Egipto, ya que para esta época el metal precioso tenía una relación con la divinidad del sol, representada por el dios Ra.

Es, entonces, que en esta región se concentran uno de los mayores trabajos de minería de oro de la antigüedad cuya explotación se halla documentada desde la XII dinastía durante el reinado de Ptolomeo Philopata y Se destaca que en esta época ya existía un elevado grado de estructuración de los trabajos en minería, por la selección de las herramientas e individuos físicamente más apropiados para la explotación, también existía un

⁴ AP Explore Drilling. “Historia de la minería” (AP Explore Drilling, 18 de febrero de 2019).

⁵ Rodríguez, Roberto Matías. “La minería en las civilizaciones mediterráneas: Egipto y Grecia”. Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, núm. 363 (2005): 38-47.

conocimiento de la distribución del oro en los yacimientos así como las técnicas de trituración y lavado, es decir el procedimiento a seguir para extraer el metal precioso, finalmente, cabe resaltar que por orden del faraón eran dirigidas grandes expediciones a cargo de administradores y fundidores con apoyo de la mano de obra local para la extracción del mineral precioso.

Al hacer referencia a la minería en Grecia⁶ cabe resaltar que esta civilización se desarrolla en el extremo oriental del mar mediterráneo del 2600 a. C hasta aproximadamente el 250 a. C., en donde la plata y el oro fueron los metales estrella del mundo griego. Las minas de oro y plata fueron trabajadas en muchas partes del mundo griego, principalmente en las montañas de Albania y Dalmacia, también se destacan las importantes minas de Laurion, de las que aún existen múltiples evidencias arqueológicas. Sobre aspectos de sus métodos de laboreo y rendimiento, las minas se caracterizaban porque eran trabajadas por los esclavos, quienes se revelaron más de una vez por el cruel trabajo al que eran forzados y que de manera coercitiva eran de nuevo sometidos y obligados a trabajar bajo fuertes represiones, una situación que no es ajena a lo que ocurre hoy en día con muchos mineros alrededor del mundo; que si bien no están sometidos directamente a la esclavitud, existe una relación de exigencia de realizar este tipo de actividades por la necesidad que tienen los mineros de ganarse su sustento. Por lo tanto, estos deben arriesgar sus vidas introduciéndose en los inmensos socavones para lograr obtener una ganancia económica, como contraprestación de la búsqueda de este metal precioso.

La minería en Colombia

Al abordar este importante tema, su génesis y la manera en que se generó en Colombia, se debe acudir a el planteamiento que se establece en el informe “La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal”⁷ sobre la historia de la minería en nuestro país, en donde se afirma que la minería ha sido una actividad económica central en Colombia desde la época precolombina y que en un comienzo la actividad minera dio origen

⁶ Ver la nota 9, 43-44.

⁷ Cárdenas, Mauricio y Mauricio Reina. “La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal”. En Cuadernos Fedesarrollo (Bogotá: La Imprenta Editores, 2008).

al comercio regional, caracterizado por el trueque de varios minerales. Se anota que, posteriormente, durante la época de la colonia la minería creció en grandes proporciones y con ello se abrió el paso al comercio de esclavos africanos. Para tal época Colombia participaba en el casi 40% de la producción mundial de oro, siendo ésta la principal fuente de financiación del virreinato, que como se anotó anteriormente, subsistía por la mano de obra indígena que se agotó a causa de las enfermedades, siendo este un motivo para que España autorizara la traída de africanos que llegaban a Cartagena y posteriormente eran comercializados para llevarlos a las minas a que trabajasen de manera brutal y sin descanso en búsqueda del metal precioso. Para esta época el oro era transportado en polvo a otras regiones y al exterior con el objetivo de intercambiarlo por otras mercancías como textiles y alimentos.

Esta actividad, debido a su antigüedad ha sido catalogada como una de las actividades económicas más importantes del país, lo cual convirtió a Colombia en un gran receptáculo de inversión extranjera que veía en sus recursos un gran potencial para explotar. En la época colonial, cabe resaltar que los conquistadores españoles despojaron del oro a los indígenas a comienzos del siglo XVI y muchos de estos se dirigían a las quebradas de los ríos que los nativos les señalaban para lavar sus arenas y así lograr obtener el precioso metal en sus fuentes naturales, es de esta manera como nace la minería en Colombia.

Durante los primeros años del siglo XX⁸, otros minerales empiezan a ganar importancia en la actividad minera en Colombia. Para 1910, con la llegada de las primeras máquinas de vapor se empieza a explotar carbón en pequeñas cantidades, destinado básicamente a la industria manufacturera y al funcionamiento de las locomotoras. En los primeros años de la década de los 1930 surgen algunas explotaciones de materiales de construcción como calizas, yesos, arcillas y gravas, empleados en la nascente industria de la construcción. Así mismo, empezaron a explotarse en mayor medida otros minerales que son insumo en la producción de fertilizantes, vidrio y plásticos.

⁸ Reseña histórica de la minería en Colombia presentada en el censo nacional minero 1988 (DANE).

El sector minero que conocemos en la actualidad se ha convertido en un aporte fundamental para la economía colombiana, se consolida en los años de la década de 1980 con la entrada de grandes explotaciones de carbón en la Guajira y Cesar, así como la instalación de la planta de Cerro Matoso en Montelíbano, proyectos que se han caracterizado por las grandes inversiones en tecnología y el creciente aporte a la economía colombiana.

Situación minera en Marmato, Caldas

Marmato fue descubierta en el año 1536 por los soldados bajo la orden del conquistador español Sebastián Belalcázar. Se sabe que a mediados del siglo XVI las minas eran ya explotadas, bajo la orientación española, lo cual convirtió a la minería del oro en la actividad principal de la región⁹. El territorio que ocupa Marmato estuvo habitado por el grupo “cartama”, de filiación chibcha, en donde la principal ocupación de estos indígenas era la extracción del oro, posteriormente la población indígena decreció en poco años debido al trabajo forzado de las minas, al traslado de los mismos a otras tierras en donde su acondicionamiento era sumamente complicado, la separación de hombres y mujeres impidió su que tuvieran hijos y propició la desintegración de sus núcleos familiares, motivo por el cual, los españoles decidieron traer esclavos extranjeros (negros africanos) y de esta manera empiezan a desarrollarse las formas de introducción de mano de obra extranjera, al ser Cartagena un lugar en donde las familias hegemónicas adquirían esclavos para la explotación de los recursos minerales americanos. Según Lyda del Carmen Díaz¹⁰ la población de Marmato es esencialmente mestiza.

A su territorio llegaron, desde comienzos del siglo XVII, cuadrillas de esclavos negros provenientes de regiones como África central y el Golfo de Biafra, así como de algunos lugares de América. Las condiciones reales de regiones mineras, como Marmato, hacían difícil el cumplimiento de Ordenanzas que establecen la separación de negros e indígenas, por lo

⁹ Alcaldía de Marmato. “Nuestro municipio” (Alcaldía Municipal de Marmato en Caldas, 10 de noviembre de 2017). <http://www.marmato-caldas.gov.co/municipio/nuestro-municipio>.

¹⁰ Banco de la República. *Marmato un pueblo de oro anclado en la montaña* (Bogotá: Banco de la República, Departamento Editorial, 1989).

que esto permitió, en la localidad, el temprano mestizaje que posteriormente adquirió nueva configuración con la llegada en el siglo XIX de emigrantes antioqueños, que repoblaron la zona minera.

Respecto de la economía de este municipio se dice que históricamente el municipio ha sustentado su economía en la explotación minera, constituyéndose esta actividad en la principal fuente de ingresos y empleo para sus habitantes. Los ingresos varían de acuerdo con la cantidad y calidad del oro extraído. Marmato es el primer productor de oro en el departamento de Caldas y el más antiguo del país¹¹. La actividad minera en Marmato, se realiza de manera indiscriminada y con sistemas artesanales y obsoletos, conformado por 230 minas en actividad y 20 molinos de beneficio, de los cuales tres son propiedad del Estado, que trabajan a menos de la mitad de su capacidad, por causa de la mala administración y mantenimiento; situación que obliga a los pequeños mineros, a utilizar las plantas de los particulares para extraer el oro, lo cual incrementa los costos de producción, pero que a la larga se obtienen otros beneficios, por estar tecnificados y eficientes. Actualmente se distinguen dos formas de explotación del oro como son la de veta y la de “quebrada” o barequeo, en el interior de la mina y concretamente en el frente del trabajo el rompimiento de la roca se hace con la fuerza física del minero, ayudado por un talaro manual y un martillo.

La comunidad de Marmato ha sido víctima de un drama y es la lucha por tener el derecho a permanecer en la tierra de sus ancestros, así como también la dignidad que les ha sido arrebatada, puesto que el oro que explotan según la Gran Colombia Gold¹² ya no les pertenece, puesto que el Estado colombiano como dueño del suelo y del subsuelo ha otorgado derechos de explotación mineros y licencias a esta compañía con el fin de que saquen los recursos de la tierra, siendo esta gran transnacional la más interesada en expandirse por la montaña con el fin de explotarla a cielo abierto, es decir, cercenando de arriba abajo y es justo sobre este pun-

¹¹ Ver la nota 13.

¹² Gran Colombia Gold es una compañía canadiense que se dedica a la exploración, desarrollo y producción de oro y plata desde su principal operación en Colombia. La empresa es el mayor productor de oro y plata subterránea en Colombia con seis minas subterráneas en funcionamiento.

to que empieza el infierno para los marmateños, quienes en caso de que el proyecto de la empresa se realice tendrán que desalojar sus tierras¹³.

La relación entre los pobladores y las empresas es tortuosa, la Gran Colombia Gold alega tener libertad de acción sobre las minas porque es dueña de los títulos y asegura —con excesiva reiteración— que opera «en cumplimiento de la ley y bajo los más altos estándares de ética, integridad y seguridad para los empleados, las comunidades y el ambiente, sin tener en cuenta que el impacto y daño ambiental generado en estas tierras y más aún con sus futuros planes de la explotación a cielo abierto»¹⁴, que implica la utilización de grandes cantidades de cianuro, una sustancia muy tóxica, que permite recuperar el oro del resto del material removido. Para desarrollar todo este proceso, se requiere que el yacimiento abarque grandes extensiones y que se encuentre cerca de la superficie. Como parte del proceso, se cavan cráteres gigantescos, que pueden llegar a tener más de 150 hectáreas de extensión y más de 500 metros de profundidad. Durante la fase de explotación, los impactos ambientales que se producen están en función del método utilizado. Los principales impactos ambientales causados por la minería son los siguientes¹⁵:

1. modificación de la superficie, devastando severamente la morfología del terreno, y dejando al descubierto grandes cantidades de material estéril, que puede alterar el curso de aguas.
2. contaminación del aire, que se perjudica con impurezas sólidas, por ejemplo, polvo y combustibles tóxicos, capaces de penetrar hasta los pulmones, el aire se contamina también con vapores o gases de cianuros, mercurio, dióxido de azufre contenidos en gases residuales.
3. afectación de las aguas superficiales en donde los residuos sólidos finos provenientes del área de explotación pueden dar lugar a una

¹³ Roldán, Natalia. “Marmato, el drama de un pueblo que vive sobre una montaña de oro”. *Revista Cromos*, 19 de noviembre de 2014.

¹⁴ Fajardo, Antonia. “Marmato (Caldas): la paradoja de vivir en la miseria sobre la riqueza” (*Agencia Presna Rural*, 7 de diciembre de 2018).

¹⁵ Asociación Ecologista Costarricense. “Minería de oro a cielo abierto y sus impactos ambientales” (*EcoPortal*, 10 de marzo de 2007).

elevación de la capa de sedimentos en los ríos de la zona. Afectación de las aguas subterráneas, aguas contaminadas con aceite usado, con reactivos, con sales minerales provenientes de las pilas o botaderos de productos sólidos residuales de los procesos de tratamiento, así como aguas de lluvia contaminadas con contenidos de dichos botaderos, o aguas provenientes de pilas o diques de colas, o aguas de proceso contaminadas, pueden llegar a las aguas subterráneas.

4. Impacto sobre la flora, implica la eliminación de la vegetación en el área de las operaciones mineras, así como una destrucción parcial o una modificación de la flora en el área circunvecina.
5. Impacto sobre la fauna, se ve perturbada y/o ahuyentada por el ruido y la contaminación del aire y del agua, la elevación del nivel de sedimentos en los ríos. Además, la erosión de los amontonamientos de residuos estériles puede afectar particularmente la vida acuática. Puede darse también envenenamiento por reactivos residuales contenidos en aguas provenientes de la zona de explotación,
6. Impacto sobre las poblaciones, puede provocar conflictos por derechos de utilización de la tierra, dar lugar al surgimiento descontrolado de asentamientos humanos, lo cual puede ocasionar una problemática social y destruir áreas de potencial turístico,

Esta problemática ha sido de las más fuertes generadas dentro de la comunidad de Marmato, a tal punto de elevar acciones de tutela por parte de los habitantes en contra de la alcaldía municipal de Marmato, en donde se alega la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales de los demandantes, quienes son miembros de la comunidad indígena Cartama, por el inicio de las exploraciones y explotaciones de la mina Villonza sin antes implementar espacios idóneos de participación. A la vez que, surge el problema jurídico de si existe o no la vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al reconocimiento y subsistencia como pueblos indígenas de los accionantes, por cuanto las entidades demandadas se negaron a certificar su presencia en la zona y a efectuar la consulta previa al inicio de la explotación de la mina Villonza. ¿Por qué el desarrollo del proyecto se haría en territorios de no influencia de la comunidad? Son unos grandes interrogantes que dentro de tal providencia se resuelven

y que serán abordados de manera sucinta más adelante dentro del desarrollo de este escrito, si bien cabe resaltar que frente a que el Estado se hace el de la “vista gorda” en cuanto a las solicitudes de esta comunidad nace la necesidad de acudir ante mecanismos internacionales que verdaderamente protejan los derechos de esta comunidad.

Exigencias jurídicas impuestas a Colombia desde el plano internacional sobre asuntos de medio ambiente

Desde el punto de vista internacional Colombia ha adoptado una protección en cuestiones de medio ambiente y minería, las cuales se mencionan a continuación:

Para iniciar se tiene que abarcar la Constitución Política de Colombia de 1991, en su Artículo 93 nos habla sobre el bloque de constitucionalidad, el cual trata de que la legislación internacional (tratados) será integrada a la normatividad interna, cabe recalcar que la constitución política de 1991, plasmada en varios artículos 79, 80, 49,8, entre otros; es una protección al medio ambiente de forma directa.

En el ámbito internacional la materia ambiental nace en 1972, año en que por primera vez que se habla sobre el derecho ambiental, lo cual se puede contemplar en el sistema interamericano de derechos humanos.

Declaración de Estocolmo

Enfatiza en la importancia del medio ambiente para los derechos fundamentales, como exigencia jurídica establece que el Estado colombiano, en su soberanía, protegerá el medio ambiente y tendrá derecho a la explotación de este, pero ejerciendo una política de control.

Protocolo adicional de la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales protocolo de San Salvador

El amparo al medio ambiente está consagrado en su Artículo 11, en donde está establecida la protección a un ambiente sano, reconocido como

un derecho innato a la persona. En el mismo se establecen las principales exigencias que se le hacen al Estado colombiano en materia ambiental, las cuales son promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

Da como exigencia jurídica al Estado colombiano que deberá desarrollar una legislación nacional que promueva la protección al medio ambiente, y que también ejerza un control en lo relacionado con proyectos ambientales.

Convenio sobre la Diversidad Biológica

Su objetivo es la conservación de la diversidad biológica que proviene de ciertos ecosistemas; como exigencia al Estado colombiano se le pide la protección y la conservación tanto como de la diversidad como el del ecosistema.

Declaración del agua para los pueblos americanos

Esta declaración da una revolución en cuestiones ambientales, debido a que nace la figura de una justicia ambiental la cual protege de manera directa el medio ambiente al garantizar el derecho a un ambiente sano y también derechos fundamentales que se vean vulnerados por un daño ambiental.

Convenio 169 “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de la Organización Internacional del Trabajo

En este convenio, cabe resaltar que, nace a la vida jurídica con un espíritu de consulta y participación que constituye la piedra angular de la participación de los pueblos tribales indígenas¹⁶, como exigencia jurídica al Estado colombiano se instaure que los pueblos indígenas deberán ser consultados en temas que afecten directamente sus creencias, de igual mane-

¹⁶ PBI Colombia. “Minería en Colombia: ¿A qué precio?” Colomphia. Boletín informativo núm. 18 (2011)..

ra exige que ellos tengan participación consultiva e informada en temas que los afecten directamente.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; tratado que habla sobre la protección especial de los pueblos indígenas

En sus artículos 3, 4 y 5 da el reconocimiento a que los pueblos indígenas, en la libre autodeterminación en cuestiones políticas, sociales y económicas. Adicionalmente constituye el derecho a la propiedad y a poseer terrenos ancestrales y recursos que se encuentren en dichos terrenos; y como exigencia jurídica implanta que el Estado colombiano deberá celebrar consultas previas para conseguir el consentimiento previo, libre, e informado sobre lo que se realizará en sus territorios y recursos y esta consultara especialmente se deberá realizar en temas de explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo¹⁷ y como última exigencia se comprometió a acoger las medidas necesarias para mitigar las consecuencias nocivas al orden ambiental, social, cultural o espiritual.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

En su artículo 23 implanta a las personas el derecho a la participación, con respecto a la participación política de los indígenas de en la toma decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

Se debe traer a colación la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de la consulta, pues esta instaura una exigencia jurídica al Estado en donde se debe promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, que deberá desarrollarse en una mesa permanente de concertación con cada uno de los pueblos y organizaciones indígenas y afrodescendientes que puedan resultar afectados¹⁸. La postura del tema de la consulta previa la corte lo relaciona con otros derechos, especialmente en participación política.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-438 de 2015, 13 de julio de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

¹⁸ Ver la nota 21.

La consulta previa como mecanismo de participación en la toma de decisiones ambientales

La consulta previa puede definirse como un derecho fundamental de las comunidades étnicas, principalmente indígenas y afrodescendientes reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente a través de diferentes vías, incluyendo la tutela, en pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha establecido como una institución que garantiza el derecho a la participación a favor de comunidades indígena y tribales, en la que estas tienen la oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas ya aplicadas que inciden e incidirán directamente en sus vidas. Se incorpora al derecho colombiano en la ley 21 de 1991 por el convenio 169 de la Organización internacional de trabajo. La consulta previa se debe realizar en Marmato, Caldas; debido a que el 57 % de la comunidad es negra y el 18% es indígena¹⁹, de la comunidad conocida como Cartama.

Su desarrollo se da por vía jurisprudencial en donde se establecen los estándares de su normatividad;

- a. en primer lugar, la consulta previa debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses;
- b. en segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o acuerdo con la comunidad, acuerdo liderado por sus representantes autorizados;
- c. en tercer lugar, antes de llevar a cabo la consulta deberán existir conversaciones preliminares con la comunidad afectada con el fin de buscar una mayor organización en el tema de consulta;
- d. en cuarto lugar, la consulta debe realizarse inexcusablemente antes de que se inicie el proyecto de explotación, o se tome una decisión normativa que afecte directamente a las comunidades, cabe resal-

¹⁹ Natalia Roldán, “Marmato, el drama de un pueblo que vive sobre una montaña de oro”, *Revista Cromos*, 19 de noviembre de 2014, <https://www.revistacromos.com.co/personajes-y-celebridades/marmato-el-drama-de-un-pueblo-que-vive-sobre-una-montana-de-oro/>.

tar que no hay ningún impedimento para que se realicen estudios o investigaciones conforme al proyecto a realizar;

- e. en quinto lugar, la consulta previa deberá regirse por el principio de la buena fe lo que aborda que el proceso se habrá de adelantar en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza;
- f. en sexto lugar, se debe garantizar el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación a las comunidades en proceso de consulta;
- g. en séptimo lugar, se constituye que los resultados de la consulta deberán tener un efecto sobre el proyecto a realizar;
- h. en octavo y último lugar, el proceso de la consulta previa exige un verdadero diálogo entre los agentes involucrados, dando así la identificación de las ventajas y desventajas, decisiones, maquinaria del proyecto, para obtener una mayor información de ambas partes.²⁰

Con todas las pautas mencionadas anteriormente, se debe dar el derecho fundamental de la consulta previa. Es así como se ve una vulneración evidente por parte del Estado a este derecho fundamental debido a que no cumplió con los requisitos anteriormente mencionados y procedió a entregarle la licencia a la empresa Gran Colombia Gold sin cumplir la consulta. Esta fue la primera de muchas violaciones que contrajo esa licencia que llevaría a lo que actualmente estamos viviendo una pérdida de identidad, recursos, tierra y una inminente infracción a derechos fundamentales.

El objetivo fundamental de la consulta previa consiste en amparar la vida y la integridad de los pueblos indígenas; es decir, que si la consulta previa no se realiza se estaría violando de manera directa el derecho a la vida; entre otros. Claramente se ve que el Estado actuó con omisión a otorgarle la licencia pues no amparó ni garantizó los derechos fundamentales que se derivan de la protección que hace la consulta previa. En el marco normativo de la licencia ambiental también plasma que las autoridades ambientales incluso el mismo Estado deberán realizar un control y un seguimiento sobre los impactos del proyecto tanto a largo plazo como a corto²¹; en la actualidad, en el municipio de Marmato se observa todo lo contrario a lo

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-462 de 2014, 7 de julio de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

²¹ Corte Constitucional de Colombia. T- 462A de 2014, 7 de julio de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.)

determinado en la normatividad mencionada anteriormente. Es tan evidente que no existe un control ni un seguimiento pues el daño ambiental que la empresa Gran Colombia Gold, en este momento, quiere crear una nueva forma de explotación subterránea, y aún hoy no hay estudios por parte del Estado (Ministerio de Minas y Energía) que demuestren la realidad el daño ambiental que se genera con esta nueva forma de explotación. Cabe recalcar que, la vulneración se inicia desde que se le otorgó la licencia a dicha empresa pues no se realizó ningún estudio de los daños ambientales que se darían a lo largo de la extracción del oro, es decir, existe una desinformación total a la comunidad, y aun así se otorga la licencia, lo cual viola tanto la normatividad tratada anteriormente como uno de los requisitos de la consulta previa.

La Corte Constitucional ha determinado en qué circunstancias se debe realizar la Consulta previa y lo distingue en dos niveles; a) uno general en donde se derivan políticas o programas que de alguna forma incluyen a las comunidades indígenas y afrocolombianas, b) uno directo que se desprende de las medidas que los pueden afectar específicamente²². En ese orden de ideas, a la comunidad de Marmato, indiscutiblemente, se le violentó el derecho a la consulta previa, pues el proyecto era una afectación específica a su entorno, cultura y por supuesto a su economía.

De tal manera que, como no se dio una consulta previa a este municipio; se vulneran varios derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política como es el ejemplo al derecho a un ambiente sano, que este va en conexidad con otros derechos fundamentales que protege la consulta previa, es el caso del derecho a la vida, con este planteamiento anteriormente expuesto se puede deducir que el Estado no fue garante en la protección de dichos derechos y que hubo una omisión en la actuación correspondiente en temas del otorgamiento de la licencia ambiental.

En este contexto se establece una responsabilidad internacional, ya que el daño ambiental producido por la extracción de oro violenta el derecho al medio ambiente sano y afecta directamente derechos fundamentales (vida, salud, entre otros); y también se dan los requisitos establecidos

²² Ver la nota 25.

para llegar a una instancia internacional debido a que ya se agotaron los recursos internos; pues los marmateños ya actuaron (Sentencia T-438/15).

Conclusiones

Tanto a nivel internacional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) como a nivel interno se puede observar una ausencia en la contextualización del derecho a un ambiente sano.

De manera indiscutible se evidencia la falta de control que tiene el Estado colombiano en el tema del otorgamiento de las licencias ambientales.

Referencias

Alcaldía de Marmato. “Nuestro municipio”. Alcaldía Municipal de Marmato en Caldas, 10 de noviembre de 2017. <http://www.marmato-caldas.gov.co/municipio/nuestro-municipio>.

AP Explore Drilling. “Historia de la minería”. AP Explore Drilling, 18 de febrero de 2019.

Armengot, Joaquín, José Espí y Fernando Vásquez. “Orígenes y desarrollo de la minería”. *Industria y Minería*, núm. 365 (2006): 17-28.

Asociación Ecologista Costarricense. “Minería de oro a cielo abierto y sus impactos ambientales”. *EcoPortal*, 10 de marzo de 2007. https://www.ecoportal.net/Temas-Especiales/Mineria/Mineria_de_oro_a_cielo_abierto_y_sus_impactos_ambientales/.

Banco de la República. *Marmato un pueblo de oro anclado en la montaña*. Bogotá: Banco de la República, Departamento Editorial, 1989.

Cárdenas, Mauricio y Mauricio Reina. “La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal”. En Cuadernos Fedesarrollo. Bogotá: La Imprenta Editores, 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-438 de 2015, 13 de julio de 2015. M. P. Jorge Ignacio Pretelt. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-438-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-462 de 2014, 7 de julio de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-462-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia. T-462A de 2014, 7 de julio de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>

Fajardo, Antonia. “Marmato (Caldas): la paradoja de vivir en la miseria sobre la riqueza”. *Agencia Presna Rural*, 7 de diciembre de 2018. <https://prensarural.org/spip/spip.php?article23757#nb17>

Orozco Martínez, Yuriria y Liz Ileana Rodríguez Gámez. “Narrativas del riesgo minero: cartografía y discursos en el río Sonora, México”. *Intersticios Sociales*, núm. 24 (2003): 297-332. <https://www.scielo.org.mx/pdf/ins/n24/2007-4964-ins-24-297.pdf>

PBI Colombia. “Minería en Colombia: ¿A qué precio?”. Colombia. Boletín informativo núm. 18 (2011). <https://n9.cl/k9d2s>

Rodríguez, Roberto Matías. “La minería en las civilizaciones mediterráneas: Egipto y Grecia”. *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, núm. 363 (2005): 38-47.

Roldán, Natalia. “Marmato, el drama de un pueblo que vive sobre una montaña de oro”. *Revista Cromos*, 19 de noviembre de 2014. <https://www.revistacromos.com.co/personajes-y-celebridades/marmato-el-drama-de-un-pueblo-que-vive-sobre-una-montana-de-oro/>

Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. *¿Qué es la minería?* (s.f.). <https://www.exploradores.org.pe/mineria/que-es-la-mineria.html>

La falta de seguridad alimentaria en Colombia como una de las principales causas de la migración

María Fernanda Quintero Rubio

Resumen

La migración es una de las situaciones que más se presenta en Colombia, ya que gran parte de la población migra hacia el exterior en busca de mejores condiciones de vida, causada por los diversos problemas que aborda el país en diferentes ámbitos. En cuanto a la creación y aplicación de políticas y programas de alimentación, en muchas ocasiones se ha evidenciado que son ineficaces para garantizar el derecho de los colombianos a una buena alimentación y nutrición. Esta problemática aumentó tras la pandemia de la COVID-19, donde Colombia declaró Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y determinó garantizar el permanente funcionamiento del sistema de abastecimiento y seguridad. Sin embargo, este sistema de alimentación causó inseguridad, hambre y pobreza, tal como lo demuestra el informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), Programa Mundial de Alimentos de la ONU, entre otros documentos de instituciones multilaterales. Por lo tanto, el presente trabajo de investigación busca analizar la ineficacia de las políticas públicas de seguridad alimentaria como una de las principales causas de la migración en Colombia.

Palabras clave: alimentación, hambre y pobreza, migración colombiana, seguridad alimentaria.

La migración en Colombia

Antecedentes históricos de la migración

La migración es el cambio de residencia de una persona u un conjunto de estas, esto implica el traspaso de algún límite geográfico u administrativo debidamente definido, tal como lo señala la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹. Una situación que se relaciona con las transformaciones económicas, sociales, políticas y tecnológicas que se están viviendo a nivel mundial, ya que a medida que la globalización y los medios tecnológicos facilitan la interacción entre los países, la migración va incrementando; y para entender este crecimiento es necesario conocer algunos de sus precedentes históricos.

Bajo este postulado, es importante señalar que la migración es un fenómeno humano que ha existido desde la antigüedad, puesto que los seres humanos han estado en continua circulación por todo el mundo en busca de alimento y recursos para sobrevivir, es así como los primeros registros históricos de migración se remontan a los primeros humanos, aquellos

que salieron del continente africano, donde los *Homo sapiens* se dispersaron por Eurasia, emigrado a Asia, bien por el estrecho entre el Cuerno de África y el actual Yemen, tras diseminarse por el Sudeste asiático, se cree que los primeros humanos habrían emigrado a Australia, que entonces compartía una masa continental con Nueva Guinea, después a Europa y por último a América.²

Es así como el ser humano con el tiempo fue dejando el nomadismo y las diferentes culturas se establecieron en distintos territorios; sin embargo, las discordias, la esclavitud, el colonialismo y las guerras han generado grandes migraciones, lo cual se puede evidenciar en diferentes momentos históricos como estos ejemplos: 1) los judíos huyeron de sus tierras ancestrales tras las olas de exilio y la destrucción de Jerusalén en el año 70 después de Cristo; 2) los 12 millones de africanos que fueron esclavizados y

¹ Comisión para América Latina y el Caribe (CEPAL). "Concepto de migración". CEPAL, 2023.

² Blakemore, Erin. (2023, febrero 17). "La migración humana: consecuencia de guerras, desastres y, ahora, del clima". *National Geographic*.

obligados a trasladarse a América y Europa durante la trata transatlántica de esclavos, entre el siglo XVI y finales del siglo XIX; 3) en 1945, tras la Segunda Guerra Mundial, miles de supervivientes del Holocausto y otros civiles se convirtieron en personas desplazadas y emigraron a Europa occidental; 4) con la guerra de Vietnam, más de 125 000 personas de este país emigraron a los Estados Unidos ante la crisis humanitaria provocada por la guerra³, entre otros momentos migratorios que se han presentado, y que en pleno siglo XXI continua. Hay que agregar otros factores que inciden en la migración human como la hambruna, los desastres naturales y las violaciones de los derechos humanos.

De conformidad con lo anterior, es importante señalar que Colombia, históricamente, se ha caracterizado por grandes movilizaciones migratorias, dentro de los cuales se encuentran tres grandes oleadas: en primer lugar, en las décadas de 1960 y 1970 los colombianos migraron mayoritariamente a Estados Unidos, gracias a las reformas migratorias que establecieron cuotas de inmigración y políticas de reunificación familiar, creando así las bases y redes para la actual migración colombiana hacia ese país, tal como lo señalan Clemencia Ramírez, Marcela Zuluaga y Clara Perilla⁴.

Estos investigadores también señalan que la segunda oleada se dio en la década de 1980, cuando los colombianos migraron hacia la República Bolivariana de Venezuela, como consecuencia de la bonanza petrolera y la creciente demanda de mano de obra en esta nación; durante estos años se consolidaron redes transnacionales, las condiciones socioeconómicas del país, la violencia armada, entre otros aspectos abrieron el camino para que los compatriotas emigraran a otros países, dentro de los cuales se encuentra España, un destino muy deseado por los colombianos. Por último, la tercera oleada se dio en la década de los 2000, esta se evidencio en un gran crecimiento de los migrantes colombianos, gracias a la pluralidad de destinos, lo cual ha traído repercusiones económicas al país.

³ Ver la nota 2.

⁴ Ramírez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla. Perfil migratorio de Colombia (Bogotá: Organización Internacional para las Migraciones, 2010).

Normatividad nacional e internacional sobre la migración

July Fajardo, María Palacio y Julián Vásquez señalan que el derecho migratorio ha sido visto como un trámite y recopilación de requisitos para la adquisición de derechos iguales a los connacionales⁵; sin embargo en los últimos años con el incremento de los flujos migratorios nace la gobernanza migratoria, la cual consiste en el “desarrollo de políticas migratorias y fortalecimiento institucional a diferentes actores estratégicos, con el fin de promover una migración ordenada y regulada en Colombia, a través de una adecuada planeación administrativa de políticas migratorias”⁶. Esta se diferencia de la gestión migratoria, ya que esta última hace referencias a las acciones del Estado encaminadas a la regulación migratoria y a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Frente a esta diferencia, se determina que, en Colombia, un aspecto clave para la gobernanza migratoria es la Constitución Política⁷, ya que con su promulgación el Estado le otorgo derechos a los colombianos que residen en otros países, como la nacionalidad para hijos de colombianos nacidos fuera del país; el mantenimiento de la condición de colombiano al adquirir otra nacionalidad; la circunscripción especial para asegurar su participación en la Cámara de Representantes; la obligación del Defensor del Pueblo de orientarlos e instruirlos en el ejercicio y la defensa de sus derecho, entre otros. Así mismo, la Constitución les concedió derechos a los inmigrantes, como la nacionalidad para hijos de extranjeros domiciliados en el país, y mismos derechos que concede a los colombianos, los cuales se ven reflejados actualmente en la población venezolana gracias al gran flujo migratorio proveniente de ese país, a causa de las problemáticas políticas, económicas y sociales que presenta la nación vecina.

De la misma forma, el Estado colombiano ha expedido diferentes normativas regulando esta situación, Clemencia Ramírez *et al.*⁸, en su investiga-

5 Fajardo, July, María Palacio y Julián Vásquez. Los derechos de las personas migrantes y la gobernanza migratoria desde un enfoque de derechos (Bogotá: Organización Internacional para las Migraciones, Procuraduría General de la Nación, USAID, 2021).

6 Ver la nota 5, 67.

7 Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.º 116, 7 de julio de 1991.

8 Ver la nota 4, 4.

ción, señalan algunas de estas normativas, como la Ley 76 de 1993, la cual obligó a las oficinas consulares, cuya jurisdicción supere las diez mil personas, a contratar profesionales especializados para prestar orientación y asistencia jurídica y social a los colombianos que se encuentran en el exterior; así como, el Decreto de 1974 de 1995, que creó el Comité Interinstitucional para la Asistencia de los Colombianos en el Exterior y, como órgano asesor y coordinador del Gobierno, recomienda las políticas de asistencia a los colombianos en el exterior, propone campañas preventivas y de promoción con las comunidades residentes en el exterior.

En ese mismo año, se expidió el Decreto 333 de 1995, el cual establece que es obligación del Ministerio de Relaciones Exteriores adelantar programas especiales de protección y asistencia de los colombianos en el exterior; igualmente promover con las comunidades residentes en el exterior, la preservación y afirmación de los valores históricos, culturales y sociales de Colombia. Esta preocupación del Gobierno colombiano por los derechos de los migrantes colombianos se reflejó en el Plan de Desarrollo 2002-2006, el cual incluyó un apartado sobre las comunidades colombianas en el exterior, entre otras normativas.

De conformidad con lo anterior, se debe tener en cuenta que la Constitución Política de 1991, en el art. 39, determina que los tratados internacionales ratificados hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo tanto, tienen rango constitucional y todas las normativas deben ajustarse a lo dispuesto en esos tratados. Bajo este entendido, Colombia ha ratificado trece instrumentos internacionales ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y cinco ante la Organización de los Estados Americanos (OEA), relacionados con la garantía y regulación de los derechos humanos de las personas migrantes, así lo establece la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)⁹.

En este orden de ideas, los autores citados mencionan los siguientes tratados internacionales que busca regular en materia de derecho el flujo migratorio internacional: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

⁹ Ver la nota 4, 4.

Racial, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, el Pacto Mundial sobre Migración de 2018 (el cual es uno de los más importantes, ya que es el primer acuerdo global que intenta gestionar los flujos migratorios de forma integral y a escala internacional, y uno de sus objetivos es abordar las causas de la migración y mejorar las vías de migración legal), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios (donde el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares juega un papel primordial como órgano de expertos independientes responsable de la supervisión de la aplicación de esta convención). Asimismo, hacen referencia a los tratados de la OEA, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —“Protocolo de San Salvador”—; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém do Pará”—, entre otros tratados.

Causas y consecuencias de la migración

Diferentes estudios han evidenciado un incremento de la emigración de los países latinoamericanos, tal es el caso de Colombia, ya que de acuerdo con un reciente estudio realizado por el Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos¹⁰, en el 2022, aproximadamente 547 000 personas emigraron del país, siendo la cifra más alta de la historia, puesto que fue un 2,7 veces más frente al promedio de nacionales que emigraron cada año desde 2012.

Con las cifras mencionadas anteriormente surge una pregunta: ¿por qué tantos colombianos están abandonando su país? Esto se debe a diversas causas locales y globales, dentro de las cuales se encuentra: 1) inestabilidad económica; 2) violencia por el conflicto armado interno, asesinato de líderes sociales, gran número de casos de feminicidio y violencia interfamiliar, entre otras violencia; 3) desempleo; 4) inseguridad (un estudio rea-

¹⁰ Ávila, Ricardo. (2023, febrero 23). Más de medio millón de personas emigraron de Colombia en 2022, ¿qué pasa? El Tiempo. Ávila cita un estudio del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (CERAC), en el que procesó datos tomados del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y de Migración Colombia.

lizado por la firma Invamer¹¹, en el mes de noviembre de 2021, muestra que en la capital, el 84,8 % de los encuestados se siente inseguro, y en las zonas urbanas, la cifra es de un 45 % de la población); 5) tragedias naturales como derrumbes, deslizamientos de tierra, inundaciones, entre otros; 6) la globalización y la facilidad de acceder a las redes sociales (este ha sido un factor muy importante para la migración, ya que a través de estas es posible conocer ofertas académicas y labores en todo el mundo, que son realmente tentadoras para los colombianos quienes quieren mejorar sus condiciones de vida actuales); 7) en más de 133 países no se exige visa para los colombianos, lo cual disminuye las barreras para movilizarse y motiva a obtener el pasaporte (según la cancillería, “tan solo durante el tercer trimestre del año pasado se expidieron 419 384 [pasaportes], de los cuales el 77 % se entregó por primera vez”¹²); 8) deficiencia de las políticas públicas, tales como la protección y garantía de la seguridad alimentaria y nutricional en todo el país, la cual objeto de la presente investigación.

De este modo, es importante señalar algunas de las consecuencias de este gran flujo migratorio, como el aumento de remesas monetarias a Colombia, las cuales, de conformidad con los registros del Banco de la República, “los colombianos que viven en el exterior mandaron 9 428 de dólares en 2022, lo que constituyó un nuevo máximo”¹³; otro factor que llama la atención es el aumento de oportunidades de la mano de obra debido al descenso de la competencia. Sin embargo, se ha evidenciado que los grandes flujos migratorios se presentan cuando el país tiene grandes deficiencias y problemas, tanto sociales como políticos, lo que trae consigo la disminución del consumo del mercado interno y de personal calificado, ya que la gran parte de los migrantes son personas con altos niveles de estudio, que utilizan sus capacidades en otros países, siendo estos necesarios para contribuir al crecimiento y progreso de Colombia.

¹¹ Infobae. (2021, diciembre 6). Qué tan inseguros se sienten los colombianos, estos son los datos según la encuesta de Invamer. Infobae. El más reciente estudio de la firma consultora preguntó por la percepción de seguridad de los ciudadanos en 64 municipios y ciudades del país.

¹² Ver la nota 10, párr. 7.

¹³ Ver la nota 10, párr. 7.

La seguridad alimentaria en Colombia

Que es la seguridad alimentaria

Con la crisis mundial de alimentos de la década de 1970 (1972-1974), originada por la escasez de granos y “los altos precios de petróleo y de los fertilizantes”¹⁴, surge la necesidad a nivel mundial de la seguridad alimentaria. Es así como, en 1974, se realiza la Cumbre Mundial sobre Alimentación, la cual se enfocó en la disponibilidad de alimentos, esta define la seguridad alimentaria como la necesidad de “que haya en todo tiempo existencias mundiales suficientes de alimentos básicos [...] para mantener una expansión constante del consumo [...] y contrarrestar las fluctuaciones de la producción y los precios”¹⁵. Tras el impacto de la hambruna en África de 1984, la FAO amplió esta definición, incorporando dentro de sus aspectos más importantes el acceso a los alimentos, con el propósito de garantizar que todas las personas puedan acceder física y económicamente a los alimentos, tal como lo señalan Salcedo Baca¹⁶.

Es así como, en la década de 1990, la seguridad alimentaria toma gran relevancia e importancia a nivel mundial, gracias a esto en la Cumbre Mundial de Alimentación de 1996, se origina un concepto más universal y amplio, que establece que

Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana.¹⁷

En este concepto se evidencian cuatro componentes: i) disponibilidad, ii) acceso, iii) estabilidad y iv) utilización biológica; los cuales determinan

¹⁴ Bermúdez, Laura, Diana Cardozo y Jennifer Sierra. *Evaluación de la seguridad alimentaria en Bogotá – Colombia* (Madrid: Editorial Académica Española, 2012).

¹⁵ Organización de Las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Seguridad alimentaria*. Informe de políticas (FAO, 2008).

¹⁶ Ver la nota 14.

¹⁷ Ver la nota 15.

el estado de la seguridad alimentaria y la protección de los derechos alimenticios a nivel mundial.

Bajo este contexto es importante señalar que la seguridad alimentaria hace referencia al derecho a la alimentación adecuada, el cual es concebido y protegido como un derecho económico, social y cultural, de acuerdo con la normatividad internacional y nacional; y se diferencia del derecho alimentario, en cuanto este es un conjunto de normas jurídicas de contenido interdisciplinario que regulan todo lo concerniente con el alimento, así lo determinan Laura Bermúdez *et al.*¹⁸.

Responsabilidad del Estado colombiano

Al hablar de responsabilidad del Estado en el sistema normativo colombiano, se debe traer a colisión el Derecho Pretoriano, es decir, el que se ha desarrollado a través de vía jurisprudencial, sin que exista una norma que se encargue de su regulación; por lo tanto, es importante resaltar que

La eficacia de todo ordenamiento jurídico descansa en gran medida sobre su régimen de responsabilidad, es decir, sobre el conjunto de normas que regulan los efectos de conductas lesivas de derechos subjetivos; como todo ordenamiento jurídico el derecho internacional cuenta con reglas de este tipo.¹⁹

Por consiguiente, la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Art. 90, señala que, a nivel nacional, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; a nivel internacional, los Arts. 93 y 94 establecen que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. De igual forma, los derechos señalados en la Constitución se interpretan con base a estos lineamientos, sin desconocer los derechos inherentes al ser humano; desde esta perspectiva internacional, el Estado Colombiano al ser parte de la Convención Americana

¹⁸ Ver la nota 14, 9.

¹⁹ Figueroa, Gabriel. *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016).

sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se comprometió internacionalmente al respeto y protección de los Derechos Humanos, tal como se menciona el preámbulo y en el Art. 1 de la Convención²⁰.

Se debe precisar que dentro del bloque de constitucionalidad se encuentran distintos instrumentos y tratados internacionales que protegen los derechos humanos. El presente escrito se centra en el derecho a la alimentación, el cual se encuentra protegido por los siguientes pactos y declaraciones internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual señala en el Art. 25 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, [...]”²¹; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el que se determina la garantía del derecho a la alimentación y “asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que plantean tanto los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”²²; posterior a esto, con la creación del Comité de las Naciones Unidas para el PIDESC, que se encarga de expedir observaciones que permiten una adecuada interpretación y aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, se publicó la Observación General No. 12, la cual determina que el derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, “impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y realizar”²³.

En este mismo sentido, Colombia ha ratificado la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, la Declaración de los Derechos del Niño, la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de Roma de 2002, la Carta de la OEA (la cual se crea con el propósito de mejorar la

²⁰ Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José (22 de noviembre de 1969), Art. 1: “Con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

²¹ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

²² Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (PIDESC) (1966)

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)* (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12 de mayo de 1999), 4.

calidad de vida de las personas y las relaciones entre los Estados, guiadas por la cooperación y solidaridad), ente otros convenios internacionales.

Tal como se mencionó anteriormente, existe responsabilidad del Estado en dos momentos: I) cuando hay acciones u omisiones que generen un daño o perjuicio, y II) cuando se configuran los siguientes elementos: 1) sujetos de derecho; 2) actividad administrativa; 3) daño o perjuicio; 4) nexo causal, tal como lo señala el Consejo de Estado²⁴ en sus pronunciamientos. Esta responsabilidad se divide en responsabilidad subjetiva que hace referencia a la falla de servicio por negligencia, imprudencia e impericia; y objetiva que se presenta con un daño antijurídico por un riesgo excepcional o daño especial; y como medios de control para solicitar una reparación por parte del Estado nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales, reparación directa y reparación de perjuicios causados a un grupo, regulados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas, se evidencia que se configuraría una responsabilidad por parte del Estado lesionar el derecho alimentario y, por conexión con este, los derechos a la dignidad humana, vida, salud, igualdad, entre otros, consagrados en las normativa internas e internacionales; tal como se evidencia en diferentes estudios realizados por el Programa Mundial de Alimentos (PMA) y la FAO que se mencionan más adelante.

Normatividad y políticas públicas en Colombia

Para efectos de la presente investigación, es importante analizar algunos postulados normativos que mencionan la seguridad alimentaria en Colombia.

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644/11, 31 de agosto de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. La Ley 167 de 1941 reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

Constitución Política

En la Constitución Política de 1991 se establece el respeto por la dignidad humana como un principio fundamental inherente a la persona. Ante esta afirmación, debe mencionarse que una de las finalidades de la seguridad alimentaria es satisfacer la necesidad básica alimentaria para la subsistencia y una mejor calidad de vida de las personas, ya que “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”²⁵, siendo así la dignidad humana un pilar importante.

Al hacer referencia al derecho de alimentación, este no se encuentra de forma taxativa; sin embargo, puede estar implícito en los Arts. 43, 44 y 46, los cuales, hacen alusión a los ejes del acceso y utilización biológica de la seguridad alimentaria, mencionados anteriormente, dado que el Art. 43 determina un subsidio alimentario a la mujer embarazada que está desempleada o desamparada; el Art. 44 estipula que los niños tienen derecho a una alimentación equilibrada; y el Art 46 garantiza un subsidio alimentario a las personas de tercera edad que se encuentren en estado de indigencia. En cuanto al eje de disponibilidad de alimentos, el Art. 64 determina el mejoramiento de la calidad de vida de los campesinos; el Art. 65 estipula la prioridad y protección que debe proporcionar el Estado a la producción de alimentos; y el Art. 66 hace referencia al crédito agropecuario²⁶.

CONPES 113 de 2008

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. Esta entidad en el 2008 formuló la política de seguridad alimentaria y nutricional, en la que se planteaban objetivos y estrategias a partir de tres herramientas para su implementación.

La primera herramienta es diseñar una estructura institucional funcional con el fin de articular y coordinar las acciones de los diferentes acto-

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 239/97, 20 de mayo de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ Ver la nota 7.

res (Nacionales y Territoriales), la segunda, es la implementación de un Observatorio de Seguridad Alimentaria y Nutricional - PLAN SAN, el cual debe tener en cuenta los lineamientos y las recomendaciones expuestas en el mencionado documento CONPES.²⁷

En concordancia con lo anterior, por medio del Decreto 2055 de 2009, crea la institucionalidad que permite abordar la problemática de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN) en forma integral y articulada, y crea la Comisión Intersectorial de SAN (CISAN)²⁸. Adicionalmente, le otorga a la comisión las funciones de coordinar, articular, elaborar e implementar el Plan Nacional de seguridad Alimentaria y Nutricional (PLAN SAN).

Planes nacionales de desarrollo

La Ley de 152 de 1994 constituye un referente importante en materia de plan de desarrollo, al conceptuar y facilitar la comprensión de estos²⁹. Dentro de los cuales es importante señalar el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, el cual determina que la seguridad alimentaria comprende la disponibilidad de alimentos, la comercialización, la calidad e inocuidad y el consumo, y se definen cuatro ejes de la política: 1) disponibilidad permanente; 2) acceso, físico y económico; 3) calidad e inocuidad de los alimentos; 4) consumo y aprovechamiento³⁰.

De igual forma, se debe traer a colisión el reciente Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, en cual establece un capítulo sobre el derecho humano a la alimentación, ya que dentro del Departamento Nacional de Planeación (DNP) afirma que “para que Colombia sea una verdadera Potencia Mundial de la Vida, es necesario que se garantice el derecho humano a la alimentación a toda su población”³¹. Por lo tanto, el capítulo aborda mejoras

²⁷ Departamento Nacional de Planeación. Seguridad alimentaria y nutricional (18 de diciembre de 2023).

²⁸ Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2055. Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional, CISAN. 4 de junio de 2009. Diario Oficial, 47.370.

²⁹ Congreso de la República de Colombia. Ley 152. Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. 19 de julio de 1994. *Diario Oficial*, 41.450.

³⁰ Ver la nota 14, 9.

³¹ Departamento Nacional de Planeación. *Abecé del DNP 2022-2026* (2022), 3. El PND es la hoja de ruta de este gobierno del cambio que busca sentar las bases para que el país se convierta en un líder de la lucha mundial por la vida, la humanidad y

en el acceso físico a los alimentos, la producción local e incluso el uso de nuevas tecnologías para propender por un país sin hambre. Y así lograr las metas de

Quiebre a la Pobreza extrema: Disminuir la pobreza extrema a un dígito, al pasar de 12,2 % en 2021 a 9,6 % en 2026. • Eliminar el hambre en la Primera infancia: Disminuir fuertemente la mortalidad de niños por desnutrición menores de 5 años, reduciéndola a 3,37 por cada 100.000. • Infraestructura para la soberanía alimentaria: Durante el cuatrienio se fortalecerán 96 instalaciones portuarias, frente a doce intervenidas en 2022. • Producción para la vida: Aumentar en 10,38 % la producción en cadenas agrícolas priorizadas para el Derecho Humano a la Alimentación, al pasar de 35,3 toneladas de alimentos a más de 38,9.³²

La inseguridad alimentaria

Para que la seguridad alimentaria pueda cumplir sus fines es necesario la coexistencia armónica de sus ejes (disponibilidad, acceso, utilización biológica y estabilidad), dado que con la falta o poca aplicación de alguno se genera la inseguridad alimentaria³³. Lo anterior, pone en peligro derechos humanos como el derecho a la alimentación.

Situación que se refleja en la reciente *evaluación de seguridad alimentaria para la población colombiana* realizada por el Programa Mundial de Alimentos³⁴ (PMA), entre junio y noviembre de 2022. Según esta evaluación, el PMA determina que el 30 % de la población colombiana se encuentra

la naturaleza; establece un capítulo especial al derecho de alimentación, donde aborda desde diferentes puntos clave, como las mejoras en el acceso físico a los alimentos, la producción local, e incluso, el uso de nuevas tecnologías para propender por un país sin hambre.

³² Departamento Nacional de Planeación. *Principales Metas DNP 2022-2026* (2002), 1. Este departamento establece las metas principales del PDN en materia de: derecho humano a la alimentación; ordenamiento del territorio alrededor del agua y justicia ambiental; convergencia regional; seguridad humana y justicia social; transformación productiva, internacionalización y acción climática.

³³ Ver la nota 14, 9.

³⁴ Este resumen presenta los principales resultados de la evaluación para población colombiana, cuyo objetivo fue el de analizar la situación de seguridad alimentaria a nivel nacional. Para este fin se recolectó información en 29 departamentos y 118 municipios.

en una situación de inseguridad alimentaria, equivalente 15,5 millones de colombianos, de los cuales 2,1 millones están en una situación severa y 13,4 millones están en una situación moderada, y alrededor de la mitad de la población colombiana está en una situación de seguridad alimentaria marginal; lo cual significa que su situación podría deteriorarse si no hay mejora en los factores coyunturales, tal como lo muestran porcentajes de la siguiente figura 1.

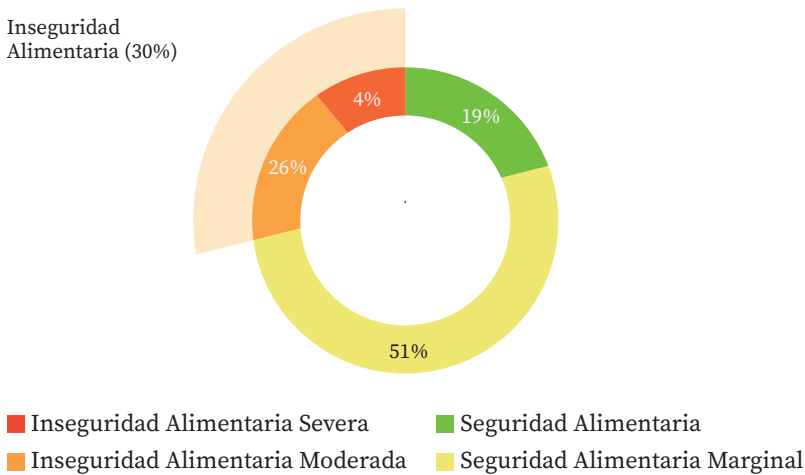


Figura 1. Programa Mundial de Alimentos³⁵.

De igual forma, el PMA establece que debido a factores estructurales y coyunturales que afectan de forma diversa los diferentes departamentos del país. Los departamentos con prevalencia de la inseguridad alimentaria más alta se concentran en “Córdoba (70 %), Sucre (63 %), Cesar (55 %), Bolívar (51 %) y La Guajira (50 %). Así mismo, departamentos como Arauca (62 %), Putumayo (48 %), Chocó (45 %) y Norte de Santander (40 %)”³⁶.

³⁵ Programa Mundial de Alimentos. (2023, febrero 16). *Evaluación de seguridad alimentaria para la población colombiana* (Bogotá: PMA Colombia), 2.

³⁶ Ver la nota 35.

Con fundamento en lo anterior, la inseguridad alimentaria³⁷ surge por diversos factores estructurales, dentro de los cuales se encuentran: la pobreza, la cual de acuerdo con un estudio del DANE en el 2021 la pobreza monetaria se ubicó en 39,3 %, mientras la pobreza monetaria extrema fue de 12,2 %³⁸; la cantidad de alimentos con que se cuenta a nivel nacional depende fundamentalmente de la importación y no de la producción³⁹; falta de infraestructura y tecnología para la producción; desempleo, que en enero de 2023, se registró una la tasa en el total de las 13 ciudades y áreas metropolitanas del 14,5 %, tal como lo señala el DANE⁴⁰; violencia, conflicto y desplazamiento, un factor determinante que durante mucho tiempo ha afectado al país y, actualmente, registra un aumento de 56 % en el total de víctimas de confinamiento y un aumento de 12 % en el número de víctimas por desplazamiento masivo, así lo señala informe de Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA)⁴¹; entre otros factores.

Igualmente, se encuentran factores coyunturales, como la inflación, la cual al finalizar el 2022 se ubicó en el 13,1 %⁴², a nivel general; también se encuentra factores como el aumento en precios del 27,8 % para el subgrupo de alimentos y bebidas no alcohólicas; desastres naturales; la emergencia sanitaria por la pandemia del COVID-19, entre otros.

Respecto al último factor mencionado, es importante realizar un estudio más detallado, ya que el Estado colombiano por medio del Decreto 417 de 2020 decide declarar un Estado de Emergencia Económico, Social y Ecoló-

37 Los hogares en inseguridad alimentaria son aquellos que no logran tener acceso a la comida de manera satisfactoria y tienen dificultades para cubrir sus necesidades básicas, por lo que deben recurrir a estrategias de consumo insostenibles y enfrentar condiciones de escasez de alimentos, hambre y malnutrición.

38 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Información pobreza monetaria nacional* (2021).

39 Mejía, María. *La seguridad alimentaria en Colombia. Cambios y vulneraciones* (Bogotá: Editorial Universidad Central, 2017).

40 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Registro estadístico de relaciones laborales (RELAB)* (2023).

41 Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). (2023, enero 23). *Informe sobre Tendencias e Impacto Humanitario en Colombia de 2022*. El 2022, durante el confinamiento por el COVID-19, se destacó por registrar el mayor número de víctimas desde que OCHA inició el registro de este impacto en 2008.

42 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2023, enero 5). *Boletín Técnico, Índice de Precios al Consumidor (IPC) de diciembre 2022*.

gico en todo el territorio Nacional⁴³, y ante esta medida se crean políticas públicas para garantizar los derechos fundamentales de los colombianos, como la suficiencia y accesibilidad a los alimentos necesarios para la subsistencia y buena alimentación. Para ello, la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional desarrolló medidas para: “i) evitar un posible desabastecimiento; ii) facilitar la accesibilidad física y económica de los alimentos; y iii) promocionar prácticas alimentarias y de nutrición saludables”⁴⁴. Adicionalmente, el Estado realizó transferencias monetarias a los hogares vulnerables, así como también usó los programas pre-existentes: Colombia Mayor, Jóvenes en Acción y Familias en Acción, y los nuevos programas Ingreso Solidario y Compensación del IVA. Dichas acciones lograron que la situación de seguridad alimentaria de los encuestados mejorará a través de las rondas del RECOVR; sin embargo, las cifras y evaluaciones expuestas anteriormente demuestran que las políticas públicas de seguridad alimentaria deben estar encaminadas a la estabilidad, ya que de nada sirve mitigar el problema con soluciones temporales y medidas asistenciales, que al final solo aumentan la inseguridad alimentaria.

Adicional a lo anterior, los estudios realizados por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) demuestran que Colombia es uno de los países en los que se evidencia un alto grado de inseguridad alimentaria, dado que:

In the Republic of Colombia, concerns remain high about significant levels of food insecurity – as determined in 2022 through WFP’s rCARI methodology – with moderate and severe acute food insecurity affecting 19 million and 1.1 million people respectively. Currently, the vulnerability of migrants and IDPs, with high proportions of food insecurity, requires specific attention.⁴⁵

⁴³ Presidencia de la República de Colombia. Decreto <Legislativo> 417. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. 17 de marzo de 2020. *Diario Oficial*, 51.259.

⁴⁴ Cabra, Margarita, Luciana Debenedetti, Abraham Farfán, Catherine Rodríguez y Camilo Pecha. *Seguridad alimentaria y protección social en Colombia durante el COVID-19. Resumen de políticas según la iniciativa Respuestas Efectivas contra el COVID-19 (RECOVR)* (Departamento Nacional de Planeación, abril de 2021), 2.

⁴⁵ Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) y World Food Programme (WFP). *Hunger Hotspots FAO-WFP early warnings on acute food insecurity October 2022 to January 2023 Outlook* (FAO, WFP: 2023), 15.

Así las cosas, el Estado colombiano debe tomar las medidas pertinentes para solventar estas grandes cifras sobre la seguridad alimentaria del país, puesto que, de no ser así, nuevamente Colombia podrá ser incorporada dentro de los países con altos índices de inseguridad alimentaria, como ocurrió en el estudio que realizó la FAO del 2022⁴⁶.

¿Por qué la ineficacia de las políticas públicas de seguridad alimentaria es una de las causas de la migración en Colombia?

Con base a las cifras, factores y estudios relacionados con el tema, se puede evidenciar la ineficacia de las políticas públicas adoptadas por el Estado, porque: 1) no aplican los cuatro ejes de la seguridad alimentaria y se manejan de forma diferente, dado que el eje del acceso se concibe como acceso económico, el eje de utilización biológica que es el más se trae a colación en la normatividad nacional, se direcciona hacia la calidad de los alimentos, y el eje de estabilidad no es tenido en cuenta, en consecuencia se genera la inseguridad alimentaria. 2) La seguridad alimentaria no tiene como único propósito evitar el hambre de un sector de la población, ya que está involucrado con derechos como la equidad social, la sostenibilidad, el respecto a la diversidad y la identidad cultural; por lo tanto, las políticas públicas deben incorporarlos. 3) No se tienen en cuenta los diferentes factores que padecen la población a la cual va dirigida, puesto que para lograr la seguridad alimentaria es importante proporcionar una estabilidad constante, donde se garantice suplir la necesidad básica de alimentación. 4) No deben estar direccionadas únicamente a las medidas asistenciales como únicas soluciones del problema, debido a que estas suelen ser temporales y no proporcionan una verdadera solución, tal como se evidencio durante la pandemia del COVID-19. 5) El Estado debe brindar una oportuna y obligatoria vigilancia y aplicación a las políticas, dado que las cifras y evaluaciones internacionales evidencian que existe una gran falla en la protección del derecho a la alimentación.

“Advierten que es probable que la inseguridad alimentaria aguda se deteriore aún más en 19 países o situaciones, llamados puntos críticos de hambre”.

46 Vivas, Michell. (2022, enero 31). “Colombia en riesgo de hambre aguda en 2022: informe de FAO” En Consultor Salud. “El debilitamiento de la moneda, el aumento de precios y la reducción del poder adquisitivo pone a Colombia en riesgo de padecer una crisis de hambre en 2022”.

Al estudiar estas dos problemáticas sociales, se observa su conexidad, puesto que las causas por las cuales los colombianos deciden emigrar son los mismos factores que generan la inseguridad alimentaria: la pobreza, el desempleo, el conflicto armado, la inestabilidad económica, entre otros mencionados anteriormente. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que la poca eficacia y aplicación de políticas públicas direccionadas a la protección del derecho humano a la alimentación como una necesidad vital, motiva a los colombianos a buscar en otros países una mejor calidad de vida, donde pueda garantizarse la subsistencia de sí mismos y su familia, comenzando por una de las necesidades básicas y primarias: una buena alimentación.

Conclusiones

La ineficacia de las políticas públicas de seguridad alimentaria es una de las causas de la migración en Colombia, dado que estas políticas no se direccionan de una forma adecuada, porque no tienen en cuenta los ejes (disponibilidad, acceso, utilización biológica y estabilidad) y además no se prolongan en el tiempo; situaciones que generan el aumento de la inseguridad alimentaria, y por tanto la desprotección de derechos humanos como la alimentación, provocando que los colombianos busquen suplir sus necesidades básicas en otros países que brinden una mejor calidad de vida.

La migración es un fenómeno social que ha existido desde la antigüedad. El ser humano buscaba satisfacer sus necesidades básicas como la alimentación, a medida que fue dejando de ser nómada y se establecieron diferentes culturas alrededor del mundo; asimismo, los conflictos se convirtieron en uno de los pilares principales de la migración.

Una de las cifras más altas de la migración es la del 2022 en Colombia, con aproximadamente 547 332 emigrantes, lo cual evidencia la gran insatisfacción de la población colombiana frente al manejo de las problemáticas económicas, políticas y sociales que enfrenta el país.

Debido a la situación alimentaria de la población mundial, surge la necesidad de crear un sistema o conjunto de normas dirijas a la protección y garantía del alimento, conocido como derecho alimentario, diferente al derecho a la alimentación, el cual es un derecho económico, social y cul-

tural cuyo objetivo es tener acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada.

Colombia se acoge el concepto de seguridad alimentaria de la FAO, sin embargo, no se aplican de forma correcta los ejes que la conforman (disponibilidad, acceso, utilización biológica y estabilidad), lo cual genera inseguridad alimentaria.

El alimento es una necesidad básica del ser humano para su salud y subsistencia, por lo tanto, al no encontrar alternativas, ayudas y protección efectiva, los colombianos emigran con el propósito de obtener una mejor calidad de vida en otros países, donde logre saciar sus necesidades básicas.

Las estadísticas y evaluaciones internacionales sobre la seguridad alimentaria en Colombia son alarmantes, ya que evidencian un aumento de la problemática gracias a factores estructurales y coyunturales, así como también la falta de eficacia y protección por parte del Estado.

El COVID-19 generó un gran impacto en las políticas públicas de seguridad alimentaria, dado que, en medio del estado de excepción, se proporcionaron subsidios y mercados para garantizar la alimentación de las familias más necesitadas.

El Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 muestra la importancia de la seguridad alimentaria, considerando el derecho humano a la alimentación como un pilar necesario para que Colombia sea una verdadera “Potencia Mundial de la Vida”.

Referencias

Ávila, Ricardo. (2023, febrero 23). Más de medio millón de personas emigraron de Colombia en 2022, ¿qué pasa? El Tiempo. <https://n9.cl/ghyfy>

Bermúdez, Laura, Diana Cardozo y Jennifer Sierra. Evaluación de la *seguridad alimentaria* en Bogotá – Colombia. Madrid: Editorial Académica Española, 2012.

- Blakemore, Erin. (2023, febrero 17). “La migración humana: consecuencia de guerras, desastres y, ahora, del clima”. *National Geographic*. <https://n9.cl/6g48s>
- Cabra, Margarita, Luciana Debenedetti, Abraham Farfán, Catherine Rodríguez y Camilo Pecha. *Seguridad alimentaria y protección social en Colombia durante el COVID-19. Resumen de políticas según la iniciativa Respuestas Efectivas contra el COVID-19 (RECOVR)*. Departamento Nacional de Planeación, abril de 2021. <https://n9.cl/cixnn>
- Comisión para América Latina y el Caribe (CEPAL). “Concepto de migración”. CEPAL, 2023. <https://www.cepal.org/es/subtemas/migracion#>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12 de mayo de 1999. <https://n9.cl/uf7cl>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 152. Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. 19 de julio de 1994. *Diario Oficial*, 41.450. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0152_1994.html
- Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.º 116, 7 de julio de 1991. <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 239/97, 20 de mayo de 1997. M. P. Carlos Gaviria Diaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644/11, 31 de agosto de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-644-11.htm>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Información pobreza monetaria nacional, 2021. <https://n9.cl/hijav>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Registro

estadístico de relaciones laborales (RELAB), 2023. <https://n9.cl/ue3pjy>

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2023, enero 5). Boletín Técnico. Índice de Precios al Consumidor (IPC) diciembre de 2022. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ipc/bol_ipc_dic22.pdf

Departamento Nacional de Planeación (DNP). Abecé del PND 2022-2026. 2022. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/abece_pnd_2022_2023.pdf

Departamento Nacional de Planeación (DNP). Principales Metas PND 2022-2026. 2022 <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/PND-2023/2023-02-23-METAS.pdf>

Departamento Nacional de Planeación (DNP). *Seguridad alimentaria y nutricional*, 18 de diciembre de 2023. <https://n9.cl/ee6s3r>

Fajardo, July, María Palacio y Julián Vásquez. Los derechos de las personas migrantes y la gobernanza migratoria desde un enfoque de derechos. Bogotá: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Procuraduría General de la Nación, USAID, 2021. <https://n9.cl/7jdv0>

Figueroa, Gabriel. *La responsabilidad internacional agravada del Estado colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016.

Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) y World Food Programme (WFP). Hunger Hotspots FAO-WFP early warnings on acute food insecurity October 2022 to January 2023 Outlook. FAO, WFP, 2023. <https://n9.cl/ufd63>

Infobae. (2021, diciembre 6). Qué tan inseguros se sienten los colombianos, estos son los datos según la encuesta de Invamer. Infobae. <https://n9.cl/159nf>

- Mejía, María. *La seguridad alimentaria* en Colombia. Cambios y vulneraciones. Bogotá: Editorial Universidad Central, 2017. <https://n9.cl/b6t74>
- Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA). (2023, enero 23). Informe Tendencias e Impacto Humanitario en Colombia de 2022. <https://n9.cl/iaqsj>
- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 22 de noviembre de 1969. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (PIDESC). 16 de diciembre de 1966. <https://n9.cl/agaxz>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Seguridad alimentaria*. Informe de políticas. FAO, 2008. <https://www.fao.org/publications/search/en/?country=Q29sb21iaWE=>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2055. Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de *Seguridad Alimentaria* y Nutricional, CISAN. 4 de junio de 2009. *Diario Oficial*, 47.370. <https://n9.cl/b8da5>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto <Legislativo> 417. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. 17 de marzo de 2020. *Diario Oficial*, 51.259. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/decreto_0417_2020.html
- Programa Mundial de Alimentos (PMA). (2023, febrero 16). *Evaluación de seguridad alimentaria para la población colombiana*. Bogotá: PMA Colombia. <https://n9.cl/59k36d>

La falta de seguridad alimentaria en Colombia como una de las principales causas de la migración

Ramírez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla. Perfil migratorio de Colombia. Bogotá: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2010. <https://n9.cl/8ynzvc>

Vivas, Michell. (2022, enero 31). Colombia en riesgo de hambre aguda en 2022: informe de FAO. Consultor Salud. <https://n9.cl/c2row>

Justicia constitucional comparada y medio ambiente

Jorge Arley Villamil Burgos

Claudia Patricia Martínez Londoño

Resumen

Este trabajo analizará el derecho al medio ambiente sano en varios países de la comunidad internacional, teniendo en cuenta, el concepto de Estado y como se establecerá este derecho en el Código Procesal Constitucional. El hombre como ser social por naturaleza ve la necesidad de ceder su libertad a otros individuos para crear organizaciones que garanticen su seguridad, bienestar y adquisición de los elementos necesarios para su supervivencia. Las primeras agrupaciones de sujetos establecen normas de conducta básicas, las cuales deben ser cumplidas por los miembros que la conforman, allí se inicia con la estructuración de comunidades que con el transcurso del tiempo se adecuarán como Estado. Por ello, se responderá la siguiente pregunta: ¿los países de la comunidad internacional protegen el derecho al medio ambiente sano, y si es así, es necesario reglamentarlo en un Código Procesal Constitucional?

Palabras claves: constitución política, derechos humanos, garantías constitucionales, justicia constitucional, medio ambiente.

"Envenena el río, y el río te envenenará a ti".

Introducción

La conformación de Estado (en sus inicios) determina la imposición de reglas que dimanen de seres "divinos", aquellos parámetros de conducta no se consideraban como infracciones o delitos, sino como pecados por ir en contra de los postulados que ya se habían instaurado.

Los diferentes ciclos por los que evoluciona el Estado contribuyen a la consolidación de Entes “civilizados” que buscan mecanismos que protejan al ser humano por su condición como persona, al ser él, el centro de atracción de la actividad estatal.

La sistematización de un ordenamiento jurídico permite la jerarquización de las normas que lo configuran, en donde la ley fundamental se implementa como la cúspide del sistema, por ello, la supremacía constitucional debe prevalecer dentro de los Estados constitucionales para garantizar de manera efectiva los postulados que la propia carta magna contempla.

Los Estados de la comunidad internacional se han visto en la necesidad de regular en sus constituciones el derecho al medio ambiente, por las grandes repercusiones que ha generado la extracción de los recursos minerales, la comercialización de la fauna y flora que es propia de determinados Estados y el uso indiscriminado de recursos tan preciados como el agua.

Como es bien sabido, doctrinalmente se ha manifestado que todos los seres humanos que habitan el mundo son ciudadanos de este, por ende, es la obligación de todos promover por la protección del medio ambiente sano y de la adecuada utilización de recursos tan importantes como el agua para las futuras generaciones.

El Estado, como organización o ente encargado de regular las relaciones sociales entre ciudadanos, ha evolucionado y encontrado diferentes momentos históricos que permiten establecer una teoría del Estado. La relevancia que lo anterior anota es determinar cómo surge el Estado, la evolución por la que ha atravesado y su concepción en la actualidad.

Clases de Estados

Estado de naturaleza

En este punto histórico el hombre cuenta con una libertad ilimitada por la circunstancia de salvajismo en que se encontraba, los constantes enfrentamientos en que vivían los humanos generaban que no existiera seguridad, ni posibilidad de adquirir bienes por ninguna persona. Con el transcurso del tiempo el hombre ve la necesidad de limitar su libertad para con otros,

para que se conformaran comunidades en donde se establecieran contraprestaciones por unos y otros. Esas retribuciones consistían en que la protección, la seguridad, la adquisición de bienes y la producción de elementos necesarios para su subsistencia, debía realizarse por cada individuo, pero en aporte para su comunidad.

La conformación de comunidades permite el establecimiento de parámetros de conducta mínimos que tenían que ser seguidos por cada uno de los miembros de la colectividad, es así como van surgiendo los primeros gérmenes de Estado¹.

Las leyes de la naturaleza no se establecían de manera escrita, se contemplaban como parámetros de conducta iusnaturalista que instauraban en cada individuo formas de actuar que podrían ser reprochables y sancionadas por su comunidad².

El Estado absolutista

Este tipo de Estado, históricamente, corresponde más al siglo XVII, se caracteriza por la concentración del poder en un solo órgano o persona, se relaciona con la religión a instaurarse en algunos Estados a su gobernante por mandato divino o por la expedición de normas basadas en los postulados religiosos por ejemplo el cristianismo o judaísmo.

No existe la división de poderes en el ejecutivo, judicial y legislativo como los concibe Montesquieu³, se puede considerar como un contrato social del pueblo con su gobernante (rey)⁴, en donde el rey tenía la facultad de dirigir, legislar según su conveniencia o sabiduría y juzgar por medio de sus magistrados, pero bajo la voluntad de su mandato.

Se podría considerar como un Estado despótico al no existir un equilibrio del poder, o lo que hoy conocemos como la teoría de pesos y contrapesos.

¹ Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (Alemania: Editorial Torre Fuerte, 2008).

² Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social* (Francia: Editorial Marc-Michel Rey, 1762).

³ Montesquieu. *El espíritu de las leyes* (Ginebra: Editorial Universales, 2005).

⁴ Ver la nota 2.

El Estado legicentrista

Sus inicios parten de la revolución industrial y de la separación de poderes establecidas por el barón de Montesquieu. En esta etapa ya se determina que las ramas del poder público serán la ejecutiva, la judicial y la legislativa como actividades fundamentales del Estado para cumplir sus fines esenciales. Existe independencia entre cada rama del poder, en donde primaba en aquella época el poder legislativo, por aplicarse de manera directa y sin ninguna objeción lo que contemplaban en las leyes. Los jueces eran simplemente la boca de la ley, no cabían interpretaciones ni mucho menos vulneraciones de Derechos si la ley perjudicaba a la persona. El poder ejecutivo no contaba con el mismo poder que en el Estado absolutista y debía aplicar la norma de la manera como la expedida el legislador.

El Estado constitucional

Inicia con los postulados de supremacía constitucional, en donde la ley fundamental debía prevalecer en el ordenamiento jurídico interno. La división de poderes se materializa en mayor proporción y a los jueces se les permite la interpretación constitucional y legal. Se determina que las ramas del poder público trabajaran en armonía para cumplir los fines esenciales del Estado.

La constitución ya no es una simple carta política, ahora adquiere la denominación de carta jurídica por contener mecanismos que la hacen vinculante dentro del ordenamiento jurídico. Esos mecanismos conocidos como garantías constitucionales tienen la finalidad de materializar los postulados que la propia ley fundamental contempla. La materialización necesita de órganos especializados encargados de aplicar lo que se denomina por la doctrina como Justicia Constitucional.

Aquellos órganos requieren estructurarse dentro de una jurisdicción especial (Constitucional), para que mediante la aplicación de la constitución garanticen a todos los asociados de un Estado los Derechos Humanos que le son innatos.

Modelos de justicia constitucional⁵

Los modelos de justicia constitucional establecen qué órganos están facultados para garantizar la supremacía constitucional, además determina en qué momentos deben entrar en acción y a partir de qué mecanismo puede materializarse ese principio tan importante dentro de todo ordenamiento jurídico de un Estado constitucional.

La finalidad de la justicia constitucional puede configurarse de la siguiente manera⁶:

- Defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del Derecho.
- Tutelar de manera jurisdiccional los Derechos Humanos contemplados en la constitución.
- Proteger los Derechos Humanos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Defender la supremacía constitucional

Este postulado establecido como principio rector dentro de un Estado constitucional es primordial para dar protección a la ley fundamental de todo ordenamiento jurídico. Hans Kelsen establece que la constitución es norma de normas y, por lo tanto, debe existir un órgano especializado que se encargue de proteger su integridad, la carta política, por contener en su parte dogmática los Derechos que le son propios a todo individuo por su condición como persona, debe materializarse para garantizar los intereses de la sociedad.

Tutelar los Derechos Humanos

Con la expedición de las constituciones de 1947 (Italia) y 1949 (Alemania), se inicia con el nuevo paradigma de adoptar la Constitución no sólo como una norma política sino, a su vez, como una norma jurídica, la cual

⁵ Velandia Canosa, Eduardo Andrés. "Derecho procesal transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Primera Instancia* 7, núm. 13 (2014): 169.

⁶ Ver la nota 5.

adquiere fuerza vinculante y establece mecanismos que permiten la protección de los Derechos que ella misma contempla. La tutela de Derechos Humanos depende de cada Estado en particular al regular las acciones con las que cuentan sus asociados para exigir el cumplimiento de los deberes estatales que está en la obligación de garantizar. La acción de tutela, las acciones populares y de grupo (colectivas), la acción de cumplimiento, la acción de inconstitucionalidad, entre otras,⁷ son los mecanismos que se establecen en las constituciones de los últimos tiempos.

Proteger la Convención Americana de Derechos Humanos⁸

Con la incorporación del bloque de constitucionalidad a los diferentes ordenamientos jurídicos, los Estados que ratifiquen o se adhieran a diferentes instrumentos internacionales que versen sobre Derechos Humanos y prohíben su limitación en estados de excepción⁹, deberán cumplir a cabalidad (*pacta sun servanda*) las obligaciones contraídas a nivel internacional y contemplar los mecanismos que materialicen lo estipulado en los instrumentos internacionales.

Entre esos mecanismos deberán aplicar el control de convencionalidad que es definido como el mecanismo judicial que garantiza la prevalencia de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH), tanto a nivel internacional como a nivel interno de cada Estado¹⁰. Los sistemas o modelos de justicia constitucional se pueden clasificar en originarios y derivados.

Originarios: difuso, dual y paralelo y concentrado

Difuso

De corte angloamericano, no surge del iuspositivismo, nace en la jurisprudencia de los operadores judiciales de Inglaterra y Estados Unidos, en

⁷ Gil Rendón, Raymundo. *El nuevo derecho procesal constitucional* (Bogotá: VC Editores, 2012).

⁸ Ver la nota 5, 169.

⁹ Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.º 116, 7 de julio de 1991, art. 93.

¹⁰ Ver la nota 5, 171.

dos grandes sentencias como lo son el caso Thomas Bonham¹¹, y el caso Marbury vs. Madison¹².

En el primer caso, el juez Edward Coke se inspira en la necesidad de establecer un control de legitimidad de una ley por ser contraria a los principios del common law¹³, y, en el segundo, el juez John Marshall decide inaplicar una ley federal por contravenir a la carta fundamental (federal).

El modelo difuso acarrea un efecto inter-partes, y puede ser realizado a petición de parte (acción) o por vía oficiosa por considerar el juez que vulnera el principio de supremacía constitucional o transgrede de manera directa derechos humanos que están en cabeza de algún extremo de la relación jurídico-procesal. Tiene la finalidad de garantizar la supremacía e integridad de la constitución.

Dual y paralelo

Denominado por el profesor Velandia Canosa como el modelo colombiano, por establecerse en el ordenamiento jurídico colombiano en el año de 1910, mediante acto legislativo (mecanismo de reforma constitucional) N° 3 de octubre 31 de 1910¹⁴. Este modelo establece que existe un órgano especializado (tribunal o corte), el cual debe velar por la supremacía constitucional, a través de la acción que se interponga en la administración de justicia, los efectos de esa decisión son erga omnes. Sin embargo, ese mismo sistema establece que todos los jueces están en la obligación de materializar el postulado de supremacía constitucional, mediante la petición de que realice un sujeto procesal dentro del proceso (incidente de inconstitucionalidad), o de oficio, siempre que el juez considere que debe inaplicar la norma que transgrede el ordenamiento jurídico, los efectos de esa decisión son interpartes. Es de resaltar la coexistencia de dos sistemas, el difuso (de corte angloamericano) y el concentrado (establecido por el

¹¹ Rivera Santivañez, José. *Temas de derecho procesal constitucional* (Cochabamba: Editorial Kipus, 2007).

¹² Carbonell, Miguel. “Marbury versus madison, el descubrimiento del control de convencionalidad de las leyes”. *Anuario de Derecho Procesal Constitucional* 1, (2010): 3-18.

¹³ Ver la nota 5, 172.

¹⁴ Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Edgar Andrés Quiroga. *Derecho Procesal Constitucional: Garantía Jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016).

gran jurista Hans Kelsen diez años más tarde), los cuales no se mezclan ni combinan.

Concentrado

Es ideado en Australia por el gran jurista Hans Kelsen, en el año de 1920, establece que debe existir una corte o tribunal especializado en asuntos constitucionales, en cual se encargue de conocer exclusivamente del control de constitucionalidad de las leyes. Entonces, se establece una restricción de competencia de asuntos constitucionales.

Mixto

Este sistema surge de la combinación de los sistemas concentrado y difuso, este sistema inicia en el sistema difuso por plantearse un incidente de constitucionalidad (vía de acción) o por el juez al considerar que la norma en estudio vulnera Derechos Humanos o el ordenamiento jurídico (vía ex officio). En estos casos debe dirigirse al tribunal o corte constitucional (modelo concentrado), para que sea el encargado de establecer si para el caso en particular debe implicarse la norma por transgredir los Derechos Humanos de los sujetos procesales. En este sistema se establecen la mezcla del sistema concentrado y difuso, los cuales interactúan para crear un nuevo modelo.

Híbrido¹⁵

En este tipo de sistema coexisten los tres modelos originarios en uno solo, lo cual se puede explicar en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con la expedición de la constitución política de 1991 el Estado colombiano adopta un sistema híbrido al otorgar competencias a diferentes órganos para que ejerzan la “jurisdicción constitucional” como veremos:

¹⁵ Ver la nota 14.

- La corte constitucional es el único órgano de la jurisdicción constitucional¹⁶, y a ella se le confía la guarda de la integridad y la supremacía constitucional (art. 241 C.P.). Este tribunal se faculta para determinar qué leyes o decretos deben ser declarados inexequibles. Tenemos un modelo concentrado con lo expuesto anteriormente.
- El consejo de Estado es el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo (art. 237 C.P.), y “desempeñará un control de constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la corte constitucional”¹⁷, como se puede establecer existe una competencia residual otorgada al consejo de Estado.
- A los tribunales administrativos para declarar la nulidad de los actos administrativos de carácter general de orden departamental o municipal¹⁸.
- A todos los jueces (se convierten en jueces constitucionales) para conocer de las acciones de tutela¹⁹ y de habeas corpus que se interpongan ante la administración de justicia.
- A los jueces civiles y administrativos para conocer de las acciones de populares y de grupo²⁰.
- A todos los jueces administrativos para conocer de la acción de cumplimiento²¹.

¹⁶ Congreso de la República de Colombia. Ley 270. Estatutaria de Administración de Justicia. 7 de marzo de 1996. *Diario Oficial*, 42.745.

¹⁷ Ver la nota 9, Art. 234 N° 2.

¹⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 1437. Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 18 de enero de 2011. *Diario Oficial*, 47.956.

¹⁹ Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2591. Por la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 68 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. *Diario Oficial*, 40.165, art. 5.

²⁰ Congreso de la República de Colombia. Ley 472. 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. 5 de agosto de 1998. *Diario Oficial*, 43.357.

²¹ Congreso de la República de Colombia. Ley 393. Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. 29 de julio 29 de 1997. *Diario Oficial*, 43.096.

Por lo anterior, se determina que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un control confuso²² por no existir una estructuración y organización en lo que respecta a la justicia constitucional.

Bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad amplía la constitución al incorporar a la misma otros instrumentos internacionales o sistemas normativos, que por mandato de la propia ley fundamental se consideran constitucionales. Este bloque establece una cláusula de apertura del sistema constitucional²³.

El Bloque de constitucionalidad nace en Francia, en el desarrollo jurisprudencial del tribunal constitucional de dicho Estado, además le da fuerza normativa al preámbulo, lo cual lo hace vinculante dentro de todo el ordenamiento jurídico internado de cada Estado²⁴.

También es necesario hacer referencia al Derecho administrativo francés, en donde se establece en igual medida el bloque de legalidad, para relacionar los valores, principios y reglas que sujetan a la administración pública.

Del bloque de constitucionalidad se puede hablar en estricto sentido o en amplio sentido, los dos cuentan con características propias que los hacen fácil de reconocer cuando se mencionan, sin que de manera específica se referencie al uno o al otro²⁵.

²² Tobo, Javier. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1991).

²³ Londoño Ayala, César. Bloque de constitucionalidad (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015), 41-42.

²⁴ Ver la nota 23, 58-61.

²⁵ Ver la nota 5, 180.

Tabla 1. Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto.

Elemento integrante del bloque	Norma de reenvío	Valor otorgado en el bloque de constitucionalidad	Jurisprudencia constitucional
Preámbulo	Preámbulo	Rango constitucional	C-479 de 1992
Articulado constitucional	Articulado constitucional	Rango constitucional	C-191 de 1998
Derechos innominados	Artículo 94	Rango constitucional	T-426 de 1992
Tratados limítrofes	Artículo 102	Rango constitucional	C-191 de 1998
Tratados de D.I.H.	Artículo 214	Rango constitucional	C-358 de 1997
Tratados de DD.HH.	Artículo 93	Rango constitucional	C-394 de 2007
Convenios de la OIT	Artículo 53	Rango constitucional	C-567 de 2000
Precedente de la corte constitucional	Artículo 241	Rango constitucional	T-441 de 2010

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Bloque de Constitucionalidad sentido amplio.

Normas del bloque	Normas de reenvío	Valor	Jurisprudencia constitucional
Doctrina de la OIT	Artículo 53	Criterio de interpretación	T-568 de 1999
Doctrina de tribunales internacionales	Artículo 93-2	Criterio de interpretación	C-200 de 2000
Jurisprudencia de la CIDH	Artículo 93-2	Criterio de interpretación	C- 291 de 2007
Providencias de la Comisión IDH	Artículo 93-2 Artículo 93-1	Criterio de interpretación	C-500 de 2014
Leyes orgánicas	Artículo 151	Criterio de interpretación	C-394 de 2007
Disposiciones iusfundamentales	Artículo 152	Criterio de interpretación	C- 401 de 2005 ²⁶

Fuente: elaboración propia.

El bloque de constitucionalidad como figura jurídica permite que se realice un control de convencionalidad del ordenamiento jurídico interno de aquel Estado Parte que haya ratificado la CADH y que reconozca la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁶ Ver la nota 5.

Justicia constitucional comparada

Es definida por Raymundo Gil Rendón como “el estudio de las garantías constitucionales, pero no desde el enfoque tradicional que se considera como garantías individuales o Derechos Humanos, sino como los medio jurídicos y procesales que buscan la reintegración del orden constitucional, cuando ha sido violado por los órganos del poder público, [...]”²⁷. A lo anterior se puede agregar que el estudio de las garantías constitucionales puede realizarse en el plano comparado, para establecer qué mecanismos se deben adoptar para materializar de manera efectiva los postulados constitucionales de cada Estado en particular.

A continuación, se establecerá un ejemplo de garantías constitucionales que existen en algunos países de Latinoamérica y cómo se aplican a en cada Estado determinado.

Acción de tutela o de amparo. En Colombia se encuentra establecida en el Artículo 86 de la constitución política, y regulado por el decreto 2591 de 1991. En cuanto a esta garantía constitucional se aplica un modelo difuso, por determinarse que todos los jueces pueden conocer de la acción de tutela que se interponga ante la administración de justicia. Es procedente para proteger el Derecho a un medioambiente sano²⁸, pese a que este Derecho es de tercera generación. La Corte Constitucional colombiana en su desarrollo jurisprudencial²⁹ ha establecido la procedencia de la tutela para tutelar de manera efectiva dicho Derecho.

En Chile, se establece en el Artículo 20 de su carta magna, en este Estado existe un modelo concentrado y compartido (existen varios órganos encargados de dirimir asuntos constitucionales) de justicia constitucional, el derecho a un medioambiente sano³⁰ puede protegerse mediante la imposición de la acción de tutela, y el órgano encargado de resolver la controversia jurídica será la corte de apelaciones.

²⁷ Ver la nota 7.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-443 de 2009, 8 de julio de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 2009, 22 de julio de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa.

³⁰ República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile*, (Chile: artículo 9, 1980).

Protección del medio ambiente en el ámbito internacional

Los instrumentos internacionales encargados de regular lo relacionado con el medio ambiente son mínimos, en comparación al número de normatividad internacional que se encarga de reglamentar los derechos humanos como el debido proceso, entre otros. Es así como el derecho al medio ambiente se desarrolla en el siglo XX, específicamente en la conferencia de Estocolmo (1972)³¹, en donde se transmiten a nivel mundial las problemáticas que se han generado al medio ambiente por la creciente contaminación que el hombre ha generado al planeta tierra. Lo relevante en este instrumento internacional fue que trataron asuntos concernientes a la utilización de los recursos naturales, la protección al medio ambiente y sobre los mecanismos para combatir la contaminación que se genera alrededor de todo el mundo.

El convenio de Ramsar (1971)³² firmado en Irán, establece la protección que se debe otorgar a los humedales, cuerpos acuíferos y las aves propias de este ecosistema, la cual está a cargo de todos los Estados que se adhieran al presente convenio por medio de la firma de sus representantes.

Posterior a la declaración de Estocolmo, tenemos el protocolo de San Salvador (1998)³³ el cual es adicional a la CADH, en donde se reconoce el Derecho Humano que está en cabeza de todo ser humano de vivir en un ambiente sano, en donde recae la obligación del Estado miembro de la Convención de crear los mecanismos necesarios para el disfrute de dicho derecho.

Innumerables esfuerzos se han realizado por organizaciones internacionales para fortalecer lo que respecta al medio ambiente, en donde se destaca la Declaración del agua, para los pueblos americanos proclamada por el tribunal latinoamericano del agua (1998)³⁴, lo relevante de esta declaración

³¹ Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes* (Estocolmo: Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, 2001).

³² Organización de las Naciones Unidas. *Convención de Ramsar* (Irán: Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, 1971).

³³ Organización de Estados Americanos. *Protocolo de San Salvador* (San Salvador: ONU, 1998).

³⁴ Ver la nota 5, 180.

la justicia ambiental la cual establece como un mecanismo que proteja de manera directa el medio ambiente y garantiza no solo los derechos que se derivan de un ambiente sano, sino también los derechos fundamentales.

No obstante, en el año de 1992, se fortalece la protección específica al agua (como parte importante del medio ambiente sano) en el convenio de Helsinki³⁵, en donde se regula lo referente a lagos internacionales y aguas fronterizas, por determinar que el agua, además de ser un recurso natural es un derecho humano de todos los seres vivos especialmente del hombre.

Como se puede observar en el ámbito internacional la protección y regulación que se ha realizado al medio ambiente es nula, por la sencilla razón de que los Estados de la comunidad internacional se han preocupado por la garantía y materialización de los derechos individuales y no de los derechos trascendentales en la actualidad como los Derechos colectivos, específicamente el Derecho a un ambiente sano.

Es claro que el derecho a un ambiente sano es el género y comprende la protección de Derechos específicos como son los derechos al agua potable, el derecho al aire puro, el derecho a un terreno libre de contaminantes químicos o físicos, el derecho de contar con hábitat libre de contaminación, entre otros. No se ve en instrumentos internacionales el desarrollo a un ambiente sano con los derechos específicos que debería comprender, y es así como en los Estados del continente americano prima el interés económico para la extracción de los recursos naturales sobre los derechos que tenemos los habitantes del mundo a un ambiente sano.

Es claro que en la segunda mitad del siglo XX se inicia con la protección al Derecho a tener un medio ambiente sano³⁶, y es por esa razón que se expiden diferentes instrumentos internacionales que garantizarán la subsistencia del hombre con su ecosistema.

En lo que respecta al Sistema Interamericano se contempla el derecho a un medioambiente sano en el protocolo adicional de Derechos sociales,

³⁵ Organización de las Naciones Unidas. *Convenio sobre la protección y utilización de los Cursos de Sgua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales* (Suiza: Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, 1992).

³⁶ Ver la nota 31.

económicos y culturales de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, denominado protocolo de San Salvador³⁷, el artículo 11 de dicho instrumento internacional se establece lo siguiente:

Artículo 11: Derecho a un Medio ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Por lo anterior se establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos está legitimada para sancionar a los Estados partes de la CADH, que hayan reconocido su competencia para ser condenados por las posibles vulneraciones de Derechos Humanos en que incurran sus agentes Estatales³⁸.

Dentro del Sistema Interamericano se han tratado casos sobre Derecho Ambiental, entre los que se destacan: caso comunidad yakye axa vs. Paraguay³⁹, Pueblo Saramaka vs. Surinam⁴⁰, caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador⁴¹, entre otros, en donde se han abordado temas referentes a la vulneración del medio ambiente sano, pero lo más particular es la no sanción por la responsabilidad internacional del Estado por daños al medio ambiente en donde nos deja la amarga sensación de no contar con medio eficaces que protejan de manera directa este Derecho fundamental.

Aunque la corte cuenta con la potestad de condenar a los Estados por la vulneración a este derecho, no lo ha realizado de manera directa, al referirse en la mayoría de los casos de manera preferencial hacia otros derechos sin tener en cuenta que todos los Derechos son fundamentales dentro de un Estado constitucional.

³⁷ Ver la nota 33.

³⁸ Ver la nota 5, 180.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad Indígena Yakye vs. Paraguay, 17 de junio de 2005.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, 12 de agosto de 2008.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 de junio de 2012.

Los interrogantes que se plantean son: ¿existen los instrumentos internacionales para proteger y garantizar el Derecho a un medioambiente sano? Y ¿los órganos internacionales cuentan con la suficiente independencia política para manifestarse en temas tan sensibles como el Derecho a un medioambiente sano?, estos planteamientos deben ser una reflexión para cada ciudadano del mundo por tratar de un tema que compete a cada uno de los actores sociales.

Conclusiones

- Se debe crear una jurisdicción constitucional encargada de hacer efectiva la justicia constitucional, la cual cuente con un órgano de cierre, tribunales constitucionales de distrito judicial y juzgados constitucionales.
- La expedición de normas ambientales a gran escala no es adecuada si no existen los mecanismos para que los ciudadanos protejan sus derechos.
- La codificación de un Código de procedimiento constitucional aclararía el camino a seguir para que se pueda materializar los procedimientos que la misma constitución exige.⁴²

Referencias

- Carbonell, Miguel. “Marbury versus madison, el descubrimiento del control de convencionalidad de las leyes”. *Anuario de Derecho Procesal Constitucional* 1, (2010): 3-18. <https://n9.cl/gjeeew>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270. Estatutaria de Administración de Justicia. 7 de marzo de 1996. *Diario Oficial*, 42.745. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley 393. Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. 29 de julio 29 de 1997. *Diario Oficial*, 43.096. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0393_1997.html

⁴² Ver la nota 7.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1437. Por la cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. 18 de enero de 2011. *Diario Oficial*, 47.956. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. Ley 472. 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. 5 de agosto de 1998. *Diario Oficial*, 43.357. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Constitución Política de Colombia [Const]. Gaceta Constitucional n.º 116, 7 de julio de 1991. <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-443 de 2009, 8 de julio de 2009. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-443-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 2009, 22 de julio de 2009. M. P. María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-486-09.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye vs. Paraguay, 17 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam, 12 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 de junio de 2012.
- Engels, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Alemania: Editorial Torre Fuerte, 2008.
- Gil Rendón, Raymundo. El nuevo derecho procesal constitucional. Bogotá: VC Editores, 2012.

- Londoño Ayala, César. Bloque de constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015.
- Montesquieu. El espíritu de las leyes. Ginebra: Editorial Universales, 2005.
- Organización de Estados Americanos. Protocolo de San Salvador. San Salvador: ONU, 1998.
- Organización de las Naciones Unidas. Convención de Ramsar. Irán: Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, 1971. https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/pdf/lib/lib_manual2006s.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. *Convenio sobre la protección y utilización de los Cursos de Sgua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales*. Suiza: Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, 1992.
- Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes*. Estocolmo: Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, 2001. <https://n9.cl/e546x4>
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2591. Por la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 68 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. *Diario Oficial*, 40.165, art. 5. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>
- República de Chile. *Constitución Política de la República de Chile*, 1980. https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
- Rivera Santivañez, José. *Temas de derecho procesal constitucional* (Cochabamba: Editorial Kipus, 2007).
- Rousseau, Jean-Jacques. El contrato social. Francia: Editorial Marc-Michel Rey, 1762.

Tobo, Javier. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1991.

Velandia Canosa, Eduardo Andrés. “Derecho procesal transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Primera Instancia* 7, núm. 13 (2014): 169. <https://n9.cl/htzi0>

Velandia Canosa, Eduardo Andrés y Edgar Andrés Quiroga. *Derecho Procesal Constitucional: Garantía Jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016).

¿Implementación de una jurisdicción ambiental?

Perspectiva desde el derecho comparado

Julián Esteban Pantoja Perenguez
Claudia Patricia Martínez Londoño

Resumen

Colombia posee gran variedad en sus ecosistemas, lo que hace que su diversidad sea una de las amplias del mundo. Las diferentes formas de vida como flora y fauna no son exóticas, sino muchas de ellas endémicas atribuible a las diversas formas de relieve que poseemos y que nos caracterizan como una potencia ecológica. Las problemáticas en materia ambiental y el conflicto de intereses de carácter político y económico han mostrado la dificultad en la aplicación de las normas convirtiéndose en muchas ocasiones en temas eminente técnicos que en lugar de buscar la protección ambiental la dejan en total desamparo, de tal manera que la necesidad es imperiosa en búsqueda de una atención especial en Colombia. Al respecto se dice que son muy pocos los Estados que han contemplado la creación de órganos especializados que se aboquen a esta tarea, es por ello que es importante analizar de manera general, la forma en que algunos países latinoamericanos han construido una nueva realidad respecto a la jurisdicción ambiental a través de la creación de órganos revestidos de particularidades que propenden por la protección del medio ambiente y la necesidad de especialización en materias bastante complejas como lo es la materia ambiental. En virtud de lo anterior, es importante conocer y presentar cómo países como Bolivia, El Salvador, Chile y Costa Rica han implementado acciones que permitieron la creación de órganos jurisdiccionales ambientales para la protección del medio ambiente, y es por lo que la temática ambiental en estos Estados se encuentra en un peldaño diverso y novedoso que sería muy importante entender en Colombia para proteger los recursos naturales. Posteriormente, se hará alusión a algunas ideas de importantes voces que se han escuchado en la actualidad, encaminadas a la creación de un tri-

bunal ambiental internacional. Finalmente se aborda el tema respecto a la creación de tribunales ambientales en Colombia.

Palabras clave: derecho ambiental, derecho comparado, jurisdicción ambiental, tribunal ambiental.

La jurisdicción ambiental

Cuando se alude al término de jurisdicción es menester entender en qué consiste tal vocablo, por eso la universidad de Antioquia la define como “la potestad que tiene el Estado para aplicar el derecho y decidir de manera definitiva los conflictos de intereses. Es una potestad general, ya que el Estado está investido de soberanía en cuanto a la aplicación de la ley”. Entonces, como jurisdicción se puede entender aquella potestad que tiene el Estado para aplicar las leyes e impartir justicia dentro de un territorio determinado y a un conglomerado social. Ahora bien, ya enunciado de manera general el término jurisdicción, es importante tratar de definir lo que el medio ambiente es, y para ello la subgerencia de cultura del Banco de la República ha dicho que el medio ambiente hace referencia a:

El entorno en el cual opera una organización que incluye, el aire, el agua, el suelo, los recursos naturales, la flora, la fauna, los seres humanos y su interrelación. El medio ambiente se refiere a todo lo que nos rodea a los seres vivos, conformado por elementos biofísicos (suelo, agua, clima, atmosfera, plantas, animales, y microorganismos) y componentes sociales que se refieren a los derivados de las relaciones que se manifiestan a través de la cultura, la ideología y la economía.¹

Es decir que se está refiriendo a un conjunto de elementos que interactúan entre sí, que constituyen un sistema que hace posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinado. En consecuencia, la jurisdicción ambiental debe entenderse como lo explica Manuel Corado de Paz: “la potestad que poseen ciertos órganos competentes del Estado, para conocer, revisar, y dirimir los conflictos que se suscitan en el ámbito del dere-

¹ Banco de la República de Colombia. Informe de Sostenibilidad (2015).

cho ambiental”², es decir, la facultad de administrar justicia en cabeza de ciertos órganos competentes, para resolver conflictos en la materia del derecho ambiental. Cabe señalar que dicha jurisdicción generalmente ha sido ejercida de manera accesoria y es importante que, teniendo en cuenta que las discusiones sobre medioambiente, no solamente se acoten a los espacios nacionales sino internacionales, se debe dar un trato especializado y eficaz a los problemas suscitados en esta materia.

El tribunal ambiental administrativo en Costa Rica

Las diversas problemáticas ambientales que afronta han sido tratadas en diferentes escenarios, sin embargo la creación de este tribunal de carácter especial ha podido establecer que:

es menester tener en cuenta lo que el banco central de Costa Rica nos dice respecto de la situación que se vive y es por lo que se dice que:

En los últimos años la temática en cuanto a las posibles soluciones para minimizar la situación ambiental ha sido exhaustivamente discutida. Estrategias como el reciclaje, el control de basura, biotecnología y energías alternativas son solo algunos ejemplos de los intentos que ha hecho la humanidad para conservar el medio ambiente. Aunque de alguna u otra forma estas medidas han minimizado los niveles de contaminación a nivel mundial, estas están lejos de erradicar o disminuir significativamente esta problemática.³

El estado ambiental actual de Costa Rica deja entrever ciertas debilidades y amenazas, a las que se expone el país. Entre éstas, sobresalen: i. Un inadecuado manejo de los residuos, mayoritariamente generados por los sectores residencial e industrial, que además han repercutido en el aumento de emisiones de GEI y la contaminación de los cuerpos de agua. ii. Una elevada exposición y vulnerabilidad a cambios climáticos, particularmente inundaciones, tormentas tropicales, deslizamientos y llu-

² Corado de Paz, Manuel. “Jurisdicción ambiental ¿es necesario crear tribunales ambientales?” En *Derecho procesal constitucional: garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado* (editado por Eduardo Velandia Canosa y Édgar Quiroga, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016).

³ Banco Central de Costa Rica. Problemática ambiental y desarrollo sostenible en Costa Rica. 2012.

vias, que se vuelve aún más problemática si se considera que Costa Rica no cuenta con la infraestructura necesaria para hacerle frente a estos eventos. La alta vulnerabilidad de Costa Rica se debe en gran medida a la falta de una adecuada planificación del territorio, que empieza con el irrespeto o el desconocimiento de las leyes existentes en la materia. La mala planificación aplica desde las municipalidades hasta los actores privados, y tiene repercusiones sobre la capacidad de planificación de los operadores de servicios públicos (agua, electricidad, transporte público, recolección de desechos sólidos). iii. La escasez relativa y la contaminación del agua, ya que pueden ejercer impactos severos sobre la salud pública, las actividades productivas y la generación de energía. iv. La elevada dependencia del sector de transporte a los combustibles fósiles, lo que desencadena en un aumento de las emisiones de CO₂ y una mayor contaminación atmosférica y acústica, principalmente en las zonas urbanas. Vale la pena recalcar que la flota vehicular en Costa Rica, además de ser numerosa, es vieja, lo que hace que emita aún más. Aunado a ello, el rezago en su infraestructura (no sólo vial, sino también marítima y aérea) y el deficitario sistema de transporte público se suman a la problemática. v. El tratamiento de aguas residuales representa uno de los grandes retos ambientales de Costa Rica (MIDEPLAN 2015). Del total de hogares del país, solamente el 21,24% tiene conexión a un sistema de alcantarillado sanitario. El 76,42% está conectado a un tanque séptico, pero solo el 1,6% de estas viviendas cuenta con un tanque séptico con capacidad de tratamiento de las aguas (MINAE 2016). Según los reportes consultados, solamente se tratan de forma adecuada el 14,43% de las aguas residuales ordinarias (no industriales) (MINAE 2016). vi. El uso excesivo de agroquímicos, superior al de la mayoría de países de la región, que terminan vertiéndose inadecuadamente sobre ríos y contaminando los cuerpos de agua y afectando la biodiversidad marina.⁴

En virtud de lo anterior, el Estado en mención ha optado por la protección del medio ambiente desde el ámbito jurídico para que no se siga vulnerando y aprovechando de manera arbitraria los recursos naturales, es por esto que por medio de la ley orgánica del ambiente no. 7554⁵ se creó

⁴ Alpízar, Francisco, Róger Madrigal y Ariana Salas. Retos ambientales de Costa Rica (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018), 8.

⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley 7554. Ley Orgánica del Ambiente, 4 de octubre de 1995.

el Tribunal Ambiental Administrativo como un órgano especializado y encargado de velar por el cumplimiento de la legislación relativa al medio ambiente y los recursos naturales en Costa Rica. Así las cosas, este tribunal es competente para:

- i) conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales;
- ii) conocer, tramitar y resolver de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisivos que violen o amenazan violar las normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales;
- iii) establecer, en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales;
- iv) establecer multas en sede administrativa, por las infracciones a la ley para la gestión integral de residuos y cualquier otra ley que así lo establezca (inciso adicionado por el artículo 58 aparte c) de la ley para la gestión integral de residuos, No. 8839 del 24 de junio de 2010.⁶

En sí, con la implementación de este alto tribunal, se están realizando revisiones minuciosas de proyectos para determinar si se está atendiendo a lo que prescribe la legislación ambiental. También es importante resaltar que las funciones que desarrolla este alto tribunal acatan y toman como referencia grandes principios del derecho como la oralidad, celeridad, inmediación de la prueba, etc. Este se puede catalogar como un claro ejemplo de que sí se puede implementar una garantía jurisdiccional que proteja los recursos naturales y que no sea tomada de manera accesorio, como ocurre en otras legislaciones.

⁶ Ver la nota 2.

El tribunal agroambiental en Bolivia

En Bolivia tanto como en Ecuador se han aprobado nuevas constituciones como resultado de complejos procesos políticos y sociales. Estos presentan diferentes innovaciones e incluso se los ha presentado como un ejemplo de un nuevo constitucionalismo abordando temas como estados plurinacionales o el buen vivir. Conforme a lo que plantea Gudynas⁷:

En la nueva constitución de Bolivia entre los principios, valores y fines del Estado se indica la “conservación del medio ambiente para el bienestar de las generaciones actuales y futuras” (art.7). Enseguida, se reconocen los derechos al ambiente: “las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado”, tanto en las presentes como futuras generaciones (art.33), y culaquier persona “esta facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente”, sin perjuicio de las obligaciones estatales (art.34). Se suman otros puntos, como especificar el derecho a “vivir en un medio mambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas” en las comunidades campesinas e indigenas (art.30). El texto brinda especial atencion a otros temas, destacandose el agua entre los derechos fundamentales (arts. 16 y 20).

Es asi como ampliamente se establece que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, equilibrado y protegido. De esta manera una de las novedades mas interesantes en esta constitucion es la presentacion de una jurisdiccion agroambiental, como parte del ordenamiento juridico (arts.186 a 189). Y de esa manera, se crea un tribunal agroambiental encargado de la jurisdiccion en temas agricolas, forestales, y ambientales incluyendo flora, fauna, agua, y los ecosistemas en general. Este importante tribunal se rige bajo principios fundamentales del derecho como la integralidad, inmediatez, sustentabilidad entre otros. Dentro de las funciones principales de este tribunal se encuentran por ejemplo:

1. resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones agrarias, forestales y ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovecha-

⁷ Gudynas, Eduardo. “Ecología Política de la Naturaleza en las Constituciones de Bolivia y Ecuador” (Fundación Rosa Luxemburg, 18 de octubre de 2010).

miento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales, y de la biodiversidad,

2. demandas sobre actos que atenten contra la fauna, flora, agua, medio ambiente,
3. demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales,
4. conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y
5. encargarse de la organización de los juzgados ambientales.

Esta jurisdicción especial sobre ambiente en Bolivia ha sido óbice para que otros Estados tomen como ejemplo tales iniciativas para la protección del medio ambiente, así como proporcionar un control amplio sobre los recursos naturales.

Juzgados ambientales en el Salvador

Fue un hecho histórico que el juzgado ambiental de San Salvador fuese el primero en todo el país en esa materia, que empezara a funcionar desde el primero de diciembre de 2014, luego de 16 años de la aprobación de la ley de medio ambiente vigente desde 1998. Es así que, mediante el Decreto 684 de 2014, se creó la jurisdicción ambiental a cargo en primera instancia, de juzgados ambientales y en segunda, de una Cámara ambiental. Según el comunicado de la corte suprema de justicia hecha a los medios de comunicación: “Los juzgados ambientales tienen como competencia recibir demandas de personas y de organizaciones por daños contra el medio ambiente en materia civil, y la jurisdicción que aplicará la justicia en tal Estado será a través de los juzgados en materia penal”⁸. También se manifestó que:

El nuevo tribunal contribuirá a la protección, conservación y recuperación de los ecosistemas del país, así como minimizar el impacto ambiental y proteger el medioambiente, que es una obligación constitucional del Estado Salvadoreño. El artículo 99 de la Ley de Medio Ambiente esti-

⁸ Transparencia activa. “Hoy inicia funciones el juzgado ambiental” (1 de diciembre de 2014).

pula juzgados ambientales de primera instancia y las cámaras de segunda instancia, estas últimas instaladas en San Salvador, Santa Ana y San Miguel. El artículo 102 A indica también que estos tribunales realizarán su función jurisdiccional sujetos a lo establecido en la Constitución, los tratados y convenios internacionales, ratificados por El Salvador, la legislación ambiental, jurisprudencia y los principios doctrinarios del derecho ambiental.⁹

De esta manera, otro país latinoamericano ha llevado a la realidad la denominada jurisdicción ambiental, para que se protejan los recursos naturales, y como consecuencia no se vulneren arbitrariamente los derechos al medio ambiente.

El Tribunal Ambiental en Chile

En Chile, la presidenta Michelle Bachelet, presidió un proyecto ante el parlamento a efecto de crear un tribunal ambiental, que permitiera resolver las controversias medioambientales, y fue ella quien por medio de la siguiente argumentación explicó la necesidad de crear de crear un tribunal especializado en medio ambiente:

Consideramos que los elementos en juego a la hora de abordar la reforma a la institucionalidad y gestión ambiental son la certeza jurídica para la inversión, la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia ambiental [...] Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tiene un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la administración en relación con las competencias conferidas por el legislador, y por la otra como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable.

Fue de esta manera en que dicha iniciativa, apoyada por el parlamento chileno, fue aprobada por medio de la Ley no. 20.600, dando como resultado la creación de tres tribunales ambientales distribuidos por el territo-

⁹ Ver la nota 8.

rio chileno, los cuales serían competentes de manera general para dirimir conflictos medioambientales. Dentro de la competencia reconocida a estos tribunales es importante recalcar que ellos pueden conocer de

1. las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado,
2. las reclamaciones en contra de las resoluciones de la superintendencia de medio ambiente,
3. las reclamaciones que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación cuando estos infrinjan la ley, entre otras.

Perspectiva de voces recientes sobre la creación de un tribunal internacional en materia ambiental

En la medida en que las relaciones entre Estados se han tornado más complejas, ha sido posible observar una proliferación de organismos internacionales a los que se integran los Estados con el objeto de dar soluciones eficaces a los problemas que se suscitan producto de su interacción tanto en el ámbito mundial, continental o regional, un ejemplo claro es el que alude Manuel Corado de Pazal¹⁰ al decir que: “Los tribunales arbitrales como el tribunal internacional del derecho del mar, en temas relativos a la protección de la fauna y la explotación marinas, la corte permanente de arbitraje, la cámara de asuntos ambientales o cámara de medio ambiente son muestra fehaciente del desarrollo de la justicia ambiental internacional”.

Sin embargo tales instituciones internacionales han carecido de especialización en sentido estricto, puesto que importantes organismos internacionales como la corte internacional de justicia, o el consejo de seguridad de la ONU, si bien han intervenido de manera contundente emitiendo opiniones consultivas de gran trascendencia en materia ambiental, a la hora de la verdad no cobran trascendencia de aplicabilidad a un contexto real

¹⁰ Ver la nota 2.

fáctico. En razón a esto y de acuerdo con Edgardo Torres López, juez superior de la corte superior de Lima:

La necesidad de constituir una Corte Internacional de Justicia para el Ambiente, ha sido iniciativa del Dr. Amedeo Postiglione (1992), Juez de la Corte de Casación Italiana, y presentada para su discusión en un seminario realizado en Río de Janeiro, Brasil.¹¹

Es así como, desde hace más de 20 años, se ha tenido la iniciativa impulsada desde Europa para la implementación de un tribunal ambiental internacional que en sí genere la posibilidad de crear tribunales regionales por áreas geográficas definidas de acuerdo con los tratados de integración supranacional previamente firmados por los estados para proteger el medio ambiente. La voz de este estudioso concluye diciendo que:

Para hacer respetar el derecho al medio ambiente, es urgente crear mecanismos de solución pacífica a los conflictos en dicha materia, es decir impulsar la creación de centros arbitrales, juzgados y tribunales, con autoridades que contribuyan a preservar la ecología y entre otros aspectos hagan cumplir los principios y normas de derecho ambiental.¹²

En este tenor, es importante mencionar el aporte hecho por Baltasar Garzón, jurista y exmagistrado español, que pugnó por crear una corte penal de justicia climática, y consideró importante y conveniente incorporar el delito de “ecocidio” en el estatuto de Roma, toda vez que en tal estatuto se hace una clara alusión a la destrucción medioambiental, pero en el marco de un conflicto armado.

Conclusiones

Indudablemente y conforme a la realidad en que vivimos el hombre evoluciona en su pensamiento y perspectiva de ver el mundo, por ende, el derecho también está en constante cambio ajustándose a las necesidades del hombre para regular sus excesos, en tal medida, lentamente diferentes Estados latinoamericanos han comprendido que existe una necesidad

¹¹ López, E. T. *Escuela judicial de América Latina cooperatio judiciaria et collectiva intelligentia* (s.f.)

¹² Ver la nota 11.

de crear y especializar órganos jurisdiccionales encargados de dirimir los conflictos o disputas suscitadas en materia ambiental.

La implementación y creación de una jurisdicción ambiental que esté integrada por tribunales y jueces ambientales es más que indispensable, puesto que el ambiente hace parte de nuestro entorno natural en el cual nosotros como seres humanos nos desarrollamos y crecemos, además es el lugar en el cual futuras generaciones se desenvolverán, por lo tanto, se está en presencia de un gran universo demasiado complejo y amplio para ser abordado “de manera accesoria” como lo alude el doctor Corado de paz, y para esto se debe empezar a tomar medidas serias en el asunto ambiental con eficacia.

Desde la perspectiva del semillero Ciro Angarita Barón, estamos convencidos de que se requiere de la especialización de profesionales en el derecho de medio ambiente para que puedan contribuir a su protección desde el ámbito nacional e incluso en un futuro internacional, puesto que los daños causados al medio ambiente no tienen fronteras que los limiten. Sino que se deben tomar medidas prontas y eficaces para su tutela jurisdiccional. Finalmente, consideramos que es muy importante que desde las instituciones educativas se incentive a crear una “cultura ambiental” que propenda por enseñar la protección, ordenamiento, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales a fin de garantizar el derecho de los seres humanos a gozar y heredar un ambiente sano.

Referencias

Alpízar, Francisco, Róger Madrigal y Ariana Salas. Retos ambientales de Costa Rica. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. <https://n9.cl/06txc>

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley 7554. Ley Orgánica del Ambiente, 4 de octubre de 1995. <https://n9.cl/x02od>

Banco Central de Costa Rica. Problemática ambiental y desarrollo sostenible en Costa Rica. 2012.

Banco de la República de Colombia. Informe de Sostenibilidad (2015).

¿Implementación de una jurisdicción ambiental? Perspectiva desde el derecho comparado

Corado de Paz, Manuel. “Jurisdicción ambiental ¿es necesario crear tribunales ambientales?” En *Derecho procesal constitucional garantía jurisdiccional del medio ambiente en el derecho comparado*, editado por Eduardo Velandia Canosa y Édgar Quiroga, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2016.

Gudynas, Eduardo. “Ecología Política de la Naturaleza en las Constituciones de Bolivia y Ecuador”. Fundación Rosa Luxemburg, 18 de octubre de 2010. <https://n9.cl/nws06>

López, E. T. *Escuela judicial de América Latina cooperatio judiciaria et collectiva intelligentia* (s.f.).

Transparencia Activa. “Hoy inicia funciones el juzgado ambiental” (1 de diciembre de 2014).



Estudios constitucionales, procesales y ambientales ha sido compuesto con caracteres Source Serif Variable y Acumin Variable Concept, e impreso en papel Earth Pact y elaborado 100% con fibra de caña de azúcar, libre de químicos y blanqueadores, en los talleres de

Ediciones Carrera 7a SAS, en marzo de 2024. Con esta edición, la Universidad La Gran Colombia contribuye a la sostenibilidad del medio ambiente al utilizar materiales ecológicos producidos en Colombia.

