

“EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA AMBIENTAL APLICADA POR
LOS JUECES DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO, PARA LA PROTECCIÓN DE LA
MINERÍA ANCESTRAL Y ARTESANAL EN SUS DIMENSIONES INDIVIDUALES,
SOCIALES Y COLECTIVAS”

YEFERSON ROMAÑA TELLO

Maestría en Derecho Público

Director: Dr. Alexei Julio Estrada

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

Bogotá D.C., Colombia

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

Rector:	Dr. Hernando Parra Nieto
Secretario General:	Dr. José Fernando Rubio Navarro
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Director Departamento Derecho Constitucional:	Dr. Humberto Antonio Sierra Porto
Director de Tesis:	Dr. Alexei Julio Estrada
Examinadores:	Dr. German Lozano Villegas Dra. Floralba Padrón Pardo

Contenido

Introducción	1
Capítulo I: Estándares de Reparación para las Víctimas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en Materia Ambiental	1
1.1. Aspectos Preliminares del Capítulo	1
1.1.1. Acercamiento Conceptual al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	2
1.2. El Instituto Internacional del Control de Convencionalidad en Sentido Estricto	3
1.3. Clases o Formas de Control de Convencionalidad	6
1.3.1. Control Directo de Convencionalidad	6
1.3.2 Control Sistemático de Convencionalidad	7
1.4. Estándares de Reparación a Víctimas desde la Jurisprudencia de la Corte IDH	10
1.5. Sobre las Diversas Formas de Reparación	22
1.5.1. Daño Material	22
1.5.1.1. Daño al Patrimonio Familiar	23
1.5.2. El Daño Inmaterial	23
1.5.3. El Daño Moral y Psicológico	25
1.5.4. Daño Físico.....	25
1.5.5. Daño al Proyecto de Vida.....	26
1.5.6. Otras Formas de Reparación – (Medidas de Satisfacción y de No Repetición).....	27
1.5.7. Opinión Consultiva OC-23 de 2017	30

Capítulo II: Problemática Medio Ambiental Existente en el Departamento del Chocó, a	
Consecuencia de la Actividad Extractiva por Minería Legal e Ilegal	34
2.1. Aspectos Preliminares del Capítulo	34
2.2. Acercamiento Conceptual a la Problemática Medioambiental Existente en el	
Departamento del Chocó.....	35
2.3. Consecuencia de la Actividad Extractiva por Minería Legal e Ilegal Departamento	
del Chocó	41
2.4. El Rol de Protección a partir de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado	
Colombiano para la Protección Ambiental	48
Capítulo III: Cumplimiento del Control de Convencionalidad en los Casos de Conocimiento	
del Contencioso Administrativo del Choco, por medio del Estudio de Casos, en Referencia	
a la Protección de Minería Ancestral y Artesanal.....	67
3.1. Aspectos Preliminares del Capítulo	67
3.2. Análisis de Casos, Funcionalismo y Ponderación del Control de Convencionalidad.....	67
3.3. Análisis de Resultados	82
Conclusiones.....	87
Referencias Bibliográficas	90

Lista de Tablas

Tabla 1. Carácter hetero compositivo de las medidas y estándares de reparación desarrollado por la Corte IDH	13
Tabla 2. Consideraciones y Caracterización de la Pequeña y Mediana Minería.....	43
Tabla 3. Retomado de Plan de desarrollo departamental del Chocó 2016 – 2019 “oportunidades para todas las subregiones”	45
Tabla 4. Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por Daños Ambientales.....	58
Tabla 5. Mandatos imperativos establecidos en la Sentencia T-622 de 2016	63

Lista de Graficas

Grafica 1. Representación de los estándares de reparación desde la tipología del daño en el sistema.....	24
Grafica 2. Elementos constitutivos de estándares de reparación material para las víctimas en el Sistema Interamericano de derechos humanos, fuente propia la presente investigación.	28
Grafica 3. Medidas extramatrimoniales inmateriales de reparación y de no repetición, fuente propia la presente investigación.....	29
Grafica 4. Porcentaje del territorio titulado en Chocó (Principales Titulares > 50 HA)	47
Gráfica 5. Efectos de la Convencionalidad desde la persona humana en referencia a la protección de minería ancestral y artesanal	84

Resumen

La presente investigación, se enfoca en determinar, cuales son los efectos del control de convencionalidad en materia ambiental, aplicado por los jueces del Departamento del Chocó, como mecanismo de protección del derecho al medio ambiente, ante las implicaciones de la minería ancestral y artesanal en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas, en el marco temporal comprendido entre los años 2013 y 2018. Para estos efectos se entiende por control de convencionalidad, la obligación que tienen los operadores judiciales y todas las entidades que cumplen funciones públicas en cada uno de los Estados Partes, que conforman el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH), de efectuar no solo un control de legalidad y de constitucionalidad, en el marco de su derecho interno, sino también el de integrar a la resolución de los asuntos de su competencia, la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como valor supremo de protección y reivindicación de los derechos de los sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de competencia; por ello, para el caso que nos ocupa, cobra relevancia el estudio del control de convencionalidad desde la perspectiva de las comunidades étnicas, indígenas, afrodescendientes, y mestizas afrochocoanas, que pueden ver afectados sus derechos fundamentales como consecuencia del desarrollo de la minería que se práctica en el Departamento del Chocó. Con este objetivo se tomará especialmente en cuenta la caracterización económica del Departamento del Choco, zona, por vocación de tradición estratégica minera, que se constituye en el motor central del desarrollo económico regional.

Palabras Claves: *Protección minería ancestral y artesanal, Control de Convencionalidad, derechos fundamentales, dignidad humana, Sistema Interamericano de derechos humanos.*

Introducción

La investigación surgió a raíz de la poca discusión académica en torno al concepto de control de convencionalidad en materia ambiental en Colombia, y específicamente, sobre la aplicación de dicha figura por los jueces del Departamento de Chocó, para la protección de la minería ancestral y artesanal en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas.

Esta investigación es pertinente en tanto permite reconocer cuáles son los fundamentos teóricos que justifican la aplicación del control de convencionalidad en materia de protección ambiental, y el grado en el cual este ha sido utilizado por parte de la judicatura del Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó y sus operadores jurídicos, para la salvaguarda y protección del ambiente, el equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, entendidos estos como bienes universales de la humanidad, los cuales deben permanecer en armonía con los individuos y las comunidades étnicas que habitan los territorios, como sujetos de especial protección constitucional y convencional. De forma tal que a futuro pueda extenderse la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los jueces chocoanos en procura de alcanzar mayores garantías en materia ambiental, y en particular, en la protección de la minería ancestral y artesanal en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas.

En consecuencia, el problema de investigación, plantea un análisis de interpretación objetiva, sobre los efectos de la aplicación del control de convencionalidad en materia ambiental,

aplicada por los jueces del Departamento de Chocó, para la protección de la minería ancestral y artesanal en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas.

La utilidad de la propuesta radica en que uno de los principales problemas que se generan hoy día es reconocer la aplicación del control de convencionalidad en materia ambiental por los jueces del Departamento de Chocó, lo cual, adquiere suma relevancia si se toma en cuenta que el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces administrativos podría contribuir a la protección de las formas de vida de las comunidades ancestrales, toda vez que la explotación minera, se basa en el principio de la solidaridad, fundado en los sistemas tradicionales de producción de las comunidades indígenas y negras que ejercen la minería como forma de subsistencia legítima, estrechamente relacionadas con los sistemas culturales y sociales, que derivan su base productiva de la minería, ancestral y artesanal.

Adicionalmente, con la presente investigación se resolverán dudas sobre el alcance y las formas de aplicación del control de convencionalidad, por parte de los jueces del Departamento de Chocó; además de reconocer el efecto del instituto del control de convencionalidad, el cual, adquiere una nueva dimensión, en tanto, no solo se concreta en la práctica contenciosa que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también, en la sujeción de las actuaciones judiciales de los estados a las obligaciones convencionales, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, el objeto de estudio, es un asunto que se relaciona con la teoría dogmática jurídica del derecho constitucional y público colombiano, pues se refiere tanto al establecimiento del sistema de fuentes del derecho en el país, como a las funciones de las autoridades judiciales a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia, en materia de derechos humanos.

Ahora bien, el método de estudio de la presente investigación se fundamenta principalmente, en el análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte IDH, delimitándose en el examen de las sentencias en donde se convalida el instituto de convencionalidad que va desde los antecedentes que marcaron el primer fallo, hasta su desarrollo jurídico y los efectos de su trascendencia.

En términos metodológicos, esta investigación es de tipo básica cualitativa, por cuanto se otorga mayor importancia a la sistematización de los conceptos de carácter jurídico que se involucran (normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina), en la medida que los resultados se deducen a partir de lo previsto en el mismo ordenamiento jurídico, y se desprende de éste, toda vez que, se trata de una investigación de dogmática jurídica.

De ahí que la presente investigación nace como una propuesta de reflexión, sobre la necesidad de visibilizar los elementos que faciliten la construcción de una metodología de interpretación de los efectos de aplicación del control de convencionalidad, tomando como punto de partida la teoría del funcionalismo del Estado contemporáneo y constitucional, por lo que la investigación plantea, entre otros aspectos de interés, un aporte al debate académico consecuente con el derecho público y su preponderancia, orientados a la protección de derechos e intereses colectivos e individuales, mediante un trámite que goza de preferencia, dada su especialísima finalidad; en donde se destacan los efectos objetivos de los derechos colectivos, tales como el derecho a un medio ambiente sano, la salud, la salubridad pública y la consulta previa.

En conclusión la investigación, permitirá diferenciar, los efectos del control de Constitucionalidad y el control de convencionalidad, reconocidos, como mecanismos de protección, fundamentados en salvaguardar y reivindicar, los derechos humanos y garantías individuales, en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas, como una herramienta

imperativa, de protección objetiva de los mismos, a partir del estudio de la práctica de los jueces administrativos del Departamento del Chocó.

La investigación se delimita atendiendo tres ejes temáticos fundamentales, que se materializan por medio de la configuración de tres capítulos a saber: el capítulo (1) explica la noción de control de convencionalidad y presenta los estándares de reparación para las víctimas desde la postulación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en materia ambiental, en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas. Posteriormente el capítulo (2) hace todo un desglose crítico y presenta un serio debate y cuestionamiento académico, sobre la convencionalidad frente a la problemática medio ambiental existente en el Departamento del Chocó, a consecuencia de la actividad extractiva por minería legal e ilegal, permitiendo establecer la consolidación o el desconocimiento de la eficacia del cumplimiento de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los casos de conocimiento de la judicatura del Departamento del Chocó, por medio del estudio de casos relacionados con la protección de minería ancestral y artesanal. Finalmente, el capítulo (3) permite establecer el efecto de la aplicación del control de convencionalidad en materia de protección y reparación a las víctimas, dedicadas a la minería ancestral y artesanal, tomando en cuenta los casos de conocimiento del contencioso administrativo del Chocó.

Capítulo I: Estándares de Reparación para las Víctimas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana en Materia Ambiental

1.1. Aspectos Preliminares del Capítulo

En este capítulo se presentarán los fundamentos y presupuestos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en relación con las diversas medidas y estándares de reparación, lo cual, permite comprender el rol del instituto del control de convencionalidad.

Con el propósito de evidenciar los fundamentos de las decisiones de la Corte IDH, con especial énfasis en los temas medioambientales, se estudiarán los casos de Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012, caso de los Pueblos Kaliña Y Lokono VS Surinam, 2015, caso de Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras, 2015 y caso Comunidades Indígenas, miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 2020.

Asimismo, con el propósito de ofrecer un marco jurídico general, en el cual, se enmarcan las obligaciones estatales, en este capítulo, se describirán los criterio de interpretación que deben asumir los Estados respecto a la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, cuando se evidencian afectaciones por causa de la degradación a la naturaleza y al ambiente, particularmente, en lo que respecta a los criterios establecidos en la opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la república de Colombia, sobre medio ambiente y derechos humanos.

1.1.1. Acercamiento Conceptual al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte IDH como una de las cabezas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos funge como organismo consultivo y judicial, emitiendo decisiones con carácter vinculante para los estados parte que lo integran.

En este sentido se señala que la Corte IDH, cumple dos funciones, la consultiva y la contenciosa; en ejercicio de la primera son expedidas las opiniones consultivas solicitadas por los Estados miembros o por la Comisión, permitiéndose así la fijación de los criterios interpretativos fundamentales respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la función contenciosa, tiene que ver con la facultad que posee la Corte IDH de sancionar a los Estados que han infringido o vulnerado los Derechos Humanos, de tal suerte que, cuando se evidencia una violación individual o colectiva a los derechos y garantías amparados en la CADH, en ejercicio de esta competencia, nace para el Estado infractor la responsabilidad internacional, y su deber de reparar.

Colombia ha aceptado la jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH), en consecuencia, se sometió a las obligaciones establecidas en el denominado “*Pacto de San José de Costa Rica*”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y convalidado por Colombia, mediante la Ley 16 de 1972, “*por la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Lo anterior, como se verá en este capítulo, implica, una sujeción del Estado colombiano al control de convencionalidad, que tiene su fundamento en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

El control de convencionalidad según ha señalado la doctrina,

“Busca que los Estados se abstengan de aplicar normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Dicha doctrina podría requerir que los jueces y otros órganos nacionales dejen sin aplicación la legislación nacional que sea contraria a la CADH". (Díaz, 2019, p. 49).

En ese contexto los Estados deben adoptar medidas en su legislación interna para adecuar el derecho nacional al supranacional, a fin de respetar y garantizar los derechos humanos, partiendo de las obligaciones previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

1.2. El Instituto Internacional del Control de Convencionalidad en Sentido Estricto

La Corte Interamericana ha dispuesto que los Estados que han ratificado su competencia son destinatarios del control de convencionalidad, en consecuencia, están obligados a aplicar el derecho nacional de manera consistente con las disposiciones vigentes de la Convención Americana y, en caso de no serlo, inaplicarlo. La perspectiva del instituto de control de convencionalidad, surge a partir de un desarrollo progresivo en materia de derechos humanos. Para Lima:

“El control de Convencionalidad, como toda modalidad de control jurídico, es un mecanismo destinado a identificar incumplimientos de las normas convencionales, para luego declarar su invalidez jurídica y neutralizar la convencionalidad generada. Lo decisivo en el control de Convencionalidad es la energía correctora atribuida al controlador”. (Lima, 2019, p. 28)

En todo caso, en la actualidad, no hay duda que los Estados deben tomar las medidas que sean necesarias para armonizar la legislación interna a la supranacional, en materia de protección de los derechos humanos, dado que:

“El control difuso de Convencionalidad, por su parte, se ejerce por el resto de juzgadores, tribunales administrativos, así como por toda autoridad, en sus respectivas esferas de competencia,

y tiene como efecto la inaplicación de la norma impugnada, es decir, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sin poderse pronunciar sobre su inconstitucionalidad ni tener un efecto erga omnes”. (Canosa, 2018, p. 345)

El instituto de control de convencionalidad, se convalida como mecanismo de protección por parte de los Estados sujetos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como lo determinó la Corte IDH, por primera vez, en el caso Almonacid Arellano vs Chile, al precisar que:

*“La Corte es consciente 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 de 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, interprete última de la Convención Americana”.* (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, p. 85). (Negrillas fuera de texto original).

De manera que, a partir del precedente citado, es dable sostener que el control de convencionalidad parte del desarrollo del artículo 2 de la CADH y se constituye como la obligación que tienen los jueces de realizar *una especie de control de convencionalidad*, entre las normas de derecho interno y el derecho internacional, para garantizar la efectividad de los Derechos Humanos. Por lo que, en ese sentido, la doctrina ha señalado que:

“el concepto de control de Convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no solo un control de legalidad y de

Constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia". (Anón, 2019, p. 377)

En esa misma línea de pensamiento y de manera posterior, la Corte IDH, fue ampliando el alcance de la obligación que tienen los jueces y demás autoridades públicas de los estados partes, de realizar en los casos de sus competencias, control de convencionalidad. Es así como, a partir del caso Boyce Vs. Barbados del año 2007, la Corte IDH afirmó que tanto al poder judicial *"como a otros órganos jurisdiccionales les corresponde realizar el control de Convencionalidad"*. (Abbott, 2018, p. 727) Luego en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, la Corte extendió aún más el espectro de obligados a hacer control de convencionalidad, incluyendo también, *"a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles"*. (CIDH, Serie C N° 220, 2010)

En este orden de ideas, el control de convencionalidad, se ha desarrollado progresivamente, con el objetivo de salvaguardar los derechos humanos y garantías individuales. Para Viñas, los efectos de la Convencionalidad se distinguen en los siguientes términos:

"El control de Convencionalidad es un control normativo, de compatibilidad, de regularidad, de conformidad, de adecuación, de consistencia, de congruencia, de interpretación conforme de las normas internas con relación a la Convención Americana y los precedentes de la Corte Interamericana". (Viñas, 2018, p. 340)

De tal manera que el control de convencionalidad se constituye como una tesis progresista en donde los jueces y demás organismos estatales, adquieren nuevas facultades para resolver los asuntos bajo su consideración. Por lo tanto, la Corte IDH *"Se incorpora como órgano competente para realizar dicho control a toda autoridad pública. Se amplía el abanico desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos. Lo señaló en el caso "Gelman vs. Uruguay" (2011) a propósito del análisis de compatibilidad"*. (Latorre, 2018, p. 370)

En lo que se refiere al fundamento normativo de la obligación de realizar control de convencionalidad, como se ha indicado en líneas anteriores, se destacan los artículos 1.1., 2 y 68.1. En el artículo 1.1 de la Convención Americana se impone la obligación de respetar los derechos y libertades allí reconocidos, así como de garantizar el libre y pleno ejercicio de derechos humanos, a su vez, en el dispositivo 2º del referido instrumento normativo, se establece la obligación de armonizar el derecho interno con el internacional. Finalmente, el artículo 68.1 prescribe que los Estados condenados por la Corte, deberán cumplir las sentencias que esta emita. En síntesis, las anteriores disposiciones han sido las citadas por el Tribunal supranacional, para determinar que las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas por la Convención Americana, debiendo aplicarla, incluso, por encima del derecho interno.

De tal manera que, en la actualidad, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, concibe el control de convencionalidad, como una obligación internacional de adelantar una interpretación del derecho interno conforme con el corpus iuris interamericano, e incluso, de inaplicar las disposiciones nacionales que contravengan la CADH o la jurisprudencia de la Corte. En este sentido, el control de convencionalidad tiene como consecuencia que la Convención Americana debe ser aplicada de manera directa, no solo por los jueces y demás autoridades del Poder Judicial, sino también por cualquier autoridad pública del Estado.

1.3. Clases o Formas de Control de Convencionalidad

1.3.1. Control Directo de Convencionalidad

El control directo de convencionalidad corresponde a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como interprete natural de la CADH, en virtud de su función contenciosa, cuando resuelve casos

individuales, o mediante su función consultiva, con fundamento en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

1.3.2 Control Sistemático de Convencionalidad

La otra clase de control de convencionalidad sería el definido por las autoridades de los Estados parte de la Convención Americana, en el caso colombiano, principalmente por parte de la Corte Constitucional. Este consiste, en aplicar las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio relevante para fijar el alcance y contenido de los derechos. Se basa en la aplicación del criterio hermenéutico, que tiene como finalidad establecer el control de convencionalidad en cada caso en particular, con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

No obstante a lo anterior, en el caso colombiano, la Corte Constitucional, ha sido tímida en aplicar este precepto jurisprudencial de raigambre supranacional, y por el contrario ha dicho que la jurisprudencia de la Corte IDH, al ser un “*criterio relevante*”, tan solo se debe tenerse en cuenta, “*para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno*”, pero, en todo caso, en su aplicación se debe hacer un análisis sistemático, sea decir, no automático o directo, lo que ha denominado como, “*Bloque de Constitucionalidad*”, tal como se indicó en la sentencia C-327 de 2016:

“En conclusión, la línea jurisprudencia trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen

precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad”.

La anterior posición jurisprudencial, cuenta con una aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa, postura que comparto en su integridad, por considerar que se encuentra más acorde a los postulados de la CADH y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la referida aclaración se advirtió:

“En la sentencia C-327 de 2016, la Sala Plena afirmó que “en nuestro ordenamiento constitucional no existe un control de convencionalidad que permita el estudio de la constitucionalidad de una norma frente a un tratado de forma autónoma y automática”. Pero, a pesar de esa afirmación, la Corte Constitucional analizó directamente la conformidad del art. 90 CC con el artículo 4° de la CADH.

76 La situación descrita, es decir, negar la existencia del control de convencionalidad que, al mismo tiempo se adelanta, puede calificarse como una contradicción performativa: en el plano del discurso se niega la existencia de esta herramienta de garantía de los derechos humanos, mientras en el plano operativo y, en ejercicio de sus funciones, el Tribunal declara la conformidad del artículo 90 CC con el 4° de la CADH”.

(...)

77. Por ello, deseo culminar este voto particular señalando que el control de convencionalidad existe en el sistema jurídico colombiano, como obligación derivada de los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados.

No obstante a lo anterior, no solo la Corte Constitucional ha determinado el deber de aplicabilidad del control de convencionalidad en el estudio de casos, de hecho, otros altos tribunales colombianos han sido más enfáticos en reconocer la relevancia del control de convencionalidad, por ejemplo, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en

sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, dentro del proceso de reparación directa, bajo el radicado Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), determinó que: *“todos los jueces, y en especial los de la jurisdicción contenciosa administrativa, al resolver los casos puestos a su conocimiento, tienen el deber, de aplicar de manera directa el control de convencionalidad”*, de suerte que el derecho interno se armonice con la CADH, y demás tratados internacionales que protejan los derechos humanos estableciendo que:

“(…) el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

En ese mismo orden, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC10849-2020, Radicación N.º 11001-02-03-000-2020-03243-00, del 02 de diciembre de 2020, sostiene que todos los jueces nacionales en sus juicios, deben hacer de manera oficiosa y obligada, control de convencionalidad, -citando como criterio el Caso Gudiel Álvarez vs. Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330-, cuando se ventilen asuntos relacionados con derechos fundamentales, al comprender que:

“(…) la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre los derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas iusfundamentales, así su protección resulte procedente o no. Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos.

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

En conclusión, el control de convencionalidad, resulta transversal a todas las autoridades públicas de del Estado colombiano, bien de manera directa o de manera sistemática, siempre que, en ejercicio de sus funciones se encuentre involucrado la protección de derechos fundamentales.

1.4. Estándares de Reparación a Víctimas desde la Jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH, con fundamento en el artículo 63.1 de la CADH ha indicado que *“toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”*.

El artículo 63.1 de la CADH, establece que cuando se presenten violaciones a un derecho o libertad protegidos por el sistema interamericano, la Corte IDH, dispondrá:

- 1. Que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.*
- 2. Que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y*
- 3. el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*

En ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso de Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, afirmó que:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. (Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 171)

De tal manera que la Corte Interamericana, dispone de facultades, prerrogativas y competencias, para imponer en sus decisiones, diversas formas de reparación, cuando encuentre que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana sobre derechos Humanos. Así, la indemnización o compensación económica o pecuniaria, es tan sólo un elemento de la reparación integral, que de conformidad con el artículo 68.2 de la CADH, *“se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”*.

Efectivamente, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación: *a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados”*. (Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Serie C No. 211, párr. 226)

Dicho lo anterior, corresponde señalar que en la práctica de la CIDH, tal como ocurre en el derecho interno colombiano, se reconocen las categorías de daño individual, colectivo, material e inmaterial; No obstante, dentro de cada uno de ellos, existen figuras particulares que se revisarán más adelante. Dentro de la categoría de daños materiales se encuentra el daño emergente, el lucro cesante, daño al patrimonio familiar y reintegro de costas y gastos. Dentro de los daños inmateriales se encuentra, el daño moral, psicológico, físicos, al proyecto de vida y al patrimonio familiar.

Ahora bien, dada la naturaleza de las violaciones de derechos humanos que suele conocer la Corte IDH, las reparaciones no se agotan en tasaciones de naturaleza pecuniaria, sino que suelen incluir otro tipo de medidas de restitución, satisfacción, rehabilitación o garantías de no repetición. Las medidas de restitución son aquellas que buscan volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación, se suelen usar medidas de reivindicación de derechos, por ejemplo, titulación de tierras a comunidades negras o indígenas. Las garantías de no repetición que están orientadas a que se evite la vulneración de los derechos de la víctima, suelen ser medidas relacionadas con la conservación de la memoria histórica u homenajes a las víctimas. Las medidas de rehabilitación, por su parte, son aquellas que buscan recuperar el estado de salud física, mental o legal de la víctima en este sentido suelen estar relacionadas con atención médica o psicoterapéutica, o medidas restitutorias (anulación de antecedentes penales). Finalmente, las medidas de satisfacción son actos simbólicos, como pedir excusas públicas, sin alcance pecuniario, haciendo siempre especial énfasis en los derechos humanos y sus mecanismos de defensa y protección.

Para ilustración de, las medidas más relevantes planteadas por la Corte IDH, en materia de protección, preservación, dignificación y control judicial, en materia de protección reparación, se representa el flujograma que contiene elementos relevantes, criterios sustanciales y medidas de reparación ordenas por la CIDH, así

Tabla 1

Carácter hetero compositivo de las medidas y estándares de reparación desarrollado por la Corte IDH

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medidas de Reparación
CIDH, caso Almonacid Arellano y otros 2006	<p>Los hechos se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar.</p> <p>Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente.</p> <p>En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. (Ficha técnica resumen de la CADH),</p>	<p>La Corte IDH señaló que la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano como crimen de lesa humanidad.</p> <p>Además es la primera vez que desarrolla los criterios del concepto de control de Convencionalidad no ha sido empleado de manera unívoca desde su enunciación por primera vez en el año 2006, para ello, la Corte IDH, ello reconoce que los jueces de un Estado Parte de la CADH se encuentran sujetos al imperio de la Ley, para la corte se violaron directamente los Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 8 (Garantías Judiciales). Dispone la facultar del criterio orgánico de aplicar por primera vez el principio de Convencionalidad, en cabeza de los jueces.</p>	<p>En dicha oportunidad, la Corte IDH señaló que los jueces, al resolver los asuntos bajo su consideración, deben 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 (CADH),</p> <p>Almonacid Arellano y otros se afirma que el control de Convencionalidad corresponde al “Poder Judicial”</p> <p>Porque el pronunciamiento se refiere a una violación grave de derechos humanos y a la aplicación, por parte de los tribunales.</p> <p>La Corte IDH, expresó en su párr. 124, en los siguientes criterios:</p> <p>“124. La Corte es consciente 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 velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas 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</p>	<p>Aplicación del principio de Convencionalidad por parte de los jueces en todos sus niveles</p>	<p>Para la Corte IDH, el Estado Chileno debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191. Conocido como perdón y olvido, no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid el castigo de los responsables</p> <p>Se declara la responsabilidad internacional del Estado Chileno, procede la obligación a reparar el daño causado. (Párr. 138)</p> <p>Para la Corte IDH, establecer se establezcan sanciones objetivas para los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile por lo que su efecto es intercomunis y es un mandato en donde se debe aplicar el principio de Convencionalidad.</p> <p>Para la corte se presenta una imposibilidad de administrar crímenes de lesa humanidad Además de que en su interpretación le asiste obligación internacional de enjuiciar y declarar culpables al Estado Chileno por otro lado en torno al efecto de reparar materialmente por el hecho imputable al Estado surgido de la responsabilidad internacional en este caso a la esposa la señora Gómez Olivares y los hijos también se debe de reivindicar la memoria como una medida de reparación inmaterial, como efecto de daño material expresar la denegación de acceso a la administración</p>

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”. (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 2006, p. 53)

de justicia, por lo cual se debe de reparar materialmente tanto a la esposa del causante como sus hijos por alrededor de \$100000 como compensación económica por el daño inmaterial año material. Como medidas económicas de reparación el Estado Chileno, deberá pagar una justa indemnización a los familiares de las víctimas y gastos dentro del plazo de un año. Conforme a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (párr. n 136)

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medidas de Reparación
CIDH, caso Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012.	Este caso se refiere a la responsabilidad Internacional del Estado ecuatoriano por violación directa a la consulta previa a una comunidad indígena, en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, en donde sus habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. El estado ecuatoriano, permitió la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo, entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado y la Petrolera Argentina San Jorge. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos	Se declaró internacionalmente responsable internacionalmente al Estado ecuatoriano, por los derechos de la consulta y a la propiedad comunal indígena ya que la Corte Interamericana protege y salvaguarda las tierras y los recursos naturales de los territorios ancestrales máximo cuando existe una tradición comunitaria sobre respeto y una forma comunal de la propiedad colectiva hacia la tierra en un criterio de pertinencia que no se centra en el individuo sino en satisfacer a la comunidad de tal manera que la vulneración de la consulta previa impide a las comunidades indígenas disfrutar de sus recursos naturales mediante las formas tradicionales de su Concepción de respeto sobre el territorio	La CIDH reconoció el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Para la Corte no está en duda la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku sobre su territorio, cuya posesión ejerce en forma ancestral e inmemorial, por tanto se violentó su Derechos a la Consulta y a la Propiedad Comunal Indígena para la corte se expresa: 145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce	Aplicación del principio de Convencionalidad por parte de los jueces en todos sus niveles	Para la CIDH es un imperativo obligante el estado ecuatoriano realizar la consulta previa con la comunidad indígena entendiéndose que se encuentra obligado porque tiene que asegurar los derechos de la comunidad indígenas, respetando el libre ejercicio de reconocer todas sus formas culturales respetando sus formas de cosmovisión sobre el territorio. Cómo mediante reparación le estaba ecuatoriano quedó ligado a desactivar la actividad contaminante de la superficie del territorio del pueblo Sarayaku como primera medida para reivindicar el territorio. La corte CIDH ordena que el estado ecuatoriano debe de realizar la consulta previa de manera efectiva conforme a los estándares previstos por el sistema interamericano respetando el territorio ya que no se puede generar una aceptación a este.

indígenas, tales como el pueblo Kichwa no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado vulnerando el derecho de las consulta previa.

de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes (...)

146. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. (...) La protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Como medida de reparación el Estado ecuatoriano debe de implementar unos programas sobre estándares internacionales derecho internacional orientada las comunidades indígenas los cuales tienen que estar orientados a ilustrar a la fuerza pública en tiendas militares policías y en general todo Personal que tenga trato con los pueblos indígenas en este caso particular el pueblo Sarayaku

Se ordena como otras formas o medidas de reparación reivindicar el daño de tal manera que el estado ecuatoriano tiene que en un acto público asumir la responsabilidad y pedir perdón por el daño hacia el territorio del pueblo Sarayaku

También se obligó al Estado ecuatoriano a reparar económicamente por concepto de indemnización de daño material e inmaterial.

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medidas de Reparación
Corte IDH, caso caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, 2015	La Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz ubicada de la municipalidad de Tela, Honduras, es una Comunidad es de carácter rural y con una población de 10,000 habitantes. Pero desde el año 1950 el Estado de Honduras comenzó a otorgar títulos de propiedad. Desconociendo los derechos de la comunidad raizales, sobre la tierra en favor de la Comunidad Triunfo de la Cruz, afectando el derecho a la	La Corte IDH, estableció un estándar de protección sobre la tesis del derecho a la propiedad, colectiva por el artículo 21 de la Convención y el Convenio No. 169 de la OIT, es la misma independientemente de la calificación de los titulares de dicho derecho como un pueblo o una Comunidad indígena o tribal, por lo que el	La CIDH reconoció el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, 2015, p. 33)	Aplicación del principio de Convencionalidad por parte de los jueces en todos sus niveles	La Corte IDH, estableció que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad colectiva y los derechos políticos, reconocidos en los artículos 21 y 23 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros, en los términos de los (párr. 122 a 230). Además estableció que el Estado deberá delimitar, demarcar y otorgar título

propiedad de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz efectuó varias solicitudes de dominio sobre sus ancestrales territorios desde el año 1946, 1969, 1997, 1998 y 2001. Siendo desplaza de sus territorios ancestrales, además de ser coartada por medio de intimidaciones contra cuatro miembros de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, afectando su Derecho a la propiedad colectiva.

desconocimiento del Estado de la Comunidad como un pueblo originario

La (Corte IDH), ha indicado que:

“Toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, 2015, p. 68)

La Corte IDH determinó que resulta aplicable el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT establece el deber de los Estados para adoptar medidas que promuevan los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, para lo cual la Corte IDH recuerda que el artículo 21 de la Convención Americana; *“protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos”*.(Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras, 2015, p. 32)

colectivo del territorio tradicional a los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono, así como garantizar su uso y goce efectivo, tomando en cuenta los derechos que asisten a otros pueblos tribales. En torno a las materias de reparación colectiva la corte manifiesto:

“la reparación colectiva; i) debe ser considerada independientemente de la reparación por las afectaciones que pueden haber sufrido los miembros de la Comunidad como individuos; ii) su objetivo es la reparación de afectaciones que, por las características de los pueblos indígenas o tribales mismos (especialmente su relación con sus tierras tradicionales), son colectivas y requieren medidas específicas de reparación; iii) tiene la finalidad de proteger, y ser implementada acorde a los costumbres y la identidad cultural de la Comunidad; iv) tiene un objetivo relacionado con el fortalecimiento de la situación social y económico de la Comunidad, y v) la Comunidad participa de manera efectiva, por medio de sus legítimos representantes, en las decisiones que se toman respecto de la implementación de la reparación colectiva otorgada”.(Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, Caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, 2015, p. 8)

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medidas de Reparación
Corte IDH, caso, Pueblos	Se relaciona con las reclamaciones de los Pueblos Kaliña y Lokono para el	Para la Corte IDH, Existe un aprovechamiento, fundado en la	La Corte IDH, estableció que Surinam, no reconoció el ejercicio de la personalidad jurídica de		La Corte IDH, estableció que el Estado es responsable por la violación del derecho a

Kaliña Y Lokono VS. Surinam, 2015	<p>reconocimiento por parte del Estado de su personalidad jurídica colectiva, así como del derecho a la propiedad colectiva sobre su territorio tradicional, el cual no se encuentra titulado en su favor. Parte del territorio reclamado limita en distintas zonas con asentamientos de la tribu N'djuka maroon y otras áreas se encuentran tituladas a favor de terceros no indígenas en áreas contiguas al Río Marowijne.</p> <p>La zona del río Bajo Marowijne, ubicado en el extremo noreste de Surinam, ha sido territorio de uso y ocupación ancestral de pueblos indígenas, particularmente, de los Pueblos Kaliña y Lokono. pero el territorio ancestral fue objeto de despojo y desplazamiento, por fuerzas irregulares el Jungle Command (“Comando de la Jungla”), durante el período comprendido entre 1986 y 1987, permitiendo el despojo de la tierra</p>	<p>ilegalidad, de las empresas transnacionales, particularmente de nacionalidad chinas y brasileras, las cuales ha afectado notablemente las condiciones de vida de las comunidades indígenas, como también, se ha desconocido el ejercicio de la consulta previa, de las comunidades rurales e indígenas, comunidades que históricamente se adaptaron al medio ambiente, realizaron sus prácticas culturales y conformaron relaciones de parentesco y solidaridad en relación al uso de la tierra, esta situación ha traído desplazamientos y en consecuencia usurpación de la tierra, de hecho la Corte IDH, ha reiterado que:</p> <p>“Existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales, por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios de a) participación efectiva , b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir</p>	<p>los pueblos indígenas y tribales de manera colectiva, el Estado ha violado el artículo 3 de la Convención Americana, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono</p> <p>La Corte IDH , determina el derecho legítimo a la protección de su derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos; “de los artículos 1 en común y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).(Corte Interamericana de Derechos Humanos". (Corte IDH), Caso Pueblos Kaliña Y Lokono VS. Surinam, 2015. p. 36)</p> <p>Además, para la Corte IDH, recuerda su jurisprudencia en la materia, en el sentido que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos de tal suerte que reconoce el legítimo derecho de los pueblos indígenas y su tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, “<i>en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad</i>”.</p> <p>Se afectó el derecho a la propiedad colectiva, la Corte concluyó que la falta de delimitación, demarcación y titulación del territorio de los Pueblos Kaliña y Lokono por parte del Estado violó el derecho a la propiedad colectiva, desmejoramiento de las condiciones de vida, tales como la falta de aplicación de medidas de mitigación, ha ocasionado daños ambientales, como erosión de suelos, pérdidas de biodiversidad y baja calidad de las aguas, destrucción irreversible de ambientes nativos la Corte IDH, en la Sentencia Pueblos Kaliña Y Lokono VS. Surinam expresó:</p>	<p>Aplicación del principio de Convencionalidad por parte de los jueces en todos sus niveles</p>	<p>la propiedad colectiva de los Pueblos Kaliña y Lokono.</p> <p>Para la Corte IDH, como medida de Restitución la Corte IDH, orden el reconocimiento legal de la personalidad jurídica colectiva; además de otorgar título colectivo del territorio a los Pueblos Kaliña y Lokono, así como garantizar su uso y goce efectivo, tomando en cuenta los derechos que asisten a otros pueblos tribales en la zona.</p> <p>Además el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar su territorio tradicional, en particular en la reserva de Wane Kreek, mientras no se garanticen los proceso referidos para la participación efectiva</p> <p>Para Corte IDH, como compensación Colectiva, ordeno, crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de los miembros de los Pueblos Kaliña y Lokono. La Corte IDH, protege a los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos de tal suerte que reconoce que. “<i>Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad</i>”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), Caso Pueblos Kaliña Y Lokono VS. Surinam, 2015. p. 37)</p>
-----------------------------------	---	--	---	--	---

beneficios de la conservación todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), Caso Pueblos Kaliña Y Lokono VS. Surinam, 2015. p. 51)

“Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), Caso Pueblos Kaliña Y Lokono VS. Surinam, 2015. p. 38).

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medida de Reparación
Corte IDH, caso Garífuna De Punta Piedra Y Sus Miembros Vs. Honduras, 2015.	Los hechos del caso se relacionan con la Comunidad Garífuna Punta Piedra ubicada en el Municipio de Iriona, en Honduras, parte de que en el año de 1993 el Estado otorgó un título de propiedad a la Comunidad de Punta Piedra, el cual fue posteriormente ampliado en 1999. Sin embargo, al momento de la titulación, parte del territorio se encontraba ocupado por los pobladores de la Aldea de Río Miel. Con motivo de lo anterior, se realizaron diversos procedimientos conciliatorios y en el año 2001 el Estado se comprometió a sanear el territorio en favor de la Comunidad de Punta Piedra, mediante el pago de mejoras y la reubicación de los pobladores de Río Miel. A pesar de ello, los compromisos adoptados no	Para la Corte IDH, se afectos el derecho a la propiedad colectiva, en relación con el deber de garantizar el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad indígena o tribal, y determinó que para lograr dicha garantía pueden adoptarse, diversas medidas, entre ellas el saneamiento. La Corte IDH, constató que el Estado tuvo conocimiento respecto de la ocupación de terceros en la zona, ya que se debió haber saneado el territorio, el Estado no deslindó claramente las zonas que supuestamente se encontrarían, ocupadas por terceros, a fin de prever y resolver los problemas	Para Corte IDH, se afectó al derecho a la consulta previa y la identidad cultural, la Corte IDH, consideró que la consulta debía de ser aplicada con anterioridad a cualquier proyecto de exploración que pueda afectar, el territorio tradicional de las comunidades indígenas o tribales. En este sentido, la Corte consideró que por el objeto de dicha concesión, ésta podría generar una afectación directa sobre el territorio de la Comunidad. El Estado de Honduras, no efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra frente al proyecto de exploración en su territorio, su postulación entra en las consideraciones del (párr. 25 al 32) Se quebrantó las obligaciones internacionales como el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, así como la creación de las Comisiones Interinstitucionales Ad-hoc, representaron un marco de protección suficiente para que el Estado, en el presente caso,	Aplicación del principio de Convencionalidad por parte de los jueces en todos sus niveles	Las medidas de reparación integral ordenadas por la Corte IDH, conforme al artículo 63.1 de la convención americana, en este caso, fueron varias, como medidas de Restitución: a) garantizar el uso y goce, a través del saneamiento, de las tierras tradicionales que fueron tituladas por el Estado a favor de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra; 1) hacer cesar cualquier actividad respecto del proyecto de exploración Punta Piedra II que no haya sido previamente consultada; c) poner en marcha los mecanismos necesarios de coordinación a fin de velar, por la efectividad de lo dispuesto. Todas las medidas de reparación están expuesta en las consideraciones. (párr. 313 al 371). 2) Como Compensación Colectiva, crear un fondo de desarrollo comunitario a favor de

fueron efectivos, lo cual generó una situación de conflicto entre ambas comunidades. El estado de Honduras concedió licencia, a la Corporación Minera Caxina S.A. obtuvo una concesión para la exploración minera no metálica por un período de 10 años, en perjuicio de los pobladores y comunidades raizales.

Durante el conflicto, se produjeron actos de violencia e intimidación, dentro de los cuales se produjo la muerte del señor Félix Ordóñez Suazo, quien fuera un miembro de la Comunidad de Punta Piedra. Por otra parte, la Corte tuvo conocimiento del otorgamiento de una concesión minera que afectaría una parte del territorio titulado a la Comunidad de Punta Piedra.

de la ocupación progresiva, a través de medidas destinadas a garantizar el uso y goce del territorio previo a su titulación.

Esto ha impedido a la Comunidad de Punta Piedra gozar de la posesión y protección efectiva de su territorio frente a terceros en contravención al derecho a la propiedad colectiva.

protegiera y garantizara el derecho de propiedad de la Comunidad de Punta Piedra.

Se quebrantó el derecho a la consulta previa e identidad cultural, la Corte consideró que la consulta debe ser aplicada con anterioridad a cualquier proyecto de exploración que pueda afectar el territorio tradicional de las comunidades indígenas o tribales.

Para la Corte IDH, el Estado no efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra frente al proyecto de exploración en su territorio. Asimismo, la normatividad interna, ya que se carecería de precisión respecto de las etapas previas de la consulta. Respecto de las denuncias por delito de usurpación en perjuicio de Félix Ordóñez, el Tribunal, constató que el Estado no llevó a cabo ninguna diligencia relevante para el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables.

los miembros de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra;

3) Como medidas de Satisfacción, ordeno La Corte IDH, ordeno, realizar las publicaciones y transmisión Radial, para que el estado pida rectifique y pido perdón son su negligencia.

4) como Garantías de no repetición: a) adoptar las medidas suficientes tales como recurrir al uso de la consulta previas y además crear mecanismos adecuados para regular su sistema de Registro de Propiedad.

5) En relación con la Investigación judicial, el Estado debe continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación por la muerte de Félix Ordóñez Suazo además del pago de indemnización a sus familiares afectados.

Sentencia Corte IDH	Elemento facticos relevantes	Decisión de la Corte	Criterios Sustancial derechos vulnerados para la Corte IDH	Criterio Orgánico	Medidas de Reparación
Corte IDH, caso, miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 2020	Esta Sentencia de relevante porque determina una actualización de los estándares en materia de reparación del sistema interamericano, además de que versa sobre el funcionalismo por parte del Estado a garantizar el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales, además este fallo es fundamental porque, reitera los estándares interamericanos sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas y establece la obligación de entregar un título de propiedad único e indivisible en favor de diferentes comunidades Lhaka Honhat es una asociación de comunidades indígenas en forma de	La controversia principal gira en torno a la ausencia de titulación del territorio, los peticionarios alegaron una serie de impactos derivados de actividades de pastoreo, tala ilegal e instalación de alambrados por parte de personas no indígenas en el territorio de las comunidades, declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la violación de distintos derechos De tal manera que para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el criterio	La tesis ecléctica no se centra en establecer de quién se trata el territorio, ya está esta discusión sentada y precisada porque se reconoció como un territorio indígena ancestral sino que determina, cuáles han sido las medidas por parte del Estado Argentino para garantizar el respeto al derecho a la identidad de las comunidades indígenas y de manera particular, en referencia a su legítimo derecho de la propiedad colectiva en sus tierras ancestrales. La interpretación que la Corte IDH, hace en referencia tiene tres ejes fundamentales el primero determina un análisis de compilación de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en torno a los derechos territoriales de los pueblos indígenas y lo que se debe determinar cómo el marco del funcionalismo en materia de protección y	La Sentencia sobre el Caso Lhaka Honhat representa un avance jurisprudencia, pues establece reglas más claras de actuación estatal, particularmente con relación al principio de prevención de daños ambientales frente a actos de particulares; y fija	Violación del derecho a la propiedad en perjuicio de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat debido a la alegada carencia de acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral. La Corte estableció una serie de medidas de reparaciones, incluyendo compensaciones económicas y la restitución de los derechos violados. Al fijar las medidas de restitución, la Corte ordenó trasladar a los criollos no indígenas en un plazo de 6 años. Los primeros 3 años deberá hacerlo de forma voluntaria, pero luego de este plazo, el Estado podrá recurrir a desalojos para concretar el traslado, destacando que la

asociación fue constituida con el fin de aglutinar la demanda por un título colectivo sobre un territorio ancestral y es pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), ubicados cerca de la frontera con Bolivia y Paraguay, en la provincia de Salta pertenece al república Argentina.

El reclamo indígena fue formalizado en 1991. Durante los más de 28 años que han, transcurrido desde entonces, la política estatal respecto a la propiedad indígena ha ido cambiando, y el Estado ha llevado a cabo distintas actuaciones en relación con la propiedad reclamada.

En el año de 1991, fue dictado el Decreto No. 2609/91 que estableció la obligación de unificar arbitrariamente los lotes 14 y 55 y adjudicar una superficie sin subdivisiones, mediante título único de propiedad, a afectando a las comunidades indígenas. a partir del año de 1992, se conformó formalmente la "Asociación de Comunidades Aborígenes "Lhaka Honhat"), integrada por personas de distintas comunidades

Indígenas, con la finalidad, entre otras, de obtener el título de propiedad de la tierra.

Las autoridades provinciales establecieron un título común de propiedad territorial, afectando el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales, constituyéndose una

del principio de Convencionalidad interpreta una doble dimensión en un sentido como deber derecho el efecto de la reparación de un daño en doble dimensión se interpreta ante todo como las medidas encaminadas a no repetición y a reivindicar a la víctima el segundo objetivo es la obligación del Estado en responsabilidad a nivel internacional y el tercer elemento fundamental es el reconocimiento por parte del estado de dicha vulneración o violación en donde las víctimas sean reconocidas como sujetos de derecho internacional.

responsabilidad por parte de los estados el segundo criterio que establece la interpretación de la corte es el análisis del efecto de la degradación ambiental provocada por el efecto de las talas ilegales así como el incumplimiento por parte del Estado Argentino para garantizar los derechos plenos de las comunidades indígenas, de hecho la disertación fundamental tiene que ver con el elemento del manejo en materia de protección al derecho al medio ambiente. La Corte había definido el medio ambiente sano como un derecho autónomo y justiciable bajo el Art. 26 de la CADH. Sin embargo, lo hizo a través de un pronunciamiento general, en la opinión consultiva OC-23/17, titulada "Medio Ambiente y Derechos Humanos." Lhaka Honhat es la primera decisión en el marco de su competencia contenciosa que declara violado el referido derecho. La interpretación que la Corte IDH, en el caso de Lhaka Honhat, concluyó que "para identificar aquellos derechos que pueden ser derivados interpretativamente del artículo 26, se debe considerar que este realiza una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA" (párr. 196). A diferencia de las normas económicas y sociales claramente referidas a derechos pasibles de escrutinio bajo el Art. 26 de la CADH, el derecho a un medio ambiente sano no encuentra un correlato en la carta fundadora de la OEA ni en ningún otro instrumento interamericano, a excepción del Art. 11 del Protocolo de San Salvador, cuya justiciabilidad no está permitida por disposición expresa del Protocolo (Art. 19.6).

Destaca la opinión consultiva (OC-23/17) en donde, la Corte IDH buscó zanjar esta limitación competencial, resaltando la conexión entre el medio ambiente y el desarrollo integral, éste último consagrado expresamente en la Carta de la OEA. Ya

lineamientos de restitución y compensación por la vulneración de derechos de pueblos indígenas. El efecto del criterio orgánico en esta relevante Sentencia Es aplicable sobre el fundamento el principio de la Convencionalidad a todos los órganos del poder público y es moderado por los jueces o el poder judicial

reubicación debe ocurrir en tierras productivas y con acceso a servicios públicos adecuados en favor de los colonos. Con las medidas de reparación. Al pronunciarse sobre la obligación de restituir el territorio de las comunidades declaradas como víctimas, la Corte evalúa la complejidad de reubicar a centenares de personas no indígenas cuyos intereses serán directamente afectados.

La Corte IDH ordena al Estado Argentino constituir un fondo de desarrollo comunitario en favor de las comunidades que conforman la Asociación Lhaka Honhat, la finalidad principal de este fondo debe ser "reparar el daño a la identidad cultural" antes de especificar que el mismo funge también como "compensación del daño material e inmaterial."

En el Caso Lhaka Honhat, especifica que el fondo de desarrollo debe utilizarse para "la recuperación de la cultura indígena, incluyendo (...) programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación, enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas" (párr. 339

violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial debido a la inexistencia de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral, así como a las variaciones

Sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable a la reclamación territorial indígena.

que esta hace parte de los instrumentos internacionales aplicables establecen que la preservación del medio ambiente es uno de los tres pilares indisolubles del desarrollo integral. En el caso Lhaka Honhat, la Corte reitera su posición, al declarar que “el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta” (párr. 202).

La Corte IDH, estableció un avance importante tiene que ver con la “Convencionalidad del Principio 22 de la Declaración de Río, el cual reconoce el papel central de las poblaciones indígenas “en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales” (párr. 250). En esta línea, la Corte analiza la afectación de los derechos en juego a partir del impacto en los modos de vida e identidad cultural de las comunidades indígenas concernidas.

1.5. Sobre las Diversas Formas de Reparación

1.5.1. Daño Material

Según ha señalado la Corte IDH, el daño material supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”. (Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, supra nota 260, párr. 43; Caso *Garibaldi Vs. Brasil*, supra nota 23, párr. 182, y Caso *Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, supra nota 28, párr. 111).

La Corte IDH, en virtud de los artículos 63 y 68 de la Convención Americana, ha dispuesto la fijación de una justa indemnización que contiene además de los daños materiales, la reparación por los daños inmateriales. Una de la categoría de reparación que contempla la Corte IDH, en cuanto al daño material, es la indemnización, reconocida como el elemento objetivo o de carácter pecuniario de la destrucción de los objetos (bienes) materiales de la víctima.

En categoría de estándar de reparación hacia las víctimas, el Sistema Interamericano ha desarrollado como elementos de reparación del daño emergente, la fórmula estándar del sistema de responsabilidad civil extracontractual; en sentido estricto, reconocido como el equivalente a los gastos directos e indirectos que se ha dejado de recibir la víctima en ocasión del ilícito internacional, entendido como son los gastos en que ha incurrido la víctima. En la mayoría de casos, ha sido difícil establecer una ponderación objetiva del efecto de los gastos que componen el daño emergente, por lo que la Corte suele ser bastante flexible en la exigencia de elementos probatorios.

Otro estándar de reparación para la víctimas es el lucro cesante, el cual es consistente en la pérdida de ingresos, que no es otra cosa sino la relación de las pérdidas patrimoniales ocasionadas por la disminución o la merma de los ingresos por efecto del vejamen y la violación de Derechos Humanos.

1.5.1.1. Daño al Patrimonio Familiar

Otro de los estándares de reparación que ha planteado Corte IDH, es el daño al patrimonio familiar. Este se relaciona con el efecto de los perjuicios económicos o gastos que incurre la víctima y sus familiares con ocasión de la vejación y violación de los Derechos Humanos. Este instituto viene desarrollándose a partir del año 2006 en el caso Baldeón García Vs Perú, en donde la Corte IDH estableció una medida de reparación integral.

El daño el patrimonio familiar presupone la pérdida o el detrimento de los ingresos del núcleo familiar de las víctimas, lo cual significa gastos y afectaciones por situaciones, que en esencia vulneran los derechos humanos; lo cual implican una consecuencia directa de carácter pecuniario según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este estándar de reparación se encuentra en el caso Las Dos Erres y Guatemala, en sentencia del 22 de febrero del 2002 y en el caso Colombiano Manuel Cepeda Vargas en sentencia del 26 de mayo parágrafo 242.

1.5.2. El Daño Inmaterial

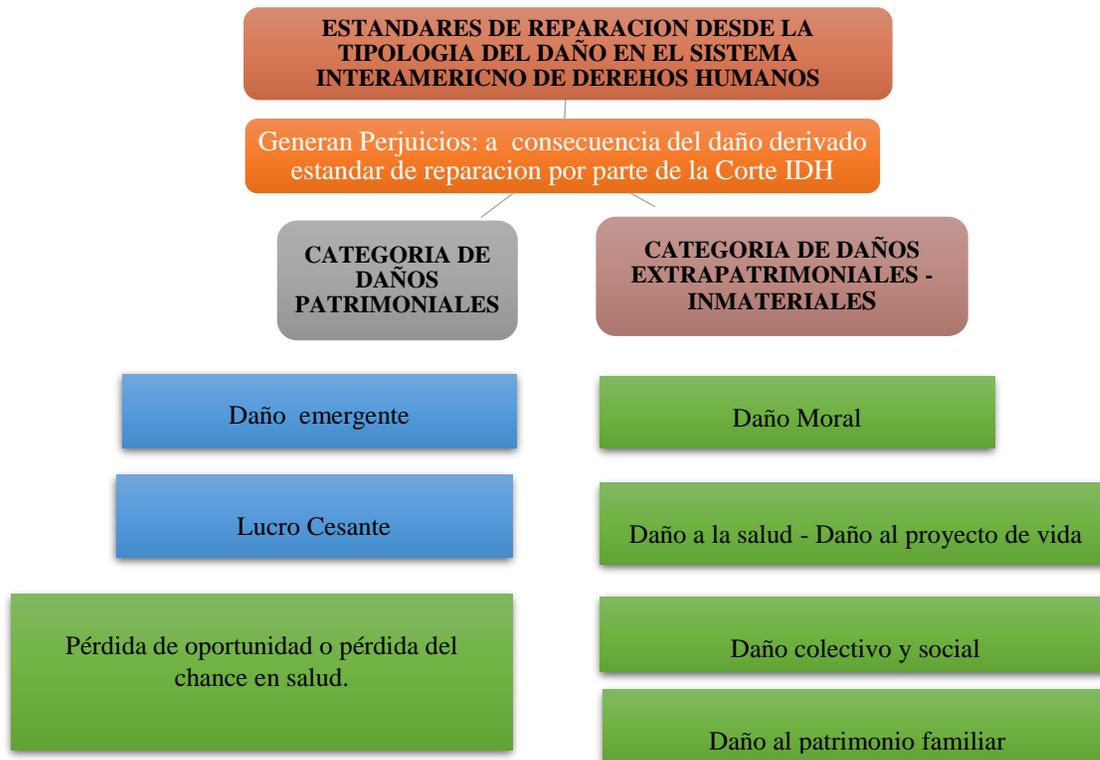
La fijación subjetiva, en materia de reparación a la víctima, inicia con el daño inmaterial, el cual se representa en los sufrimientos y las aflicciones causadas a las víctimas directas familiares allegados en el menoscabo del valor más significativo de su dignidad humana. Se trata de un tipo de daño que suele ser tasado en equidad ante la imposibilidad de ser tasado por criterios objetivos, y que en lo que refiere a los familiares suele depender del tipo de relación que se tenía con las víctimas. El Tribunal reconoce diferentes categorías de daño inmaterial cuales son el daño moral y psicológico, el daño físico y el daño al proyecto de vida.

Adicionalmente, como medidas de reparación de los daños materiales la Corte Interamericana, suele establecer presupuestos jurídicos indispensables, para garantizar el derecho de las víctimas, pero para asegurar tales derechos es preciso que sean reconstruidos, los hechos y restablecidas las responsabilidades pertinentes, así como investigadas las motivaciones, políticas,

y planes que permitieron la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, o de las infracciones, al derecho internacional humanitarios.

En el caso colombiano los estándares de reparación a las víctimas se han desarrollado a través del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y las Sentencia de unificación proferidas por el Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2014, en las cuales se definió la tipología del perjuicio inmaterial en caso de muertes, lesiones, privación injusta de la libertad y daño a reclusos, entre otros; además de tasar el monto de indemnización por daños inmateriales, como el moral, el daño a la salud y el daño a grave violación de bienes constitucional y convencionalmente amparados.

Esto se explica en que el concepto de daño inmaterial es de los más relevantes tanto para la Corte IDH como para el Consejo de Estado, en el caso colombiano, para ello, se ilustraran los estándares de reparación y tipología de daños reconocidos por la jurisprudencia de la CIDH, así:



Grafica 1. Representación de los estándares de reparación desde la tipología del daño en el sistema

1.5.3. El Daño Moral y Psicológico

Otro de los criterios fundamentales en materia de reparación para la Corte IDH es la representación del estándar del daño moral y psicológico, siendo uno de los estándares en materia de reparación hacia las víctimas más significativas; entendiendo el daño moral como la categoría más genérica de los perjuicios. El sufrimiento y el dolor derivada del vejamen de la violación, no es otra cosa, sino el resultado de la humillación a que se someten la víctima y el desconocimiento de su criterio dignidad humana. En Colombia se desarrolló en el caso de los 19 comerciantes, sentencia del 5 de junio de 2004 y en el caso Las Palmeras en sentencia del 26 de noviembre de 2002.

1.5.4. Daño Físico

El tercer estándar en materia de reparación, de víctimas es el representado en el daño físico, el cual, es la modificación del estado anormal y funcional del cuerpo humano, sea por el efecto de la violación en los entes físicos químicos o en el aparato anatómico funcional del ser humano, derivado esencialmente por casos como la tortura.

Uno de los caso más significativos que desarrolla el estándar del daño físico es emblemático caso, conocido como Gutiérrez Soler, el cual se manifiesta desde la relación de los hechos, pues resulta ser de gran impacto y repercusión, en lo que significó la participación de agentes del Estado, en el secuestro a un ciudadano la forma de la detención arbitraria del señor Wilson Gutiérrez, además de los procedimiento de tortura, que vulneraron las disposiciones de la convención Interamericana Derechos Humanos y el protocolo de Estambul.

En el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, se distinguió de manera particular con hechos de tortura. En este caso para la Corte IDH el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los Derechos consagrados en la Convención Americana, además de darse la detención

sin orden escrita de autoridad judicial porque se dio en una situación no constitutiva de flagrancia, esta disposición está expuesta en el apartado 52. Otro aspecto es el referente a la investigación que llevo la justicia penal militar “*donde se decidió cesar todo procedimiento*” descalificando sin mayor fundamento la denuncia de la víctima con lo dicho en el párrafo 48.7, al expresar que “*no merece ni un átomo de credibilidad, porque está impregnado de argumentos arguciosos, tendenciosos, malintencionados, calumniosos y ruines*”. La Corte consideró que existía “cosa juzgada fraudulenta” ya que ciertamente no se cumplieron con los criterios de la (CADH) (Corte I.D.H., Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.).

Otro de los procesos emblemáticos es el de la Masacre de Pueblo Bello, en donde estructuras paramilitares bajo la comandancia de Fidel castaño Gil, en complicidad de agentes de la fuerza pública cometieron vulneraciones a los derechos convencionales de múltiples personas. Esta Sentencia es una de los casos más abyectos, brutales y de horror, por el nivel de violencia y las torturas, hacia los secuestrados, a los cuales se les cortaron las venas, los órganos genitales, les reventaron los ojos y todo tipo de tortura; posteriormente vendría otro grupo paramilitar que hizo otros interrogatorios utilizando para esta tortura objetos contundentes, constituyéndose tal vez en la masacres más desgarradoras y devastadora dejando cerca de 22 cadáveres, los cuales fueron transportados y enterrados después de ser picados. (Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.).

1.5.5. Daño al Proyecto de Vida

El cuarto estándar de reparación fundamental en el Sistema Interamericano es el daño al proyecto de vida, este una categoría autónoma, en la cual la jurisprudencia la Corte IDH, ha sido realmente vanguardista o pionero en cuanto al derecho internacional de los Derechos Humanos,

siendo importante explicar que corresponde a una noción muy distinta el lucro cesante y daño emergente, este caso de reparación se ha dado en el famoso caso Loayza Tamayo Vs. Perú en donde la Corte IDH, estableció unos nuevos criterios que mediante la figura del control de convencionalidad tienen un carácter extensivo a Colombia.

En conclusión, el daño al proyecto de vida se convalida entendiéndolo como la obligación de respeto, que le asiste al Estado, reconociendo el deber de configurar la responsabilidad internacional del Estado que nace del criterio de exigibilidad inmediata en el plano internacional, en la cual la Corte IDH, se configura o actúa como el elemento contencioso aplicable en todo caso, sin restricciones a interpretaciones subjetivas referente a su autonomía y competencia.

1.5.6. Otras Formas de Reparación – (Medidas de Satisfacción y de No Repetición)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tiene dos grandes categorías o matrices de reparación. El primer estándar está basado en la indemnización netamente pecuniaria, bien sea por daño patrimonial (daño emergente, lucro cesante, daño al patrimonio familiar) y por los daños inmateriales (daño moral, daño psicológico, daño al proyecto de vida y daño a la vida familiar). El segundo, aunque tiene fundamento en los daños ya señalados, no está acotado exclusivamente a la indemnización, sino que abarca una multiplicidad de medidas. En este sentido se sostiene que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha desarrollado un estándar alternativo denominado medidas de satisfacción y de no repetición.

Este segundo tipo de medidas es especialmente relevante en los casos en los cuales se involucran los derechos de comunidades étnicamente diferenciadas. Tal como ocurrió en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina 2020, que versa sobre el funcionalismo por parte del Estado a garantizar el derecho a la propiedad

de las tierras ancestrales. Para ejemplificar esta gran matriz categorial dimensiona su estructura de extensión por medio del siguiente gráfico.



Grafica 2. *Elementos constitutivos de estándares de reparación material para las víctimas en el Sistema Interamericano de derechos humanos, fuente propia la presente investigación.*

Como se señaló, en la segunda gran categoría se contemplan las medidas extrapatrimoniales inmateriales de reparación y de no repetición que van más allá de las compensatorias económicas y hacia la atención integral a las víctimas y la prevención de que hechos similares vuelvan a ocurrir. Así se habla de: a) medidas o garantías de no repetición, evitan que la vulneración de los derechos se repitan; b) medidas o garantías de restitución - volver las cosas a su estado previo; c) medidas y garantías de rehabilitación, que permiten, una tensión integral que tienda a eliminar o reducir los padecimientos; d) medidas de investigación y sanción, pretenden la búsqueda de la verdad y determinación de responsabilidades; e) medidas o garantías

de memoria histórica y homenajes a las víctimas, son las medidas de protección históricas para que no se vuelva a presentar el vejamen de la violación de los derechos humanos.

En lo que refiere a los derechos de comunidades étnicamente diferenciados es una de la más significativa la determinada por la Corte IDH en el caso Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 2015, en la cual estableció conforme al artículo 63.1 de la Convención Americana, medidas de Restitución Compensación Colectiva, Garantías de no repetición.



Grafica 3. *Medidas extramatrimoniales inmatrimoniales de reparación y de no repetición, fuente propia la presente investigación.*

Dentro de las consecuencias de las medidas de reparación explicadas se destacan, de una parte, la superación implícita de los límites establecidos en los ordenamientos nacionales, de otra parte, la necesidad de implementar programas colectivos de reparación.

En relación con el primer punto se debe considerar, las medidas extrapatrimoniales e inmatrimoniales de reparación y de no repetición, constituyen formas de reparación que quizá resulten inusuales en el orden nacional, por lo que, aunque sea de manera implícita pueden superar los límites de indemnización fijados por las altas cortes, como lo son en Colombia las sentencias

arquimédicas de unificación del 28 de agosto de 2014 que establecieron tope máximos de indemnización.

En lo que refiere al segundo punto, las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición pueden llevar a la necesidad de implementar programas colectivos de reparación, los cuales suelen implicar una actuación coordinada de las autoridades estatales tales como la Fiscalía, las defensorías públicas, el poder judicial, entre otros. En este sentido, las medidas extrapatrimoniales e inmateriales de reparación, exigen un especial compromiso y participación del Estado para su cumplimiento, tal como ocurrió con la sentencia sobre el Caso de las Comunidades Indígenas, miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, 2020.

Como se expuso, este caso representa un significativo avance jurisprudencial, pues establece reglas más claras de actuación estatal, particularmente con relación al principio de prevención de daños ambientales frente a actos de particulares; y fija lineamientos de restitución y compensación por la vulneración de derechos de pueblos indígena, en donde se concedieron medidas extrapatrimoniales e inmateriales de reparación y de no repetición, reconoce la existencia de dos dimensiones del derecho a la memoria: una individual y otra colectiva, las cuales deberán quedar plenamente satisfechas propendiendo la no repetición de los hechos que originaron las graves violaciones a los derechos humanos.

1.5.7. Opinión Consultiva OC-23 de 2017

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la opinión consultiva OC-23 de 2017 solicitada por la República de Colombia, interpreta las obligaciones del Estado en relación con el medio ambiente. Particularmente, la condición de garante que tiene este en relación con los

derechos a la vida e integridad personal en los términos de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La opinión consultiva OC-23 de 2017, resulta ser fundamental porque establece el ámbito de aplicación de la obligación de prevención por parte del Estado ante efectos de posibles daños sobre el territorio. En este sentido se debe tomar en cuenta que la solicitud de opinión consultiva se derivó de la construcción, mantenimiento y ampliación de canales para circulación marítima en la región Caribe. Sin embargo, su alcance no está limitado a dicho evento, pues la Corte IDH resalta la protección del medio ambiente y la de los derechos humanos en general, reconociendo que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático “afectan el goce efectivo” de múltiples derechos convencionales.

En este sentido, para la Corte IDH se debe reivindicar la protección del medio ambiente por parte de los Estados a través del cumplimiento de los deberes de regulación, de supervisión y de prevención, los cuales deben estar guiados por criterios técnicos que permitan establecer estudios de impacto ambiental y criterios de contingencia para mitigar los efectos del daño ambiental sobre el territorio.

Adicionalmente el Tribunal señala que el medio ambiente sano tiene autonomía “*como un derecho en sí mismo*”, debiendo considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales en consecuencia, considera un derecho exigible. (párr. 59)

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras.

De otra parte, la OC-23/17 consagra el protocolo de accionar conforme al principio de precaución, partiendo del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo, que es

distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. (párrs. 62 y 63).

62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. ...63 De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

La opinión consultiva OC-23/17, también establece los criterios para la mitigación del daño a partir de la cooperación internacional en materia medioambiental. Sobre el punto la Corte IDH hace mención específica a las garantías que deben de tener las comunidades indígenas y tribales y de la protección de su cultura y su cosmovisión dentro del uso del territorio especificado, a partir del párrafo 107 hasta el párrafo 119. En este acápite, se establece un principio y un deber de prevención, donde el estado debe asumir una posición de garante para prevenir la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas y tribales.

113. Este Tribunal se ha pronunciado sobre la obligación de proteger sus territorios ancestrales debido a la conexión que mantienen con su identidad cultural, derecho humano fundamental de naturaleza colectiva que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática

Además, la Corte IDH, establece la piedra angular sobre la cual debe desarrollarse la consulta previa y señala los estándares internacionales en materia de respeto hacia el territorio y hacia las comunidades indígenas, afroestizas, raizales, rom, partiendo del respeto a sus territorios y a su cosmovisión. Adicionalmente reconoce la obligación estricta de establecer una

cooperación intersectorial entre el Estado y las comunidades étnicas que habitan los territorios, lo cual supone una obligación internacional para el Estado en el contexto de la protección ambiental.

227. el Estado debe garantizar los derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones

En conclusión, los elementos constitutivos de estándares de reparación material para las víctimas en el Sistema Interamericano de derechos humanos, en criterios constitutivos de estándares de reparación, las cuales son consistentes, en medidas extrapatrimoniales inmateriales de reparación y de no repetición que van más allá de las compensatorias económicas y hacia la atención integral a la víctimas y la prevención, de aquí que los jueces, deberían de prever el uso del instituto del control de convencionalidad en sus sentencias respecto a las medidas de reparación ordenadas para la protección de los derechos al medio ambiente, a la propiedad colectiva y a la consulta previa, pero en la realidad se distancian de aplicar los criterios ordenado por la Corte IDH, de aquí que la proyección es que gradualmente se aplica que carácter progresivo la convencionalidad por operadores jurídicos.

De tal manera que el desarrollo de la convencionalidad, se potencializa, cuando la Corte IDH, establece las condiciones de protección que se manifiestan en medidas o garantías, que finalmente son los estándares de reparación que, evitan que la vulneración de los derechos se repitan; lo anterior, como forma de representación de las medidas o garantías de restitución, como volver las cosas a su estado previo, constituyéndose en consecuencia como un formas de reparación, destacando el rol de la convención como protectora de los pueblos indígenas así como de sus tierras, y los recursos que en ellas hay.

Capítulo II: Problemática Medio Ambiental Existente en el Departamento del Chocó, a Consecuencia de la Actividad Extractiva por Minería Legal e Ilegal

2.1. Aspectos Preliminares del Capítulo

El presente capítulo identifica la problemática medioambiental existente en el Departamento del Chocó, a partir del estudio de casos mediante la caracterización de la actividad extractiva por minería legal e ilegal, en su representación ancestral y artesanal. Además se expone el rol de protección de derechos fundamentales o convencionales a partir de las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para establecer el efecto de la tipología de las medidas de protección en favor los territorios y comunidades étnicas, ante la contaminación de minería, la repercusión en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas, en el efecto de los graves daños, derivados a la contaminación ambiental, como los efectos a la salud sufridos por las comunidades étnicas del Chocó, constituyéndose en un tema altamente sensible.

Reconociendo que en la actualidad, el Estado colombiano se orienta bajo la estructura ideológica del Estado Social de Derecho, el cual opera en condición de garante de derechos fundamentales en el marco del funcionalismo constitucional, el presente Capítulo, permitirá comprender, no solo las implicaciones derivadas de la problemática medioambiental existente en el Departamento del Chocó, sino además, reconocer los efectos, de las diversas medidas, establecidas a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado, orientado estrictamente en el Departamento de Chocó, en las cuales, para la garantía de derechos

fundamentales, ha echado mano del control de constitucionalidad, para efectos objetivos de la protección ambiental en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas, en razón al poco desarrollo que a su juicio se ha dado a la protección de los derechos del medio ambiente de manera autónoma en el SIDH; tal como se indicó en la sentencia T-622 de 2016, en la que se advirtió *“las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se ha protegido el derecho al agua autónomamente pero sí en conexión con el derecho a la vida, a la salud, y respecto de las comunidades étnicas, el derecho a la propiedad”* Téngase en cuenta, que el mayor antecedente a la protección al derecho al medio ambiente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como derecho autónomo, se encuentra contenido en la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017.

2.2. Acercamiento Conceptual a la Problemática Medioambiental Existente en el Departamento del Chocó

La Carta Política de 1991 en el artículo 8, establece la obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, así mismo, el artículo 49 establece el saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Por su parte el capítulo 3 contempla los derechos colectivos y del ambiente, de tal suerte que el artículo 79, establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, y que el Estado debe proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservando las áreas de especial importancia ecológica y fomentando la educación para dichos fines; en ese mismo orden, según el artículo 80, es deber del Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos

naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Y en ese sentido debe cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

El artículo 95 numeral (8), prevé que son deberes de la persona y del ciudadano, proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. Por su parte, en el artículo 333, establece límites a la libertad económica, cuando así lo exija la protección del ambiente.

Es tal la importancia del medio ambiente para el Estado colombiano, que la misma Constitución contempla medios judiciales para procurar su protección, tal es el caso de la acción de tutela y la acción popular, contenidos en los artículos 86 y 88 de la Constitución nacional.

En consecuencia, la Constitución Política de 1991 establece que esta obligación del Estado no solo radica en conservar y proteger los recursos naturales, sino también prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental. De tal manera, le corresponde al Estado Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, ante la alteración medioambiental derivada de la contaminación, en aplicación de lo que la Corte Constitucional mediante sentencia fundamentadora T-411 de 1992 ha denominado Constitución Ecología

En relación con este punto el artículo 4 de la Ley 23 de 1973 entiende por contaminación ambiental como:

“la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o particulares”.

En la actualidad el Departamento del Chocó, presenta una crisis humanitaria y sanitaria, en atención a que tiene las necesidades básicas insatisfechas en 79.19%, lo cual constituye en uno de los más altos niveles reportados en el Estado Colombiano. Adicionalmente, mientras que la media nacional de NBI, es del 19.66%, tomando en cuenta los datos referidos al municipio de Quibdó, que es la capital del departamento se destaca que el 88.2% de la población presenta la condición de “*Carencia de servicios sanitario o carencia de acueducto y aprovisionamiento de agua de río, nacimiento, carro tanque o de lluvia*”. (Censo de población y vivienda realizado en 2018 -DANE)

Los daños colaterales ocurridos por la devastadora minería legal e ilegal, agudizan la problemática social, porque además de disminuir las fuentes de vida para las poblaciones que se asientan alrededor de los principales afluentes del departamento, también impiden la realización de otras actividades más amigables para el medio ambiente como la agricultura, generando un desplazamiento de estas comunidades a otros territorios.

Los efectos de contaminación son progresivos, por cuanto en la actualidad existen problemáticas complejas asociadas a la contaminación ambiental. La problemática en materia medio ambiental en el Departamento del Chocó, es significativa especialmente en las áreas de influencia cercanas a los centros poblados, junto con sus cuencas hidrográficas, pues presentan un altísimo grado de deterioro y contaminación generada especialmente por el aumento la minería legal e ilegal. En este sentido, la doctrina señala “*la economía chocoana es todavía dependiente de actividades administrativas y de la explotación de su capital natural no renovable*”. (Schoeller-Díaz, 2014, p. 14)

Por ejemplo, el primer factor del deterioro socioambiental del Río Atrato, es atribuible a la minería ilegal, ya que, con los métodos mecanizados utilizados para una extracción y explotación, se deduce que los niveles de sedimentos son tendientes a una alta contaminación. Específicamente

en sectores como Rio Quito, que es la región más afectada por estas acciones desmedidas, por el efecto de la caracterización de la actividad extractiva por minería legal e ilegal, se han extinguido incluso especies maderables, asimismo es visible el envenenamiento de especies acuáticas y el cambio de cauce del río, y su sedimentación, que afecta directamente en la navegabilidad y forma de transporte de las asentadas al Rio Atrato y genera constantes inundaciones.

Tomando en cuenta lo anterior, la importancia del río Atrato para la ecorregión del Chocó biogeográfico es significativa; de tal suerte que tiene como afluentes tributarios más de 300 quebradas y 15 ríos, entre cuales se cuentan: El Andágueda, Beté, Bojayá, Buchadó, Cabí, Cacarica, Capá, Domingodó; entre otros el Rio Quito y San Pablo, son los mayores tributarios del Atrato, que es el río más caudaloso de Colombia y el tercero más navegable del país, después del río Magdalena y del río Cauca. El Río Atrato Atraviesa el Parque Nacional Natural de Los Katíos, sirve de frontera entre Chocó y Antioquia y sus aguas desembocan en el golfo de Urabá.

En este sentido, los efectos de la actividad extractiva por minería legal e ilegal, los patrones de producción y consumo ambientalmente inapropiados, y las deficiencias en la gestión institucional son nefastas para uno de los afluentes más importantes del país. Sobre este punto, el Informe de la ONU sobre explotación de oro de aluvión “*Evidencias a partir de percepción remota*” del año 2016, permite avizorar la dramática problemática ambiental en el Departamento del Chocó, con especial énfasis en los efectos negativos de la depredación minera ilegal, pues solo el 2% de las empresas mineras que operan en el territorio, cumplen con las de exigencias técnico-legales para el ejercicio de la actividad. Lo anterior es una situación compleja, que genera afectación a los territorios colectivos de las comunidades étnicas por la usurpación e invasión de sus espacios de habitación, conformados por Consejos Comunitarios de comunidades

afrodescendientes, y resguardos indígenas. Frente a esta situación, el informe de la ONU destaca la problemática en los siguientes términos:

“En Chocó, 27 de los 30 municipios del Departamento están afectados por EVOA. Los Consejos comunitarios resultaron ser los territorios especiales más afectados: el 46% de las EVOA se encuentra en este tipo de territorios, por lo cual el diseño de política pública debería considerar las particularidades de estas unidades. Aunque la afectación en resguardos indígenas es mucho menor que en Consejos comunitarios, está focalizada en territorio de las comunidades Emberá – Katío, altamente vulnerables. Respecto a Parques Nacionales, 5 de ellos ya presentan EVOA al interior del parque y 9 más en zonas cercanas. Se destaca que el 51% del área nacional de EVOA se concentra en las subcuencas de los ríos Quito, Bajo Nechí, Directos Bajo Nechí y Tamaná - Directos San Juan. La pérdida total de cobertura de alto valor ambiental (bosque natural, vegetación secundaria y otros tipos de coberturas leñosas) asociada a las actividades de explotación de oro de aluvi6n fue de 24.450 ha para el a6o 2014 y se concentr6 en Choc6 (77%)”.(Informe ONU, sobre Explotaci6n de oro de aluvi6n Evidencias a partir de percepci6n remota, 2016 detecci6n de EVOA.)

As6 pues, la problemática ambiental en el Departamento del Choc6 resulta ser significativa, sumado al d6bil rol de la administraci6n p6blica. En efecto, la articulaci6n y/o coordinaci6n institucional en el dise6o y ejecuci6n de pol6ticas de control, protecci6n y guarda ambiental, es deficiente, tanto que las diversas medidas, planes, programas y proyectos de desarrollo nacionales, regionales, departamentales y locales son insuficientes, para resolver los problemas ambientales y socioecon6micos, generados por la omisi6n del Estado en sus funciones de control y vigilancia ejercidas a trav6s de la corporaci6n aut6noma regional (CODECHOC6). Esto sumado a que tanto los concejales, diputados y los alcaldes de los territorios con vocaci6n e incidencia minera *“han perdido iniciativa y liderazgo en el manejo de la actividad en su territorio y la mayor6a de ellos no logran coordinar acciones o pol6ticas de gesti6n del sector con la Gobernaci6n, con el gobierno*

nacional o con las autoridades ambientales en esa materia". (Plan de desarrollo departamental del Chocó 2016 – 2019 “oportunidades para todas las subregiones” ordenanza No. 005, p. 90)

Dicho lo anterior, resulta relevante señalar que la Corte IDH ha manifestado que dada la especial relación de las comunidades indígenas y tribales con su territorio, este se encuentra protegido por el derecho a la propiedad, y en ese sentido el Tribunal ha señalado que,

“esa conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia”. (Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia sentencia de 20 de noviembre de 2013, p. 130)

Lo anterior es concordante con el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT que establece el deber de los Estados para adoptar medidas que promuevan:

“Plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y [...] que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH), voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, Caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, 2015, p. 7)

Como se dijo en el inicio de este acápite, el Departamento del Chocó en cuanto a las necesidades básicas insatisfechas se encuentra en condiciones deplorables, tal como lo acredita el indicador relativo a la pobreza, medido por el DANE, como el NBI (Necesidades Básicas Insatisfechas), según el cual; *“la existencia o carencia del flujo permanente de los servicios*

públicos domiciliarios son fundamentales y definen la medición de los que son, o no considerados pobres”. (Alfaro y Quesada, 2014)

De aquí la importancia de que el Estado deba de ejercer, con exclusividad las potestades y atribuciones respecto a la protección de constitucional del medio ambiente sano, en el marco del funcionalismo del Estado, entendiéndolo como garante de los derechos constitucionales y convencionales. Al respecto Martha Nussbaum afirma que: *“La incapacidad de dar una respuesta adecuada a las necesidades de los ciudadanos con deficiencias y discapacidades es un grave defecto en las teorías modernas que derivan los principios políticos básicos de un contrato para el beneficio mutuo. Es un defecto profundo, que afecta también a la validez de la teoría como descripción de la justicia humana en un sentido más general”.* (Nussbaum, 2012)

2.3. Consecuencia de la Actividad Extractiva por Minería Legal e Ilegal Departamento del Chocó

La problemática medioambiental que se presenta en el Departamento del Chocó es derivada en buena parte por i) la gran minería, ii) la actividad extractiva por el efecto de la minería ilegal, y iii) por los efectos derivados de la minería ancestral y artesanal. No obstante, respecto de esta última se debe reconocer que más que una causante de los daños ambientales es una víctima más de la gran minería y de la minería ilegal. En este sentido, corresponde señalar que la minería ancestral artesanal ha representado una forma de subsistencia de las comunidades indígenas, afrodescendientes, y mestizas afrochocoanas, quienes tradicionalmente han ejercido labores de minería como forma de vida y subsistencia, que finalmente se fundamenta en la valoración de su

autonomía, su identidad, cosmovisión ancestral y la solidaridad de forma, individual, familiar. Es así como, el informe de la ONU, sobre efectos de la explotación de oro, determino que:

El 60% del área de EVOA no coincide espacialmente con áreas autorizadas por la Ley para explotación de oro (Licencias ambientales, amparo de Títulos sin licencia, Solicitudes de legalización y Propuestas de contrato), mientras que el 40% se encuentra en zonas que presentan algún tipo de autorización. Solo el 2% coincide con licencias ambientales mineras, que son el requisito último mediante el cual se puede iniciar el proceso de explotación (incluye título y licencia ambiental). Antioquia es el Departamento que presenta mayor coincidencia de EVOA con áreas en las que se amparó de títulos sin licencia (no presenta coincidencia espacial con licencias ambientales), Antioquia es el Departamento que concentra el mayor porcentaje (48%) del total de títulos relativos a explotación de oro en el territorio nacional. En el caso de las Solicitudes de legalización Chocó ocupa el primer lugar con 84%, mientras que para las Propuestas de contrato Antioquia y Chocó representan la mayor proporción de EVOA bajo la explotación de oro".(«Informe ONU, sobre Explotación de oro de aluvión Evidencias a partir de percepción remota, 2016 detección de EVOA.)

Sumado a que la minería mecanizada, en sus representaciones tanto legales, como la ilegal, desplaza a la minería ancestral y artesanal, como valores de uso de trabajo tradicional en el Departamento del Chocó. Situación que ha significado una afectación a los valores tradicionales y además ha impedido hacer uso y goce de los recursos naturales, permitiendo, despojo y saqueo de sus tierras, rituales y recursos tradicionales.

Tabla 2

Consideraciones y Caracterización de la Pequeña y Mediana Minería

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PEQUEÑA Y MEDIANA MINERÍA	CARACTERIZACIÓN DE LOS PEQUEÑOS Y MEDIANOS MINEROS
Los niveles de desarrollo tecnológico son muy bajos, inexistentes o deficientes, lo cual no permite aprovechar óptimamente el recurso minero.	No tienen buen conocimiento de los mercados internacionales. Venden sus productos a intermediarios locales por lo que sus márgenes de utilidad son bajos.
Cuando la actividad se realiza sin título minero y sin viabilidad ambiental, se genera deterioro ambiental y la actividad minera entra en conflicto con los usos del suelo establecidos en los planes de ordenamiento territorial.	No tienen acceso a créditos o recursos de inversión. Tienen una estructura organizacional débil. Realizan la actividad para satisfacer sus necesidades básicas y no como una forma de organizar empresas mineras con proyecciones eficientes de mediano y largo plazo.

Fuente: Tierra Digna. (Melo, D., 2015), p. 32)

Además de los graves daños ambientales al territorio colectivo a partir de la extracción minera, tanto legal como ilegal ha ocasionado la ocupación y destrucción y despojo de los espacios de vida íntima y comunitaria de las comunidades afrodescendientes y mestizas, situación que ha desplazado a la minería ancestral y artesanal como forma de subsistencia, quedando expósitos de protección en su forma histórica, tradicional y cultural y forma de trabajo.

La extracción minera tanto legal como ilegal, ha ocasionado una forma de instrumentalización, a consecuencia de la cual los territorios colectivos de las comunidades se han afectado en las formas de supervivencia. Lo expresan Serra Horguelin & Schoeller Díaz, en los siguientes términos:

“las juntas de consejos comunitarios que en algunos casos se oponen a la minería mecanizada, pero que en otros, la defienden, pese al desastre ambiental y social que genera. Los mineros que explotan la región con dragas y retroexcavadoras pueden esconderse detrás de la pequeña minería e inclusive, hacer converger sus propios intereses con la actividad de barequeo, que es principalmente femenina. Sin embargo, las relaciones de poder y de sujeción en la cadena complejizan esas identificaciones. El “auge del rebusque” que genera la explotación mecanizada y que rehabilita el barequeo sobre los despojos dejados por retreros y dragueros es tal vez el mejor ejemplo de un escenario de marginación estructural de los territorios colectivos de comunidades

negras que entraremos a descubrir con el mayor detalle posible, a partir de casos concretos”.
(Serra-Horguelin y Schoeller-Díaz, 2014).

Por su parte, la Contraloría General de la República, en su informe de 2013, en referencia a la explotación minera extractiva por el efecto de la minería ilegal, legal sobre la minería ancestral y artesanal en el Departamento del Chocó reseñó que:

“Las actividades mineras están vulnerando derechos fundamentales y colectivos, desconociendo procesos locales (ambientales, territoriales, sociales y económicos). La titulación minera y el otorgamiento de licencias ambientales necesarias para adelantar actividades de explotación, no están considerando las determinaciones adoptadas en los instrumentos de planificación y ordenamiento ambiental y territorial. Con relación al derecho fundamental a la consulta previa con comunidades étnicas, debe señalarse que inexplicablemente no se está realizando de manera previa al otorgamiento de títulos mineros, ni frente a la declaratoria de zonas mineras indígenas y de comunidades negras, ni de áreas estratégicas mineras en claro desconocimiento del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad”. (Contraloría General de la República, informe de 2013, explotación minera extractiva, pp. 25 y 44)

De tal manera que, en el Departamento del Chocó gran parte del territorio ha sido víctima del indiscriminado uso de la minería desde la época de la colonia, lo cual ha dado lugar a la destrucción y la puesta en peligro del ecosistema, *“la vida de sus pobladores y ha generado la afectación directa a los ríos y afluentes del Departamento, tal como lo ilustra el plan de desarrollo departamental del Chocó 2016 – 2019”.* *“oportunidades para todas las subregiones”.* Ordenanza No. 005 de 2016 - Asamblea Departamental del Chocó.

Esta depredación ambiental sobre el territorio ha afectado significativamente la vida y los territorios ancestrales de las comunidades de la región de Atrato, el San Juan, el Baudó, el Darién,

y el Pacífico, así como las subregiones principales y demás municipios. Tal como lo expresa el Plan de Desarrollo Departamental del Chocó 2016-2019

Tabla 3

Retomado de Plan de desarrollo departamental del Chocó 2016 – 2019 “oportunidades para todas las subregiones”

SUBREGION	MUNICIPIOS	CARACTERISTICAS
ATRATO	Atrato, Bagadó, Camien de Atrato, Lloró, Medio Atrato, Quibdó y Río Quilo	Habitada por población Negra, Indígena y mestiza, existen 209.129 personas, de los cuales el 52.6% están en las cabeceras municipales y el 47% en la zonas rurales, Potencial Ecoturismo, pesca, cultivos de (plátano, arroz, maíz, caña, café, aguacate, achiote, Borojó y cacao), aprovechamiento forestal, conservación y generación de servicios ambientales
SAN JUAN	Cantón de San Pablo, Cértegui, Condoto, Istmina, Medio San Juan, Novita, Río Iró, san José del Palmar, Sipl, Tadó, Unión Panamericana, Litoral de San Juan	Habitada por población Negra, Indígena y mestiza, existen 141.479 personas, de los cuales el 44.5% están en las cabeceras municipales y el 55.5% en la zonas rurales, Potencial explotación Minera, turismo religioso, ecoturismo, Piscicultura, cultivos de (Plátano, Achiote, Caña, Chontaduro, Borojó y Yuca), aprovechamiento forestal, conservación y generación de servicios ambientales, Movilización Vial
BAUDO	Alto Baudó, Bajo Baudó, Medio Baudó	Habitada por población Negra, Indígena y mestiza, existen 62.837 personas, de los cuales el 19.4% están en las cabeceras municipales y el 80.4% en la zonas rurales, Potencial Ecoturismo, pesca, piscicultura cultivos de (plátano, arroz, maíz, caña, yuca, caucho y cacao), aprovechamiento forestal, conservación y generación de servicios ambientales
DARIEN	Acandí, Carmen del Darién, Riosucio, Bojayá y Unguía	Habitada por población Negra, Indígena y mestiza, existen 64.258 personas, de los cuales el 32% están en las cabeceras municipales y el 68% en la zonas rurales, Potencial turismo de playa, ecoturismo, pesca, cultivos de (plátano de exportación, plátano tradicional, arroz, maíz y cacao), Ganadería, Palma Aceitera, aprovechamiento forestal, conservación y generación de servicios ambientales
PACIFICO	Bahía Solano, Jurado y Nuquí	Habitada por población Negra, Indígena y mestiza, existen 22.391 personas, de los cuales el 43.5% están en las cabeceras municipales y el 56.5% en la zonas rurales, Potencial turismo de playa, ecoturismo, pesca, cultivos de (plátano, arroz, maíz, coco y yuca), aprovechamiento forestal, conservación y generación de servicios ambientales

Fuente: Ordenanza No. 005. p. 89

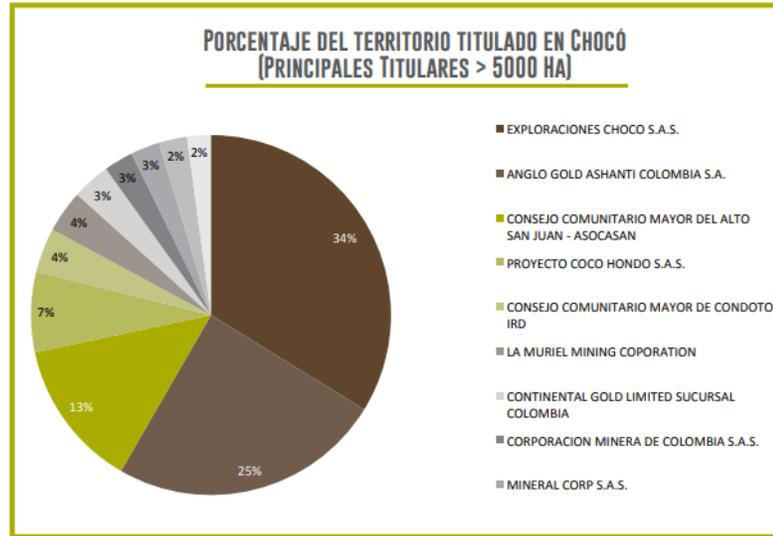
En ese mismo orden, el Observatorio Pacífico y Territorio determinó los efectos de la minería artesanal en los siguientes términos: *“la explotación a mediana escala, comúnmente presentada como artesanal, ha incrementado exponencialmente, muchas veces sin títulos y con un impacto ambiental agudo tras el uso generalizado de retroexcavadoras y dragas”*. (Observatorio Pacífico y Territorio, 2013).

Ahora bien, se debe tomar en cuenta que las actividades de extracción se realizan de diversas maneras, por distintos actores, y responden a múltiples intereses. De las formas de

aprovechamiento minero a gran escala, se entiende que sus ganancias son corporativas y excluyentes, ya que hacen parte del gran capital privado formal cuando son legales e informal cuando no lo son. Por su parte la minería ancestral, tiene efectos diferenciales al ser por regla general de pequeña escala y es, en la mayoría de los casos, la única forma de subsistencia para los habitantes de los territorios étnicos de las eco regiones de medio y alto Atrato y medio y alto San Juan, además de constituirse en un ejercicio ancestral. De ahí que los conceptos que se manejan responden a nociones históricas (ancestral o tradicional) o la minería artesanal, las cuales hacen referencia a las herramientas utilizadas (semi-mecanizada o mecanizada), que no son altamente industrializadas ni tampoco altamente tecnificadas.

Es importante precisar que la minería ancestral y la minería artesanal no son los grandes generadores de contaminación ambiental, aunque si producen efectos de contaminación sobre las aguas y el territorio, pero el gran contaminador en esencia son las empresas transnacionales que tienen título minero sobre el territorio, que son quienes explotan de manera técnica, con toda la tecnología y recursos de manera indiscriminada. Tal es el caso de la transnacional Sudafricana Anglogold Ashanti, la cual contaba con once (11) títulos vigentes hasta el 2039, 2040 y 2043, poseía derechos para extraer minerales en más de 15 mil hectáreas de la región, hasta que la honorable Corte Constitucional dejó sin efectos todos esos títulos mineros.

“De forma similar, la empresa exploraciones Chocó Colombia, con un (1) título vigente, está autorizada para explotar cerca de 2 mil hectáreas. Estas dos compañías estuvieron involucradas en el reciente fallo del Tribunal Superior de Antioquia.” (Verdad abierta.com, septiembre 25 de 2014).



Grafica 4. Porcentaje del territorio titulado en Chocó (Principales Titulares > 50 HA)

Fuente: Tierra Digna. (Melo, D., 2015), p. 60)

En consecuencia, han sido las grandes multinacionales, las transnacionales y los extranjeros ilegales, los que en el Departamento de Chocó han desarrollado la explotación de minera a gran escala, generando efectos adversos tanto al medio ambiente como a las comunidades que habitan el territorio.

En la actualidad, encontramos que se han presentado atropellos hacia las comunidades, tal es el caso de la Muriel Mining Company, la cual ha estado involucrada en el desarrollo de actividades de exploración y explotación mineras sin contar con el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades locales en la región del Bajo Atrato, atentando contra el derecho ancestral al territorio de las comunidades, los derechos humanos, los derechos fundamentales constitucionales y los postulados de la Corte IDH, establecidos, entre otros, a través del caso de Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 2015 y Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015.

2.4. El Rol de Protección a partir de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano para la Protección Ambiental

La Constitución de 1991 reconoce a Colombia como un Estado Social Democrático y de Derecho, el cual se focaliza en aspectos sociales y reivindicaciones, desde la dignidad humana, la salud, el trabajo, la igualdad y la participación. En este marco la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han fijado criterios de protección y garantía de los postulados constitucionales.

Efectivamente, como se expondrá ante el desolador panorama que afronta el Departamento del Chocó son principalmente las Cortes, las que permiten direccionar y crear las condiciones que permitan generar bienestar social, vida íntima y comunitaria de las comunidades afrodescendientes, indígenas y mestizas afrochocoanas, como forma dignificación. Por ello, las medidas de alcance y protección, determinadas por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado por medio de sus sentencias, en las cuales se enuncia el contenido de cada uno de los derechos y el deber del Estado respecto de estos, han estado siempre dirigidas a asegurar las debidas condiciones vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, “*la igualdad*”, la libertad y la paz; en un marco jurídico, democrático que garantice un orden justo, conforme al artículo 2º establece como un fin esencial del Estado; “*promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”. (Constitución política Colombia de 1991, art 2).

Lo anterior tiene especial relevancia si se toma en cuenta la concepción del valor del precedente jurisprudencial, respecto de los derechos fundamentales dado que tiene raigambre desde la propia Carta Política de 1991; “*la cual dio lugar a la creación de mecanismos jurídicos*

para su protección, y en este sentido, gracias a las herramientas jurídicas que se han diseñado es factible materializar la exigibilidad de los mismos”. (Jiménez y Niño, 2011)

En el marco de dichas decisiones resulta especialmente importante aquellas que buscan la materialización del principio de igualdad material. Para el académico, profesor Bernal Pulido la consolidación de la igualdad material del Estado se orienta en los siguientes términos:

“El Estado social se identifica por establecer igualdad material que permita establecer condiciones semejantes a la colectividad propugnando por una obligación de solidaridad”.
(Bernal, 2006, p. 251)

Implica que el Estado tiene una posición de garante, por lo cual le asiste la obligación jurídica de ejercer acciones consistentes, en la consolidación de la igualdad material a escala mayor. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han reconocido la identidad diferenciada, en la escala de valores que se deriva de la cosmovisión y las condiciones de vida de las comunidades afrodescendientes, mestizas afrochocoanas.

- Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación el derecho al medio ambiente y los derechos de comunidades étnicas a la protección de sus territorios y prácticas ancestrales.

El papel de la Corte Constitucional ha sido fundamental, en la preservación del medio ambiente, y la reivindicación de los derechos de las minorías étnicas, su cosmovisión ancestral, las condiciones de existencia y su participación en las decisiones que los afectan. En este sentido, la Corte Constitucional, ha desarrollado sendas sentencias por efecto de íntima conexión, entre las cuales se destacan las sentencias T -955 de 2003, T-154 de 2013, T-04 de 2019 (río Cantón de San Pablo), y la radical sentencia arquimédica T-622 de 2016 que reconoce al río Atrato como sujeto de especial protección constitucional y titular de derechos fundamentales.

Igualmente se destaca la sentencia T-766 de 2015, con la cual, se dejó sin valor y efectos jurídicos casi todos los títulos mineros que para la época se habían otorgado en el país, en razón a que en su expedición no se respetó el agotamiento del requisito constitucional de la consulta previa; De tal suerte que, en la referida providencia se resolvió *“dejar sin valor y efecto las Resoluciones N. °180241, 0045 de 2012 y la Resolución N. °429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada”*.

Esta última sentencia se incoó en contra del Ministerio de Minas y Energía, la Agencia Nacional de Minería, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Ministerio del Interior, por la expedición de la Resoluciones N.°180241 y 0045 de 2012 *“por la cual se declaran y delimitan unas Áreas Estratégicas Mineras y se adoptan otras determinaciones”*, por la presunta violación los derechos fundamentales a la consulta previa, al territorio, y a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, afrodescendientes. En esta sentencia, la Corte Constitucional tuvo como referencia los criterios interpretativos adoptados por la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso Pueblo Saramaka vs Suriname, frente al derecho a la consulta previa, protección a territorios étnicos y ancestrales de comunidades indígenas y afrodescendientes, en la cual se estableció:

“En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe destacarse (i) el Convenio 169 de la OIT, instrumento incorporado al bloque de constitucionalidad por remisión del artículo 93 (inciso 1°) de la Constitución Política; (ii) la interpretación de las obligaciones estatales en relación con los pueblos indígenas, en materia de consulta previa, a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizada de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (iii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, donde se recoge la visión actual de la comunidad internacional sobre el alcance mínimo de los derechos de los pueblos indígenas. Como herramientas relevantes para la interpretación del derecho a la consulta previa, la Sala tomará también en consideración (iv) los informes de la Relatoría de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, (v) la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, y el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre territorios indígenas, como doctrina autorizada: “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales” (2010) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009”

En consecuencia, la sentencia; T-766 de 2015 concluyó:

“dejar sin valor y efectos las Resoluciones N. °180241, 0045 de 2012 y la Resolución N. °429 de 2013, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caldas, Cauca, Cesar, Chocó, Huila, La Guájira, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Tolima, Vallé del Cauca, Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada, en cuanto no agotaron el trámite de la consulta previa de las comunidades concernidas” advirtiendo que para todos los efectos las accionadas *“deberán agotar el procedimiento de consulta previa y de obtención del consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes que habiten los territorios que se pretenden declarar y delimitar como áreas estratégicas mineras”*.

Por ejemplo, en la sentencia T-955 de 2003, la Corte Constitucional, reconoce el conocimiento y prácticas tradicionales de los pueblos y comunidades locales en el manejo del medio ambiente y del desarrollo sustentable; de modo que insta a los Estados a reconocer y apoyar

la identidad, la cultura y los intereses de pueblos y comunidades, al igual que reconoce el carácter pluriétnico y multicultural de la nación.

De igual manera la Corte Constitucional ha flexibilizado las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas, tal es el caso de la protección de las poblaciones indígenas, afrodescendientes y tribales. Así, por ejemplo, a partir de la sentencia T-955 de 2003, interpretó de forma amplia el Convenio 169 de la OIT extendiendo su interpretación a las comunidades negras, consolidando con ello un enfoque biocultural al reconocer los vínculos al respecto, señalando que:

“del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta”. (Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 2003)

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-769 del año 2009 estableció un aporte muy significativo a los derechos de las comunidades étnicas, porque suspendió las labores de exploración minera que se desarrollan en los municipios de Carmen de Darién y Murindó, amparando de esa manera los derechos de las comunidades indígenas, afrodescendientes, y mestizas afrochocoanas y del Urabá. Además, esta sentencia se fundamentó en una íntima conexidad con el artículo 21 de la Convención Americana.

Situación similar ocurrió con la sentencia C-175 de 2009, en donde la Corte Constitucional, expuso los efectos negativos que el ejercicio de la explotación minera extractiva y de la minería ilegal. Señaló que estas prácticas han desconocido a las comunidades en el ejercicio de la consulta previa, pues simplemente se ha instrumentalizado el factor económico de precariedad, a efectos de generar minería indiscriminada. De esta forma la sentencia C-175 de 2009 se constituye en una de

las sentencias que marca hito dentro de la minería ilegal, y la defensa de los derechos humanos con respecto a la consulta previa la cual se conceptualiza:

“La Constitución Política de Colombia de 1991, propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales. Por lo tanto, para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan”.

Para el año de 2011 la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-366 de 2011, reconoce a las comunidades indígenas y afro como sujetos especiales de protección que por tratarse de comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático.

“Las comunidades diferenciadas tienen el derecho a participar en la definición de las políticas estatales en el mismo grado que los demás ciudadanos, resultando por ende inadmisibles las diferenciaciones que impongan barreras para el acceso al debate democrático. No obstante, también se ha considerado que la equidad en la participación opera sin perjuicio del reconocimiento de la identidad diferenciada de dichas comunidades, lo que obliga que su participación se realice a través de mecanismos concretos y adecuados, que resulten compatibles con las particularidades de esa identidad. El segundo ámbito de participación es el relativo a la instauración de medidas que afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes”. (Corte Constitucional, Sentencia C-366 de 2011)

Posteriormente por medio de la sentencia T-154 de 2013, la Corte Constitucional, se manifestó frente a los efectos de minería de carbón en Colombia: esta Sentencia tiene gran importancia respecto de la minería indiscriminada y sus efectos nocivos a la salud y al medio ambiente por cuanto establece que:

“Respecto al derecho al ambiente sano, no es solo considerado como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho internacional y local de rango constitucional, del cual son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud.

Por ello, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros”.

Es fundamental advertir que la Corte Constitucional en las Sentencia T-766 de 2015, dejó sin valor y efectos las Resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería, por medio de las cuales se delimitaron y declararon áreas estratégicas mineras en los varios departamentos en esa misma Sentencia el alto tribunal declaró efectos inter comunis, *“sobre todo el universo de comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas con la declaratoria y delimitación de sus territorios como áreas estratégicas mineras”.*

Igualmente, la Corte reconoce a las comunidades indígenas y afro en los siguientes términos;

“Las comunidades indígenas y afro como sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos, siendo sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales-

procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos”. (Corte Constitucional, Sentencia T-766 de 2015 y T-622/16)

En conclusión, los elementos principales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, encarnan el valor del precedente jurisprudencial, respecto de la protección de los derechos fundamentales, en materia medio ambiental que tiene raigambre desde la propia Carta Política de 1991; se fundamenta en reivindicar las condiciones de vida y preservación medioambiental, y reivindica, el derecho del territorio, la consulta previa de minorías étnicas y su cosmovisión ancestral, destacando la reivindicación de las condiciones de existencia y de manera particular la protección ambiental.

- Jurisprudencia del Consejo de Estado en relación el derecho al medio ambiente y los derechos de comunidades étnicas a la protección de sus territorios y prácticas ancestrales.

El Consejo Estado, igual que la Corte Constitucional, también ha desarrollado medidas de protección ambiental para garantizar el acceso en condiciones de dignidad a las comunidades étnicas, enfocado en defensa del territorio. Una de las acciones significativas, fue desarrollada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 2012 Consejero Ponente María Claudia Rojas Lasso, Rad 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP), que protegió en el año 2012, los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su restauración, su conservación o sustitución, la conservación de especies animales y vegetales.

Asimismo, el Consejo Estado ha establecido como criterio preponderante la protección de áreas de especial importancia ecológica del Departamento del Chocó, particularmente el bosque natural del corregimiento de Mecana, municipio de Bahía Solano. En virtud de lo anterior ha ordenado medidas administrativas de suspensión de extracción de recursos maderables y no

maderables provenientes de la flora silvestre y de las plantaciones forestales, dejando sin efectos decisiones administrativas arbitrarias carentes de motivación, por parte de la Corporación Autónoma Regional Codechocó, la cual, otorgó al Consejo Comunitario General de la Costa Pacífica del Norte del Chocó “los Delfines”, pero permitiendo transferir la autorización de aprovechamiento forestal a una multinacional , la cual, contrariando los protocolos de aprovechamiento generó depredación ambiental en la zona.

Para el Consejo de Estado el aprovechamiento forestal adelantado por el Consejo Comunitario General de la Costa Pacífica del Norte del Choco “los delfines” y R.E.M. internacional C.I.S.A. constituye una amenaza al equilibrio ambiental, pues genera la posibilidad de grandes perjuicios y no beneficia la conservación de los recursos naturales, se configuran los supuestos para la procedencia de la medida preventiva como mecanismo para prever, prevenir o reducir al mínimo los impactos ambientales y mitigar sus efectos adversos. El Consejo de Estado fija sus criterios, teniendo como referente la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y en la sentencia C-293 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, el cual delimitó el campo de acción de las autoridades públicas al momento de hacer uso del principio de precaución.

En suma, el Consejo de Estado también ha venido aceptando que la responsabilidad por afectaciones ambientales posee connotaciones especiales y fundamentos constitucionales y legales propios. A través de la sentencia de 20 de febrero de 2014, expediente 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028), la cual expresa:

“En suma, el art. 16 de la Ley 23 de 1973, aunque solo hace relación a los perjuicios que se causan a un individuo o a los recursos naturales de propiedad privada, es el fundamento legal de la responsabilidad por afectaciones al ambiente concretadas en un particular, y el art. 80 de la Constitución Política el fundamento basilar de carácter constitucional, que protege al ambiente como bien jurídico de carácter colectivo. Así las cosas, se sostiene que el fundamento jurídico de

la responsabilidad por las lesiones al ambiente está albergado en un sistema de fuentes con características legales y constitucionales propias.” (Consejo de Estado, Sentencia 29028 de 2014).

De tal manera que en la referida sentencia el Consejo de Estado, considera que hay dos tipos de daños antijurídicos “*daños a un interés colectivo como ambiente, y daños particulares y concretos que nacen como consecuencia de la lesión ambiental*”, y define que el daño ambiental puro es:

“cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, AIRE, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos”. (Consejo de Estado en Sentencia de 20 de febrero de 2014)

En ese orden, para el Consejo de Estado la imputación del daño ambiental implica responsabilidad del Estado, que podría configurarse no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual, no está obligado a soportar.

De igual manera, el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia 19001233300020120052602 del 2017, estableció, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños ambientales, estandarizando seis criterios fundamentales los cuales correlaciono en el siguiente cuadro:

Tabla 4

Responsabilidad Patrimonial Del Estado Por Daños Ambientales

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS AMBIENTALES
1. La contaminación como fenómeno es el supuesto fáctico del que se hace desprender la concreción dañosa en derechos, bienes e intereses jurídicos.
2. La contaminación en sí misma no es asimilable al daño ambiental y ecológico, ya que se comprende que en la sociedad moderna a toda actividad le es inherente e intrínseca la producción de uno o varios fenómenos de contaminación al ser objeto de autorización administrativa y técnica en el ordenamiento jurídico.
3. La contaminación desencadena un daño ambiental cuando produce un deterioro, detrimento, afectación o aminoración en la esfera personal o patrimonial de un sujeto o sujetos determinables. Se produce dicho daño ambiental cuando los derechos, bienes e intereses resultan cercenados o negados absolutamente, limitados indebidamente, o cuando se condiciona su ejercicio.
4. Cuando se trata de la realización de obras públicas o la construcción de infraestructuras, el daño ambiental puede concretarse en la afectación del uso normal de los bienes patrimoniales o en la vulneración de un bien ambiental, de los recursos naturales, del ecosistema, de la biodiversidad o de la naturaleza,
5. De un mismo fenómeno de contaminación o de la concurrencia de varios de ellos se pueden producir tanto daños ambientales, como daños ecológicos, esto es, aquellos que afectan bienes ambientales, recursos naturales, ecosistemas, biodiversidad o la naturaleza, y
6. La concreción de los daños ambientales y ecológicos puede ser histórica, instantánea, permanente, sucesiva o continuada, diferida.

Fuente: Criterios retomados - Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 19001233300020120052602 (53000), Nov. 22/17

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 19001233300020120052602 del 2017, el daño ecológico se define como la *“degradación, deterioro o modificación del medio natural causada como consecuencia de cualquier tipo de actividad. La nota distintiva de esta definición se encuentra en que no está referida a interés individual o humano, o por la inoperancia en la gestión de control de los protocolos ambientales en el marco del funcionalismo del Estado”*. (C.E. Rad 25000232400020120007801, Sentencia de 11 de junio de 2020, C.P: Roberto Serrato Valdez.)

Esta postura del Consejo de Estado, guarda sincronía con las disposiciones de la Corte Constitucional, ya que se contemplan acciones derivadas de la intervención, para asegurar la permanencia en el territorio con calidad de vida, dentro de la protección de derechos e intereses colectivos, mediante un trámite que goza de preferencia, dada su especialísima finalidad, en donde se destaca los efectos objetivos de los derechos colectivos tales como el derecho a un medio

ambiente sano, a la salud y salubridad pública, representada en la protección de los derechos e intereses colectivos.

En conclusión, el Consejo Estado, también ha desarrollado medidas de protección ambiental para garantizar el acceso en condiciones de dignidad a las comunidades étnicas, enfocado en defensa del territorio, pero orientada a la aplicación reivindicación de derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible en el marco de las operaciones administrativas; destacando el criterio preponderante la protección de áreas de especial importancia ecológica del Departamento del Chocó. De igual manera el Consejo de Estado también ha venido aceptando que la responsabilidad por afectaciones ambientales posee connotaciones especiales y fundamentos constitucionales, permitiendo establecer la responsabilidad del Estado, desde el daño como resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública. Esta postura del Consejo de Estado, guarda sincronía con las disposiciones de la Corte Constitucional, ya que se contemplan acciones derivadas de la intervención, para asegurar la permanencia en el territorio con calidad de vida, dentro de la protección de derechos e intereses colectivos, mediante un trámite que goza de preferencia, dada su especialísima finalidad, en donde se destaca los efectos objetivos de los derechos colectivos tales como el derecho a un medio ambiente sano, a la salud y salubridad pública, representada en la protección de los derechos e intereses colectivos.

- Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en relación el derecho al medio ambiente y los derechos de comunidades étnicas a la protección de sus territorios y prácticas ancestrales. El caso del Departamento del Chocó.

La sentencia T-622 de 2016, que reconoce al río Atrato como sujeto de derechos, es de las más significativas en lo que corresponde a la protección de derechos individuales y colectivos al medio ambiente. Para ello, le ordena al Gobierno Nacional elegir un representante legal de los

derechos del río, orden esta que es cumplida mediante el decreto 1148 de 2017 del presidente de la República, por medio del cual designó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como representante legal.

Esta sentencia es relevante para la comunidad académica no solo porque por primera vez en Colombia se le reconoció personalidad jurídica a un río como sujeto autónomo de derechos, esto es, al río Atrato, sino también porque con ella se ampararon los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes. Cuya violación era imputable a las entidades del Estado colombiano accionadas Porque, debido a su conducta omisiva no se previó una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que en los últimos años se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal.

En ese orden, la Corte Constitucional además de declarar efectos *inter comunis* para todas las comunidades étnicas del Chocó, ordenó una serie de medidas restaurativas y conservativas, tales como la realización de un plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región; entre las medidas ordenadas se destacan:

“El restablecimiento del cauce del río Atrato, (ii) la eliminación de los bancos de área formados por las actividades mineras y (iii) la reforestación de zonas afectadas por minería legal e ilegal. un plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó, lo cual incluye la incautación y neutralización de las dragas -y en general de la maquinaria utilizada en estas labores-, la restricción y prohibición del tránsito de insumos como combustible y sustancias

químicas asociadas (mercurio, cianuro) y la judicialización de las personas y organizaciones responsables. Finalmente se ordenó la realización de un plan de acción integral que permita recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación en el marco del concepto de etnodesarrollo que aseguren mínimos de seguridad alimentaria en la zona, que han dejado de realizarse por la contaminación de las aguas del río Atrato y por el desarrollo intensivo de la actividad minera ilegal; todo lo cual, dirigido a *restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato*, especialmente en lo que tiene que ver con la recuperación de su cultura, participación, territorio, identidad, modo de vida y actividades productivas, incluida la pesca, la caza, la agricultura, la recolección de frutos y la minería artesanal. Enfocadas a garantizar: (i) la soberanía alimentaria de las comunidades y (ii) prevenir su desplazamiento involuntario de la zona por actividades mineras ilegales y daños ambientales”

En lo que respecta al control de convencionalidad, la Corte Constitucional, después de analizar diversas sentencias expedidas por la Corte Interamericana de derechos Humanos, tales como el caso de Comunidad Yakye Axa contra Paraguay de 2005, Comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay de 2006, y Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010, indicó que:

“(…)si bien en el sistema interamericano, compuesto normativamente por la Convención Americana -en adelante, CADH- y el Protocolo de “San Salvador”, entre otros instrumentos, no se hace mención expresa al derecho al agua, es posible señalar que haciendo una interpretación sistemática de estos instrumentos, este se encuentra implícito en el artículo 4 de la CADH, por cuanto la falta de acceso al agua impide la consecución de una existencia digna o en condiciones de bienestar y en el artículo 11 del Protocolo de “San Salvador”, se establece que: “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, puesto que la prestación de agua potable es uno de los principales servicios públicos esenciales. En consecuencia, los sistemas regionales de protección de derechos humanos, vía interpretación, han desarrollado en su jurisprudencia un conjunto de estándares relacionados con este derecho.

(...) tanto la jurisprudencia constitucional como la del Sistema Interamericano han establecido que el derecho de las comunidades étnicas sobre sus territorios ancestrales va más allá de la demarcación e incluye el derecho que tienen al uso y respeto de los recursos naturales, como son los bosques, animales, ríos, lagos y lagunas. De esta manera, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.

Es importante destacar que la sentencia T- 622 de 2016, recoge los postulados del Convenio 169 de la OIT, aplicable en Colombia, a través de la Ley 21 de 1993, y se sustenta en los criterios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Los tratados sobre derechos humanos, están consagrados en tratados ratificados por Colombia, los cuales hacen parte del bloque de Constitucionalidad en sentido estricto, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y el Estatuto de Roma, entre otros. El alcance de la protección constitucional por vía del bloque de Constitucionalidad se concreta a través de los Principios Pinheiro y los Principios Dengy que hacen parte del bloque de Constitucionalidad en sentido lato”. (Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, p. 86)

Ahora bien, conforme al mandato imperativo de la sentencia T-622 de 2016, que reconoce el río Atrato y sus afluentes como sujeto de derechos, la Corte Constitucional comisionó a la Corporación Autónoma Regional (CODECHOCÓ), para efectos de que establezca un plan de acción para la protección y conservación de la cuenca, el cual, hasta el momento no se ha configurado, y el accionar de dicha entidad, tan solo se ha limitado a convocar mesas técnicas, que no han impactado positivamente para el cumplimiento de la orden impartida, siendo que el mismo, constituye el insumo base para determina las acciones objetivas en la protección especial que demanda el río Atrato y sus afluentes.

Esta sentencia es histórica, ya que además de declarar al río Atrato como sujeto de derechos tiene un componente de participación, que es de suma importancia, pues ordena la construcción de diferentes planes de acción en conjunto con las comunidades para resolver la crisis humanitaria, social y ambiental que presenta el río Atrato, sus afluentes y sus comunidades, en aras de que mediante las Instituciones Públicas, los Planes de Desarrollo y las Políticas Públicas Nacionales, Departamentales y Regionales, se pudiera mitigar los problemas ambientales y socioeconómicos generados por la omisión del Estado en sus funciones de Control y Vigilancia a través de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), para este caso en concreto CODECHOCÓ; (CORANTIOQUIA Y CORPOURABA) es de anotar que las decisiones de las altas cortes constituyen un obligatorio cumplimiento y sus efectos son Erga Omnes, a partir de la Sentencia T-622 de 2016.

Dentro de la Sentencia T-622 de 2016, se estableció como problema jurídico que la minería ilegal en zonas cercanas al río Atrato y sus afluentes, genera un deterioro al medio ambiente y una afectación a los derechos fundamentales de las comunidades que habitan las inmediaciones del río Atrato, como consecuencia de la omisión de las autoridades estatales determinando los factores objetivos de la contaminación que se ilustra en el presente cuadro, en la cual se establecen los efectos de los mandatos imperativos establecidos en la Sentencia T-622 de 2016, representada en los principales problemas generados por parte de la minería ilegal.

Tabla 5

Mandatos imperativos establecidos en la Sentencia T-622 de 2016

MANDATOS IMPERATIVOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA T-622 DE 2016
DESTRUCCIÓN DE FUENTES HÍDRICAS

La destrucción de fuentes hídricas, a causa de la acción del dragado y debido al aporte aproximado promedio de 3.100 toneladas/año de sedimentos por entable, reduce el cauce navegable de los mismos y se pone en riesgo el abastecimiento de agua y alimentos, así como la comunicación fluvial. Adicionalmente, como lo observó la Defensoría en su recorrido se

MANDATOS IMPERATIVOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA T-622 DE 2016

pueden encontrar montañas de piedra en la mitad de un río, con lo cual se está afectando la velocidad de este y la oxigenación del agua.

CONTAMINACIÓN DE LOS RÍOS EN LOS QUE SE DESARROLLE MINERÍA LO CUAL CONSTITUYEN UN RIESGO PARA LA SALUD HUMANA Y EL AMBIENTE

La corte estableció que los ríos en los que se desarrolle minería constituyen un riesgo para la salud humana y el ambiente: Habían cambiado su coloración, debido a la sedimentación, la presencia de materiales sólidos suspendidos en el agua, de grasas, aceites, residuos de combustible y de mercurio, resultado de los procesos de minería de oro. Cada entable aporta aproximadamente 36 kilos/año de mercurio. Adicionalmente, la explotación minera en los cuerpos de agua genera la formación de cárcavas, en las que se anidan los mosquitos, ocasionando problemas de salubridad pública.

PÉRDIDA DE BIODIVERSIDAD Y EROSIÓN GENÉTICA POR INTERVENCIÓN Y DESTRUCCIÓN DE ECOSISTEMAS FRÁGILES

La pérdida de biodiversidad y erosión genética por intervención y destrucción de ecosistemas frágiles, ya que, esta actividad acompañada de la deforestación y el descapote, provoca la rápida degradación del ecosistema, la disminución de las poblaciones de bosque, la extinción de especies endémicas y el desplazamiento de las poblaciones, incidiendo de forma negativa en la seguridad alimentaria de las comunidades asentadas en las cuencas de los ríos. Migración y destrucción de especies de fauna avifauna y fauna terrestre.

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL AGUA Y FUENTES HÍDRICA

En la Sentencia T-622 de 2016, la corte manifestó que se presenta una Vulneración del derecho al agua y fuentes hídricas, concluyó que la minería ilegal realizada en la cuenca del río Atrato y sus afluentes no van en concordancia al uso racional de los recursos hídricos y forestales. Considerando que se está en presencia de una vulneración del derecho fundamental al agua que amenaza, no solo a comunidades, al Departamento del Chocó, al medio ambiente sino a una de las fuentes hídricas y de biodiversidad más importante del mundo, como lo es el río Atrato, y con ello a las presentes y futuras generaciones.

VERTIMIENTO DE SUSTANCIAS QUÍMICAS

Sustancias químicas, cómo el derrame de sustancias químicas tóxicas como lo son el mercurio, el cianuro, entre otros, genera graves enfermedades a las personas. De la misma forma indicó que, los principales afectados por este tipo de sustancias en un principio, serían los trabajadores de las minas, por inhalar el vapor del mercurio liberado por la quema de amalgamas (Se llama amalgama a una aleación que se crea con mercurio y otros metales) y que en este caso la cual se pone directamente sobre el fuego a cielo abierto produciendo vapores de mercurio que son altamente contaminantes y nocivos para las personas.

La sentencia T 622 de 2016 determinó que este tipo de medidas suponen a su vez, una amenaza para otros derechos tales como el territorio, el agua, la alimentación, el medio ambiente, la cultura. A partir de la representación de valores y su carga dinámica.

Fundamentado en la armonía con los instrumentos internacionales, la Corte Constitucional, sentencia T-622 de 2016, se han decantado en favor de la defensa del medio ambiente y de la biodiversidad, por ello preciso que: *“la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en armonía con los instrumentos internacionales, se han decantado en favor de la defensa del medio ambiente y de la biodiversidad, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando*

una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos”.(Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016, p. 45)

También el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, en reciente Sentencia del (11) de junio de dos mil veinte (2020), siendo el Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00078-01, determino, un problema jurídico, fundamentado en determinar, los efectos de la perturbación de los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico, en razón de las afectaciones generadas a los ecosistemas marinos en el Departamento del Chocó por cuenta de las actividades de pesca industrial de arrastre mediante artes dañinas, las capturas incidentales de especies, la sobreexplotación de los recursos pesqueros y la captura de especies que no alcanzan la talla mínima.

De tal manera que la Federación de Trabajadores de la Pesca Artesanal de la Costa Pacífica Chocoana -Fedepesca y el Consejo Comunitario de Los Delfines, ejerció la acción popular, porque la actividad de pesca industrial que se desarrolla en la costa pacífica Chocoana, ha traído como resultado la alteración de los ecosistemas y de la diversidad biológica por el efecto de la contaminación ambiental producida por los vertimientos de combustible al océano pacífico, que realizan los buques que practican la pesca industrial.

En esta oportunidad quedó probado la afectación de los ecosistemas marinos, por cuanto se encontraron evidencia de que el ejercicio de la pesca altamente industrializada y mecanizada ha afectado significativamente la calidad de vida de los pescadores artesanales de la zona, lo cual ha empeorado por cuenta de la sobreexplotación que del recurso pesquero realizan los barcos industriales.

Esta situación resulta ser desigual y constituye una desventaja en el aprovechamiento del recurso entre los pescadores artesanales que utilizan técnicas sencillas de pesca, y las

embarcaciones industriales que se valen de una tecnología para sus faenas de captura de recursos marinos, por ello el Consejo de Estado, determino:

“En relación con el derecho a la alimentación, las comunidades que se dedican a las economías tradicionales de subsistencia, en su mayoría rurales, se han enfrentado, por un lado, a un gran crecimiento y tecnificación de la industria de producción de alimentos, y por otro, a la exploración y explotación de recursos naturales para la realización de macroproyectos. Las dos situaciones han ocasionado un detrimento en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales”.

Finalmente el Consejo de Estado, estableció, medidas de control proporcionales, para asegurar el aprovechamiento responsable de los recursos pesqueros y estar dirigidas a evitar que impactos ambientales negativos en el ecosistema marino como consecuencia del ejercicio de la pesca industrial, contemplando para ello el tipo de tecnologías que se deben usar en la actividad pesquera con especial protección y estímulo de la pesca artesanal y verificación de la Sentencia por medio de comité que rendirá informe cada 3 meses.

Destaca la Sentencia la importancia del desarrollo del principio de coordinación interinstitucional, al llamar la atención de aquellas entidades del Estado que se relacionan directa o indirectamente con el sector pesquero para que desarrollen sus competencias de manera armónica. La Sentencia procura la armonía entre los actores y sus tesis de conciliación la suporta en el amparo concedido en la Sentencia T-348 de 15 de mayo de 2012, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la cual protegió los derechos fundamentales a la participación, a la alimentación, al trabajo, a la libre escogencia de profesión u oficio y a la dignidad humana de los miembros de la Asociación de Pescadores de Comfenalco -ASOPESCOMFE-, debido a las afectaciones que sufrieron por cuenta de la ejecución del proyecto “Anillo Vial – Malecón del Barrio Crespo” en la ciudad de Cartagena, y por haberse construido este, sin garantizarles previamente un espacio de participación y concertación.

**Capítulo III: Cumplimiento del Control de Convencionalidad en los Casos de
Conocimiento del Contencioso Administrativo del Chocó, por medio del Estudio de Casos,
en Referencia a la Protección de Minería Ancestral y Artesanal**

3.1. Aspectos Preliminares del Capítulo

El presente capítulo desarrolla los aspectos relevantes en torno a la aplicación del instituto del control de convencionalidad a partir de análisis de casos en la judicatura del Departamento de Chocó. Con este objetivo, se partirá por sistematizar los criterios sustanciales determinados a partir de la interpretación de sentencias minero ambientales, relacionadas con el Departamento del Chocó, expedidas por los jueces del Chocó, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. A partir de este estudio de caso se establecerán elementos de juicio para determinar si en dichas providencias los jueces hacen aplicación del instituto del control de convencionalidad, y si las mediadas de reparación concedidas por parte de los operadores judiciales del Departamento de Chocó se acompañan con las ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2. Análisis de Casos, Funcionalismo y Ponderación del Control de Convencionalidad

- El caso de los ríos Andágueda, Capá, Tumutumbudú. Sentencias del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Chocó 2013

En la sentencia de 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, la sección Primera, Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Radicación número: 27001-23-31-00,0-2011-00037-01(AP), Actor: Procurador 9

Judicial II Ambiental y Agrario del Chocó, Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Otros, se decide sobre el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Nacional de Minería contra el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo de 5 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, por el cual se ordenó la realización de visitas conjuntas a los entables mineros con el objeto de legalizar la minería de hecho.

El problema jurídico que remonta los antecedentes se fundamenta en una acción popular contra la Nación interpuesta por medio del procurador 9 judicial 11 ambiental y agrario del Departamento del Chocó, contra el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Nación- Ministerio de Minas y Energía, el Instituto Colombiano de Geología y Minería -INGEOMINAS-, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó -CODECHOCÓ- y el Municipio de Lloró, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al derecho a gozar un ambiente sano de conformidad, por no existir un equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, además de la desprotección de áreas de especial protección ecológica, de los ecosistemas situados en zonas aledañas a dicha actividad minera.

Esto derivada de la actividad extractiva, producto de la actividad minera, ha generado un enorme impacto medioambiental que se concreta en la contaminación de fuentes hídricas, en especial de los Ríos: Andágueda, Capá, Tumutumbudú; siendo estas, arterias fluviales del Chocó biogeográfico, las cuales se encuentra conformada a partir del Río Atrato, como sus principales afluentes. La problemática se determina en la falta de gestión administrativa, ya que las entidades demandadas, no han realizado, las tareas y gestiones necesarias a efectos de garantizar que la desenfrenada actividad minera. Lo que se pretende es que se realice una actividad extractiva controlada, minimizando los efectos sobre el medio ambiente y otros derechos colectivos. Ya que, para la ejecución de dicha actividad extractiva, se requiere de título minero, licencia ambiental y

planes de manejo o plan de cumplimiento ambiental, según sea el caso, lo que garantizaría el cumplimiento del desarrollo de esa explotación, dentro de protocolos de seguridad ambiental.

En el estudio de la acción antes referidas, el Tribunal Administrativo de Chocó ordeno visitas técnicas en aras de verificar que los anexos técnicos presentados correspondieran a los trabajos mineros realizados, para establecer la ubicación y antigüedad de las explotaciones mineras, el estado de avance y el mineral objeto de explotación, en cuanto a los presupuestos y condiciones de seguridad. Además de constatar la no presencia de menores en la explotación y las demás circunstancias que se estimaran pertinentes, a fin de determinar la viabilidad de continuar con el proceso y eventualmente, proceder a rechazar la solicitud o a legalizar la situación minera, como medida especial de protección y de reparación, se estableció orden de cumplimiento: *“al Alcalde del Municipio de Lloró, que debidamente concertado con la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó "CODECHOCÓ, consistente en que Ingeominas, realicen las visitas conjuntas a todos y cada uno de los entables mineros existentes en el Municipio, con el objeto de legalizar la minería”*.

De tal manera que el Consejo de Estado confirmó en su integralidad el numeral cuarto de la sentencia de 5 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Chocó, en el entendido de que tales visitas deben realizarse de oficio y con el objeto de tomar medidas urgentes y concretas para legalizar la minería que se practica en la zona afectada, de conformidad con la normativa vigente en la materia (minera, ambiental y constitucional).

Dentro de las medidas se estableció, la realización de acciones de control y vigilancia sobre la actividad minera en sus respectivos territorios, con el objeto de impedir que dicha actividad se realice sin el cumplimiento de los requisitos de Ley (título minero y licencia ambiental), siguiendo los lineamientos normativos del artículo 306 del Código de Minas.

Además, se ordenó que se adopten las medidas necesarias para que no se vuelvan a presentar las acciones y omisiones que dieron lugar a la presente acción, al igual que definir las estrategias necesarias que permitan que la actividad minera se realice cumpliendo los requisitos de Ley.

Entendido que tales visitas se deben realizar de oficio y con el objeto de tomar medidas urgentes y concretas para legalizar la minería que se practica en la zona afectada, además resulta inaudito negar las visitas, de control y verificación, la decisión del Tribunal Administrativo del Chocó, establece por medio de estas visitas, medios de control y seguimiento, porque resulta evidente que en la actividad minera practicada en el Municipio de Lloró, no se está cumpliendo en lo absoluto con las normas mineras ni ambientales mínimas exigidas para la realización de tal actividad, lo cual ha atentado contra la diversidad e integridad del medio ambiente, en especial del Río Andágueda.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia en comento además de retomar la postura del Tribunal interpreta los efectos de la acción popular que fue sometida a un estudio de pertinencia y conducencia de estricta legalidad, con el propósito de establecer los efectos de protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas. De esta manera el Consejo de Estado reivindicó la acción popular como el mecanismo jurídico que tiene la comunidad afectada, para que de forma rápida y sencilla se proceda a ordenar la protección de sus derechos colectivos.

Puntualmente el Consejo de Estado realizó un análisis a profundidad de los criterios normativos y de manera específica los aspectos sustanciales relevantes del Decreto 4134 de 2011,

el cual tiene como finalidad administrar los recursos minerales propiedades del Estado, también determina el marco para la legalización de la minería tradicional y los criterios expuestos en el código de minería. Además del presupuesto de la Ley 1333 de 2009, la cual enmarca el régimen sancionatorio en materia ambiental y el efecto de la interpretación de la Ley 1382 de 2010 y su Decreto y reglamentario 2715 de 2010, hace un minucioso estudio de la Ley 99 de 1993 en torno a la responsabilidad de la autoridad ambiental y del efecto de competencia y su jurisdicción. Finalmente estudia de manera general todas las cartas directivas emitidas por la Corporación Autónoma Regional, es decir el Consejo de Estado, realizó un control de legalidad fundamentado en la rigurosidad del análisis, la conducencia y la pertinencia de la estructura normativa, convalidando de esta manera un control constitucional de legalidad en torno a las actitudes y medidas decretadas por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Chocó. Es importante precisar que no se desarrolla control de convencionalidad a lo largo de la estructura de la sentencia, ni siquiera se menciona de carácter situacional del instituto, de hecho, como tampoco se expresan sentencias del sistema interamericano, que estandaricen criterios desde el punto de vista de la responsabilidad tácita o directa o indirecta por parte del Estado.

- El caso del río Cantón de San Pablo. Sentencia del Tribunal Administrativo del Chocó. 2015.

Otra sentencia que resultó ser fundamental en la protección de los derechos colectivos del medio ambiente, en el departamento del Chocó, es la sentencia de 25 de febrero de 2015 expedida por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro del expediente de acción popular, bajo el Rad 27001-33-31-001-2009-00211-01, accionante: José Darío Córdoba Tello. Accionadas: Municipio de Cantón de San Pablo Y Otros. Siendo Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa. Se trató de una demanda contra diversas entidades del nivel Municipal, Departamental y Nacional,

por la omisión en la protección, vigilancia y control en el desarrollo indiscriminado de actividades mineras, legales e ilegales en la rivera del río Cantón de San Pablo Departamento del Chocó. Puntualmente por el efecto de la utilización de sustancias químicas altamente contaminantes como el cianuro y el mercurio, así como la utilización de maquinaria pesada, tales como dragas, dragones y retroexcavadora, con lo cual se causan afectaciones graves al medio ambiente y específicamente a la fauna, flora y fuentes hídricas.

En la sentencia de primera instancia No. 295 del 29 de octubre de 2013, el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, ordenó a las entidades condenadas, a establecer un manual, guía, protocolo o circular, que compile las disposiciones trascendentales que permitan controlar e identificar acciones en contra de la minería ilegal.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo del Chocó, amplió el espectro de protección al río y amparó los derechos colectivos de los habitantes del Municipio de Cantón de San Pablo, por la vulneración de los derechos colectivos al espacio público, al goce a un medio ambiente sano, a la prevención de desastres técnicamente previsibles, a la seguridad y salubridad públicas, a la moralidad administrativa, a los bienes de uso público y a la defensa del patrimonio público.

En la referida sentencia, no se recurrió al instituto del control de convencionalidad, ni siquiera se citan los efectos vinculantes de instrumentos internacionales de sujeción del Estado colombiano al cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El estudio del caso se realizó en sentido estricto a partir de la aplicación de la Ley 472 de 1998, en donde se enmarcan las acciones populares de procedencia contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

La sentencia profundiza y destaca la función de las acciones populares, a partir de las disposiciones expuesta en la Constitución Nacional de 1991, el decreto Ley 2.811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente) y la Ley 09 de 1973 (Código Sanitario Nacional), la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y varias Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), el Decreto reglamentario 1753 de 1994, “Por el cual se reglamentan parcialmente los títulos octavo y doce de la Ley 99 de 1993, sobre licencias ambientales” y las sentencias SU-067 de 1993, SU-360 de 1999, 671 de 2001, C-293 de 2002 y la sentencia T-574 de 1996, que establece el principio de precaución. Tomando en cuenta lo anterior, el Tribunal adopta una serie de medidas conservativas, recuperativas, preventivas y preservativas, en aras de proteger el medio ambiente afectado por la minería, legal e ilegal.

Ante las consideraciones expuestas, se ordenó como medida conservativa directa el cese inmediato y definitivo de toda la explotación minera mecanizada del recurso aurífero en el Municipio del Cantón de San Pablo. Adicionalmente se ordenó la planificación y ejecución de operativos de interdicción militar y policivos para evitar la continuación del deterioro ambiental producto de la minería que se desarrolla en la zona. Asimismo, se ordenó la realización de un estudio de impacto ambiental, minero y socioeconómico para determinar los daños en la región. También se autorizó la continuidad de la explotación minera vía barequeo, se ordenó a las entidades condenadas adelantar las actividades necesarias para restablecer la vida, el paisaje y el cauce natural del río Cantón de San Pablo, de tal suerte que las autoridades mineras solo podrán tramitar concesiones para la explotación minera de oro aluvial, una vez se dé cumplimiento al estudio ambiental ordenado.

- El caso del Rio Quito. Sentencias del juez administrativo y del Tribunal Administrativo del Chocó 2016.

Otra sentencia a destacar es la sentencia de primera instancia No. 024 del 3 de marzo de 2016, emanada del El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito De Quibdó, dentro del expediente de acción de grupo, bajo el radicado No. 27001-33-31-001-2009-00224-00; accionante: Cristóbal Mena Córdoba Y Otros Accionado: Municipio de Rio Quito Y Otros. En esta ocasión se reclamaba el amparo de los derechos colectivos de los miembros de la comunidad del Municipio de Rio Quito a gozar de un medio ambiente sano, al uso y disfrute de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, el derecho a la salud de cada uno de sus miembros y el respeto a su cultura. Y por supuesto, el reconocimiento a una indemnización colectiva.

El Juzgado ordenó, como medidas preservativas cesar las actividades de minera realizada en la cuenca del Rio Quito, para lo cual se instó el acompañamiento de las fuerzas militares y de la policía, y ordenó la realización de un estudio ambiental, para determinar la magnitud de los daños causados y la determinación de las acciones necesaria para volver, en lo posibles, las cosas a su estado natural. Consecuencialmente concedió una indemnización pecuniaria y no pecuniaria, con medidas de satisfacción en favor del grupo demandante por los daños ocasionados por el desbordamiento y sedimentación en los corregimientos ubicados sobre las riveras del mismo, atendiendo que la actividad minera ilegal privó a sus residentes del consumo diario y comercial de la pesca y generó daños y perjuicios irreparables en cultivos de la región,

Es importante destacar que la sentencia profundiza, de manera especial, en los criterios y efectos de la Ley 1333 de 2009 en la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental. Además la sentencia describe la cobertura de los efectos del Decreto 252 del 2004, la Ley 685 de 2.001 Código de Minas, y el Decreto 070 del 17 de enero de 2001, a partir de las consideraciones

expuestas en la sentencia *C-569 de 2004* (p. 57). Con base en lo anterior se puede sostener que la interpretación se sujeta a un control de legalidad teniendo como fundamento un completo análisis de sentencias, entre ellas, la del 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01. (p. 64) y múltiples sentencias del Consejo de Estado, desde categorizar si se convalida o no la responsabilidad del Estado.

La evaluación realizada permitió al despacho concluir que la explotación minera en el Rio Quito, se realizó sin la implementación de las más mínimas medidas de prevención mitigación y corrección, para evitar que se produjeran los daños ambientales reclamados por los accionantes, además destacó que *“las autoridades municipales y departamentales no solo han sido laxas al momento de ejercer control sobre la minería ilegal. También han sido aquiescentes con los mineros cuando de reparar los daños se trata”*. (p. 90)

No obstante, en la sentencia desde la página 112 hasta la 122, se destaca la importancia del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tomando en cuenta que la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Pero es importante precisar que este planteamiento se orienta en establecer una relación no argumental, sino situacional de las sentencias que cito a continuación y que fueron enunciadas como forma de ponderación de responsabilidad del Estado.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia De 27 de Junio De 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 145.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 73.61

Es importante precisar que la contextualización de estas sentencias de la Corte IDH, son meramente situacionales, no desarrolla elementos relevantes de la jurisprudencia, por ejemplo, las reparaciones, y en esa medida no adelantan un adecuado control de convencionalidad pues se limita a factor de atribución de responsabilidad del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Por su parte el Tribunal Administrativo del Chocó, en sentencia de segunda Instancia del 27 de enero de 2017 dentro de la acción de grupo bajo el Rad 27001 33 31 001 2009 00224 00, siendo ponente la Magistrada Ponente: Mirtha Abadía Serna, confirmo en todas sus partes la Sentencia No. 024 del 3 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, para lo cual, realiza un cuidadoso control de legalidad iniciando con conceptualizar los elementos esenciales y fundamentales que motivaron la acción del grupo, indicando que:

“La omisión, desidia y sordidez de las entidades encargadas de controlar la irracional practica minera en la cuenca del Rio Quito, es de tal magnitud, que por ejemplo, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, que tiene ubicada su sede o domicilio principal en la Cra. Ira. N° 22 - 96 en la ciudad de Quibdó – Chocó, para constatar el daño ambiental que se causa en el rio Quito, sus funcionarios, ni siquiera tiene que desplazarse de sus aposentos, pues para ello, basta con levantar un poco la mirada, solo un poco, para día tras día, contemplar tan nefasta realidad, sencillamente, porque el Rio Quito desemboca exactamente al frente de la Corporación Autónoma Regional Para el Desarrollo Sostenible del Chocó”. (p. 29)

La Sentencia, emanada del Tribunal Administrativo del Chocó, hace una revisión de legalidad de la actuación realizada en primera instancia profundizando sobre los efectos probatorios que permitieron establecer la certeza y verificación del daño a consecuencia de la contaminación ambiental derivada por la minería ilegal. Profundiza en cuanto a los elementos normativos y jurisprudencia que establecen el funcionalismo del Estado de materia de protección ambiental y los criterios objetivos de la función de inspección y vigilancia, desde el enfoque del principio de desarrollo sostenible. Finalmente establece el criterio de la responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen jurídico aplicable.

A pesar de lo anterior, no desarrolla la aplicación del instituto del control de convencionalidad; por cuanto en la sentencia de segunda instancia el Tribunal Administrativo del Chocó, no hace mención alguna, al sistema interamericano de derechos humanos y tampoco se desarrollan sentencias objetivas, por el contrario, se hace un análisis de legalidad complejo y a profundidad en respuesta a la impugnación planteada.

En estos términos, para mayor ilustración del estudio de casos de protección de derechos al medio ambiente asociados con la minería ancestral y artesanal, a continuación, se presenta un análisis crítico de las sentencias de los jueces de la Jurisdicción contenciosa administrativa y en el chocó, frente a la jurisprudencia de la CIDH, en el cual se ponen de presente los elementos fundamentales de las distintas decisiones judiciales dentro del sistema interamericano de Derechos humanos.

INTERPRETACIÓN Y MEDIDAS DE REPARACIÓN	INTERPRETACIÓN OBJETIVA DEL INSTITUTO DE CONVENCIONALIDAD
<p>Sentencia, emanada del Tribunal Administrativo del Choco Rad 27001-33-31-001-2009-00211-01. Esta sentencia, tiene como antecedente, la sentencia No. 295 del veintinueve (29) de noviembre del 2013, expedida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Quibdó, con la cual, se concedieron las pretensiones del accionante, tras considerar que las entidades accionadas no determinaron procedimientos, competencias, reglas claras y acciones para atender la grave</p>	<p>La Sentencia, expedida por el Tribunal Administrativo del Choco, a cargo del magistrado José Andrés Rojas Villa, no cita en ninguna parte el efecto de aplicación de la Convencionalidad, no está desarrollada en ninguna parte de la estructura de la sentencia.</p> <p>Tampoco desarrolla, la vinculación de la responsabilidad del estado colombiano a la sujeción del cumplimiento de la</p>

problemática de la extracción irracional e ilegal de los recursos mineros en la región.

Ante lo cual, el Tribunal en sede de segunda instancia advirtió *“La Sala no puede aceptar simplemente que son los Alcaldes municipales los encargados de ordenar y efectuar el cierre de las actividades mineras ilegales en su jurisdicción que, siendo un asunto esclarecido, ello no limita, por los principios de subsidiaridad, complementariedad y concurrencia, la intervención de otras autoridades pues el daño es evidente y amerita una salida interinstitucional. Descargar la responsabilidad de la suspensión de la actividad minera en las autoridades ambientales y de policía municipal implica que las Autoridades accionadas pretenden desconocer que la República de Colombia es un Estado Unitario con funcionamiento descentralizado, desconcentrado pero articulado institucionalmente como para adoptar un plan conjunto de acción puesto que según el Artículo 8 de la Constitución Política, es deber de todas las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación”*.

El factor objetivo de la problemática, radica en que el municipio de Cantón de San Pablo, sus principales ríos, y en sus quebradas al igual que otras riquezas ambientales, se viene ejerciendo la minería ilegal, además las explotaciones mineras son llevadas a cabo sobre los ríos y quebradas con la utilización del mercurio, y maquinaria pesada, dragas, dragones y retroexcavadora, que causan afectaciones graves al medio ambiente y específicamente a la fauna, flora y fuentes hídricas.

“El grado de abandono de las obligaciones de las autoridades ambientales y mineras y de sus órganos de control sumado a los impactos negativos en el recurso hídrico”. (Tribunal Administrativo del Chocó Rad: 27001-33-31-001-2009-00211-01, p. 29)

Destacó la Sentencia del Tribunal en la (p. 24) que los efectos de la pérdida económica: *“se refleja en la dificultad que traduce en la solución de muchos problemas nacionales que se podrían paliar con la incorporación al erario de dichos dineros, al tanto que el daño al medio ambiente es una herida que afecta a la especie humana en el contexto internacional porque una degradación como la encontrada por el Magistrado Ponente y descrita por los diferentes intervinientes, lleva la impronta de la vergüenza internacional ante la connivencia de nuestros funcionarios”*.

MEDIDAS DE CONTROL DE APLICACIÓN INMEDIATAS

La sentencia modificó la Sentencia No. 295 del 29 de octubre de 2013, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Quibdó, además declarase destinados las posturas del Ministerio de Minas y Energía, Ingeominas, Servicio Nacional de Geología, Corporación Autónoma Regional CODECHOCO, Alcaldía del Cantón de San Pablo administrativa y extracontractualmente responsable en la comisión por omisión de la vulneración de los derechos colectivos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque se trata de resolver una acción popular.

La interpretación que realiza el operador jurídico se orienta en interpretar el efecto de pertinencia y conducencia de la Ley 472 en donde se enmarca el funcionalismo que tiene las acciones populares, en tanto, proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, que cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración.

No obstante, es sabido que, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular, que podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.

En la referida sentencia se destacó:

“la inacción de éstos servidores públicos abrieron el abanico para que los mineros ilegales no solo depredaran el medio ambiente sino que se apropiaron indebidamente del erario público correspondiente a las regalías y a la participación estatal en los contratos de concesión, por ello, es criterio de la Sala que tal conducta colectiva aparece nítida como dolosa y permisiva, sin fundamente alguno y pueden por ello responder en repetición por los costos que sus entidades deben sufragar para restituir las cosas a su estado anterior”. p. 43).

Es importante precisar que a lo (largo de toda la estructura de la sentencia no se mencionaron, sentencias análogas del sistema interamericano de Derechos Humanos, ni tampoco a nivel de referencia o en efecto de casos de conocimiento, tampoco se cita, el instituto de la Convencionalidad como principio, no obstante la sentencia denunció la inoperancia y complicidad de las entidades estatales, en la producción del daño, en los siguientes criterios:

“El daño ambiental a los ríos del Municipio del Cantón de San Pablo, no ocurrió a espaldas de las Autoridades ambientales, sino con su presencia inane y burocratizada que tan solo se enderezó a formular conversatorios estériles que los mineros mecanizados prodigaron en rituales repetitivos para enmascarar su acción libidinosa por la destrucción del hábitat, el Ministerio, Ingeominas, y CODECHOCO en concreto no se responsabilizaron de sus funciones para impedir la depredación y la agresión; en cada conversatorio se proponían fórmulas dilatorias para esconder el daño que entre tanto se acusaba al recurso hídrico y su bosque, la contaminación que hoy dolorosamente se otea en el sector, hacer ver que la carga de responsabilidad esté difusa en los demandados y vinculados, no solo en el ente Municipal. (p. 34)

La sentencia del Tribunal, profundiza y destaca el funcionalismo de la Constitución Nacional de 1991, el decreto ley 2.811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente) y la ley 09 de 1973 (Código Sanitario Nacional), la ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el

FACTORES DE INTERVENCIÓN PREVENCIÓN, Y PRECAUCIÓN

La sentencia del Tribunal ordenó noticiar de la decisión al Señor Ministro de la Defensa Nacional, el Señor Comandante de las Fuerzas Militares, Ministerio del Interior, Comandante del Batallón de Infantería No. 12 BG. Alfonso Manosalva Flórez, ordenar a Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba Pino”, realizará el estudio de impacto ambiental, minero y socioeconómico pasa a cargo de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba Pino”, ordeno a la autoridad minera y ambiental iniciara las gestiones administrativas tendientes a efectuar la contratación y legalización de la explotación minera.

INTERVENCIÓN EN TORNO A LAS COMUNIDADES

La sentencia ordeno a la Autoridad minera (Ministerio de Minas y Energía e Ingeominas) y la Autoridad ambiental (CODECHOCO) que para efecto de garantía se abstendrán de formular estudio de impacto ambiental y socio económico hasta que la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba Pino” determine los daños pasados, presentes y futuros causados al área de explotación minera en el Municipio del Cantón de San Pablo (Chocó) y que, además, como insumo básico de los proyectos mineros, arroje los parámetros para el inicio del eventual procedimiento de expedición de título mineros y de suscripción de eventuales contratos de concesión minera.

LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

La Sentencia, emanada por el Tribunal Administrativo del Choco Rad 27001–33–31–001–2009–00211-01, ordeno, el cese inmediato y definitivo de la explotación minera mecanizada del recurso aurífero en el Municipio del Cantón de San Pablo - Chocó.

MEDIDAS TÉCNICAS OBJETIVAS

También además se ordenó, desarrollar actividades necesarias para restablecer la vida, el paisaje y el cauce natural de los ríos previo al estudio ambiental, minero y socioeconómico de la Universidad Tecnológica del Chocó, comunicar y establecer como garante al ministerio público

INTERPRETACIÓN Y MEDIDAS DE REPARACIÓN

Sentencia, No. 024 emanada del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó

En esa sentencia se establecieron, los efectos de prohibición de la actividad minera ilegal mecanizada en la cuenca del Rio Quito y se ordenó a las entidades accionadas a tomar todas las medidas necesarias a fin de devolver a su estado anterior, constituyéndose en un sentencia trascendente y vinculante, al reconocer que la actividad minera ilegal privó a sus residentes del consumo diario y comercial de la pesca, así como generó daños y perjuicios irreparables en cultivos de la región.

Ministerio del Medio Ambiente y varias Corporaciones Autónomas Regionales (CAR), el decreto reglamentario 1.753 de 1994, “Por el cual se reglamentan parcialmente los títulos octavo y doce de la ley 99 de 1993, sobre licencias ambientales y las Sentencias, Sentencia SU-067 de 1.993 y SU-360 de 1.999, sentencia 671 de 2001, C-293 de 2002 y la que establece el Principio de precaución en el ámbito internacional.

En la referida sentencia, el Tribunal ordenó a la Nación – Ministerio de Minas y Energía, Servicio Geológico Colombiano, Agencia Nacional Minera, CODECHOCO, Municipio de Cantón de San Pablo, liderados por el Ministerio de Minas y Energía, procedan a establecer un manual, guía, protocolo o circular, que compile las disposiciones trascendentales que permitan controlar e identificar acciones en contra de la minería ilegal

“No queda duda que los ríos, en el sector impactado es en sí mismo un elemento del espacio público y un bien de uso público; su destrucción por contera, implica la vulneración de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.(Tribunal Administrativo del Chocó Rad: 27001–33–31–001–2009–00211-01, p. 36)

Para el Tribunal del Choco la actividad por omisión de CODECHOCO y demás entidades condenadas, atenta contra los derechos colectivos de gozar del medio ambiente y del espacio público sin turbaciones y por supuesto:

INTERPRETACIÓN OBJETIVA DEL INSTITUTO DE CONVENCIONALIDAD

Sentencia, No. 024 expedida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó

La sentencia desde la página 112, hasta la 122, se destaca la importancia del artículo 63.1 de la Convención, advirtiendo que la Corte interamericana ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente. La sentencia se orienta en establecer una relación no argumental sino situacional de las sentencias enunciadas como forma de ponderación de responsabilidad del Estado, esto es.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, mediante Sentencia No. 024 del 03 de marzo de 2016, interpreto fehacientemente el daño antijurídico causado a los habitantes de la cuenca del río Quito, con ocasión de la explotación minera ilegal e irracional, por lo que se advirtió:

“La combinación de los múltiples efectos de las acciones derivadas de la intervención minera ha creado, con el tiempo, un entorno degradado para asegurar la permanencia en el territorio con calidad de vida y unas relaciones sociales signadas por la coacción y la sujeción al orden minero. El análisis de impactos sociales es posible a partir de la evidencia de señales de cambio con una intensidad y persistencia capaces de producir transformaciones radicales en la vida local a corto, mediano y largo plazo”.

Es importante destacar que la sentencia profundiza los criterios de la ley 1333 DE 2009, que, establece el procedimiento sancionatorio ambiental, además, la sentencia describe la cobertura de los efectos del Decreto 252 del 2004, la Ley 685 de 2.001 Código de Minas, y del Decreto 070 del 17 de enero de 2.001, *C-569 de 2004, consideraciones expuestas en la página (p. 57)*, realiza un control de legalidad teniendo como fundamento un completo análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia ambiental, entre ellas, la Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01, (p. 64).

En la referida sentencia se, *“constató, los efectos irrefutables de la explotación minera de extracción de minerales de oro y platino con dragas de succión con tubería de gran diámetro en el río Quito; se observó un total de ocho (8) máquinas en el trayecto visitado entre las localidades de Quibdó y Paimadó, esta última cabecera municipal de Río Quito”.* lo mismo ocurrió, con el informe de impactos de actividad minera en la cuenca del río quito, departamento del Choco, realizado por el instituto colombiano de antropología e historia”

La evaluación realizada permitió al despacho concluir que la explotación minera se realizó sin la implementación de las más mínimas mediada de prevención mitigación y corrección, para evitar que se produjeran de daños ambientales además destaco: “las autoridades municipales y departamentales no solo han sido laxas al momento de ejercer control sobre la minería ilegal. También han sido aquiescentes con los mineros cuando de reparar los daños se trata”. pp. 68, 85 y 90.

MEDIDAS DE CONTROL DE APLICACIÓN INMEDIATAS

Como medida inmediata se ordenó el cese inmediato y definitivo de la explotación minera mecanizada del recurso aurífero en la cuenca del Río Quito.

Para el cumplimiento de las órdenes se vinculó al Ministro de la Defensa Nacional, el Señor Comandante de las Fuerzas Militares, el Señor Ministerio del Interior, el Señor Comandante del Ejército Nacional, el señor Director de la Policía Nacional, el

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia De 27 de Junio De 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río cacarica (operación génesis) vs. Colombia, sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 145.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 73.61

Es importante precisar que la contextualización de estas sentencias de la corte IDH, son meramente situacionales, porque la referida sentencia no desarrolla el instituto de la Convencionalidad, se limita a factor de atribución de responsabilidad del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Además a lo largo de toda la estructura de la sentencia no se mencionará ni siquiera en un solo acápite, relación de sentencias análogas del sistema interamericano de Derechos Humanos, ni tampoco a nivel de referencia o en efecto de casos de conocimiento, tampoco se cita, el instituto de la Convencionalidad como principio en toda la estructura del cuerpo del trabajo.

Señor Comandante del Batallón de Infantería No. 12 BG. Alfonso Manosalva Flórez, El Señor Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 94 y el Señor Comandante del Departamento de Policía Chocó, tracen, planeen y ejecuten los operativos de interdicción permanentes y necesarios para hacer efectivas las medidas aquí adoptadas.

INTERVENCIÓN EN TORNO A LAS COMUNIDADES

La sentencia condenó al Municipio de Rio Quito, la Corporación Autónoma Regional (Codechocó) el Instituto Colombiano de Geología Y Minería (Ingeominas) y el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial a pagar a título de daños materiales por razón de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los concurrentes, rubros que se deberá de pagar al Fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos, administrado por el Defensor del Pueblo.

Permitir la adhesión de otras personas afectada en la acción del grupo que no hayan concurrido al proceso y que dentro de los veinte (20) días siguientes, conforme al artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

El despacho ordenó la publicación de la parte resolutive de la sentencia en dos diario de amplia circulación nacional (Tiempo y el Espectador) y regional.

La sentencia declaró administrativa, patrimonial y extrapatrimonialmente responsable a la Nación , Municipio de Rio Quito, la Corporación Autónoma Regional Para el Desarrollo Sostenible del Chocó (Codechocó) el Instituto Colombiano de Geología Y Minería (Ingeominas) y el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial, por los daños ambientales y ecológicos en la cuenca del rio Quito, producto de la minería.

A título de daños inmateriales se concedió treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una de las siete mil cinco (7005) personas integrantes del grupo que se deberá pagar al Fondo para la protección de los derechos e intereses colectivos, administrado por el Defensor del Pueblo.

LAS MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO

La sentencia determino medidas de justicia restaurativas y garantías de no repetición:

Se ordena a la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”, la realización de un estudio de impacto ambiental, minero, como consecuencia del ejercicio de la minería ilegal.

Además la sentencia ordena (Codechocó) y al Instituto Colombiano de Geología Y Minería (Ingeominas) y el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial, en un término de (18) meses, restablecer en lo posible la vida, el paisaje y el ecosistema afectado de los factores contaminantes de la cuenca del rio Quito.

INTERPRETACIÓN Y MEDIDAS DE REPARACIÓN

La Sentencia, emanada del Tribunal Administrativo del Choco, Magistrada Ponente: Dra. Mirtha Abadía Serna, Rad 27001 33 31 001 2009 0022401, confirmó en todas sus partes la Sentencia

INTERPRETACIÓN OBJETIVA DEL INSTITUTO DE CONVENCIONALIDAD

La Sentencia, expedida por Tribunal Administrativo del Choco, en 2ª. Instancia, hace un análisis crítico de una revisión de legalidad a la actuación realizada en primera instancia,

No. 024 del 3 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, en cabeza del operador jurídico, Yeferson Romaña Tello. En la apelación se solicitó revocar, la sentencia de primera instancia.

La sentencia reconoce que se presenta un problema social en la salud pública del Municipio del río Quito, producto de la contaminación ambiental asociadas a los impactos de minería, al punto que se advirtió:

“El problema no reversado de la minería no mecanizada en el Chocó, los efectos en el ambiente, en los cuerpos y en la redes familiares y comunales, alerta sobre la reconversiones del paisaje habitado por poblaciones afro descendientes que en tiempos pasados se concentraron como libres en un acto de resistencia a la marginalización estructura”. (p. 78)

Para la protección de la minería ancestral y artesanal en sus dimensiones individuales, sociales y colectivas, destacando la judicatura:

“La protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.

MEDIDAS DE CONTROL DE APLICACIÓN INMEDIATAS

Las medias de reparación se establecieron como inamovibles y con efectos de cosa juzgada conforme a las ya determinadas las sentencias, del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, en cabeza del operado jurídico, Yeferson Romaña Tello, ya que fueron ratificadas en su integralidad.

profundizando sobre los efectos probatorios que permitieron establecer la certeza y verificación del daño, a consecuencia de la contaminación ambiental derivada por la minería ilegal, se realiza un estudio de jurisprudenciales de las altas cortes (Consejo de Estado y Corte Constitucional) que establece el funcionalismo del estado en materia de protección ambiental y los criterios objetivos de la función de inspección y vigilancia y el enfoque que se debe de plantear desde el desarrollo sostenible, también se estudiaron los elementos objetivos, el propósito y alcance de la acción de grupo, como mecanismo de acceso a la administración de Justicia, convalidando su estructura normativa y el efecto de convalidación desde el punto de vista de protección ambiental.

Finalmente establece la sentencia el criterio de la responsabilidad patrimonial del estado y el régimen jurídico aplicable, Es importante destacar que la interpretación de la sentencia no se hace mención alguna, al sistema interamericano de derechos humanos y tampoco se desarrollan sentencias objetivas, no se menciona tampoco el principio de la Convencionalidad, en ningún acápite de la estructura.

En la sentencia se hace un recuento normativo, se hace un análisis de legalidad complejo y a profundidad, se escucha el argumento sensor y se desglosa el presupuesto del control de constitucionalidad inherente al proceso administrativo que le corresponde en este caso a la magistratura pero no se desarrolla el principio de Convencionalidad ni se fijan criterios para su aplicación.

3.3. Análisis de Resultados

En primer lugar, vale la pena destacar que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se establece *“la obligación de armonizar el derecho interno e internacional”*, lo cual significa que el Estado debe adoptar medidas en la legislación interna para adecuar el derecho nacional con

el supranacional, partiendo de las obligaciones previstas en el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el cual prescribe que *“los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*.

Ahora bien, en el análisis de la profundización de las fichas de tabulación de los casos judiciales, revisados en las diversas sentencias que fueron objeto de estudio en desarrollo de este trabajo, establecen que en relación a la protección del medio ambiente y de la minería ancestral y artesanal los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo del Chocó, no han desarrollado el Instituto de Convencionalidad, sino que se limitan a hacer juicios de legalidad o de constitucionalidad, sin hacer mención a los efectos inter comunis del SIDH. A lo sumo, de manera aleatoria e insular se hace referencia a algunos criterios de interpretación de casos específicos inherentes el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin profundización alguna.

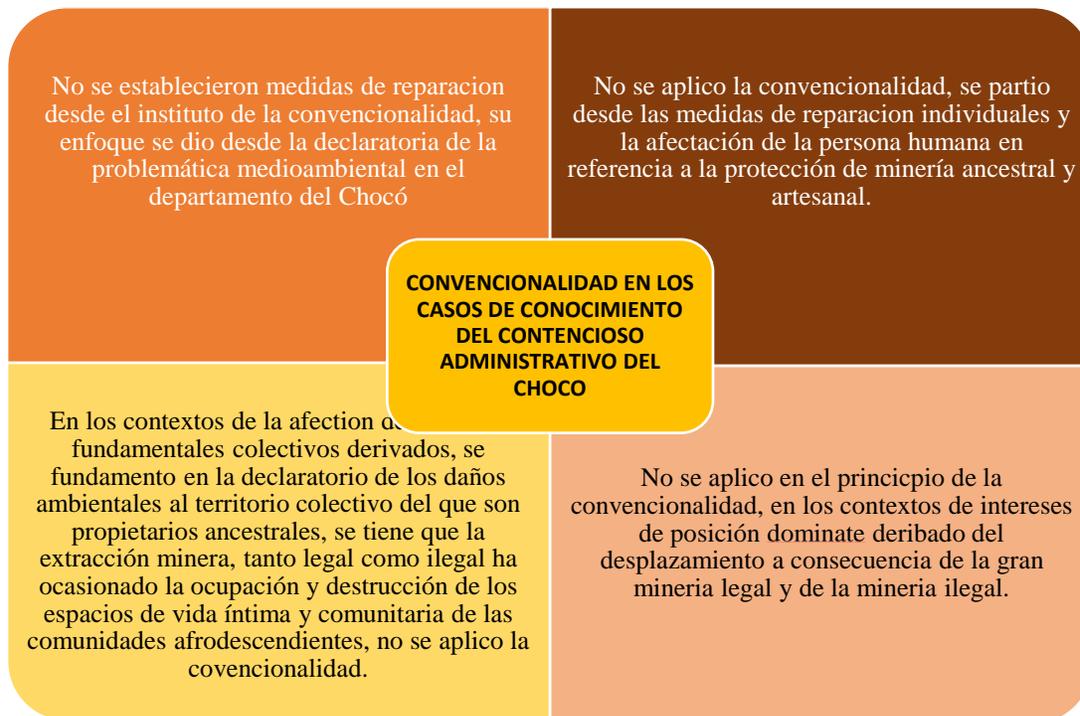
Bajo ese contexto, vale la pena precisar que los fallos emitidos por los jueces de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el Departamento del Chocó, tienen como común denominador el juicio de ponderación desde la representación del funcionalismo del Estado, y los efectos de la interpretación de responsabilidad del Estado a partir del artículo 90 constitucional. De tal manera que, a nivel de resultados, es importante destacar que los jueces del Departamento del Chocó, hacen una correcta interpretación y aplicación del control de constitucionalidad. No obstante, no se predica lo mismo respecto de las normas convencionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es decir, los mismos al expedir sus fallos, no se establecen el carácter extensivo de la Convencionalidad, y en consecuencia, tampoco se plantean o materializan medidas de reparación, desde el enfoque de la Convencionalidad, sino que lo hacen bajo los siguientes criterios:

(1) Las medidas de reparación, se desarrollan a partir del reconocimiento de la problemática medioambiental que se presenta en todo el Departamento del Chocó, generada por la práctica minera que se desarrolla a gran escala y que acaba, incluso, con la minería amigable y con el medio ambiente; esto es, la minería ancestral y artesanal, con lo cual, entre otras cosas, se ha ido

desplazando de manera gradual, a las comunidades indígenas, afrodescendientes, mestizas afrochocoanas, y concomitantemente a ello, se generan notables afectaciones, a las condición de vida, sobre todo, al agua, al ambiente, a la seguridad alimentaria y a la consulta previa,.

(2) La segunda tesis parte por reconocer que las comunidades indígenas, afrodescendientes, mestizas afrochocoanas, son propietarias ancestrales de los territorios, sin embargo, los graves daños ambientales al territorio colectivo producto de la extracción minera, tanto legal como ilegal, ha ocasionado la ocupación y destrucción de los espacios sagrados de vida íntima y comunitaria.

(3) La tercera tesis tiene que, con el reconocimiento de las obligaciones del Estado, en el marco del funcionalismo de prever la implementación de medidas de reparación integral, así como las garantías de no repetición para restablecer a las víctimas, entendidas estas, como las comunidades indígenas, afrodescendientes y mestizas afrochocoanas que habitan en gran parte del Departamento del Chocó.



Gráfica 5. *Efectos de la Convencionalidad desde la persona humana en referencia a la protección de minería ancestral y artesanal*

Fuente: La presente investigación.

En el contexto objetivo, desde la profundización de la sistematización de las diversas sentencias que fueron objeto de estudio, se pudo establecer que en los casos de conocimiento de la judicatura del Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó, se determinan los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero no desde el principio de la Convencionalidad, sino desde la atribución de la responsabilidad Estatal, tanto por los daños ambientales, como por los daños ecológicos, generados a partir de la acción u omisión de las entidades con competencia medio ambiental, tales como los Municipios, la Gobernación, las Corporaciones Autónomas Regionales y el Ministerio de Ambiente, entre otras. Lo anterior, bajo el entendido que la afectación ambiental y ecológica, y particularmente esta última, puede generar daños al interés colectivo, a gozar de un ambiente sano, así como también, puede generar daños individuales a las personas, en su concepción integral, esto es, a la vida en condiciones de dignidad, a la salud y a la integridad psicofísica del ser humano. De tal manera que, el efecto de la imputación del daño, implica responsabilidad del Estado, ello, consolidado no solo a partir de la actividad ilícita o irregular, sino también desde la lícita, como por ejemplo, cuando en el ejercicio normal o misional de la función pública, se causa lesión a un bien o derecho legal o constitucional, pero su presupuesto de declaratoria de responsabilidad no tiene correlación con las normas de la Convención Americana ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Lo relevante y sustancial en el tema objeto de estudio, es que en las referidas sentencias no se hace mención específica en cuanto a los criterio de aplicación del control de convencionalidad, o la formas de ponderación, lo que significa que el estudio de la convencionalidad no se desarrolla ni de manera directa, ni indirecta en ninguna parte de la estructura de las sentencias que se estudiaron, lo cual, dista mucho de la máxima internacional, que pregona que la Corte Interamericana. Este es un instituto de esencial cumplimiento, que por ser vinculante para los Estados partes se representa como una obligación de carácter imperativa para los Estados y sus instituciones, tanto administrativas, como judiciales, con el propósito de verificar la garantía a los

derechos fundamentales y/o los derechos humanos, concernidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, solo en algunos casos de conocimiento de la judicatura del Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó, se reconocen los criterios interamericanos, pero en todo caso no se aplican de manera clara, precisa y certera. Así, el control de convencionalidad entendido como una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que obliga a los Jueces nacionales a determinar la conformidad del derecho interno de los Estados con los estándares impuestos por las obligaciones de los Derechos Humanos no cobra relevancia al momento de fallar. Esto a pesar de ser una competencia funcional de los operadores jurídicos, ejercer no solo el control de constitucionalidad, sino también el de Convencionalidad (control difuso), evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.

En ese aspecto, si bien es cierto, en las sentencias analizadas, en uno que otro caso, se citan aspectos fundamentados en la protección efectiva de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo cual presupone para el Estado asistir a la obligación de asumir diligentemente medidas reparatorias propuestas por la Corte IDH, en aras de evitar la declaratoria de responsabilidad internacional para el Estado, no es menos cierto, que los jueces de la jurisdicción Contenciosa Administrativa del Chocó, no hacen un control de convencionalidad, en los casos de conocimiento de la judicatura del Contencioso Administrativo del departamento del Chocó; en tanto que, en sus fallos no precisan, ni establecen un marco lógico de cómo debería de preverse la convencionalidad, o en efecto, en qué casos se debería recurrir a su aplicación, sino que bajo el sofisma del bloque de constitucionalidad, se ha generado una especie de negación a la preeminencia del derecho internacional y convencional.

Conclusiones

- Los operadores de la jurisdicción Contenciosa Administrativa del Chocó, muy al contrario de lo que pudiera decirse o pensarse, en la actualidad, si poseen instrumentos, facultades y herramientas jurídicas para convalidar el instituto del control de la convencionalidad, bien a partir de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-327 de 2016, en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, de del 28 de agosto de 2014, o en la sentencia STC10849-2020, Radicación N.º 11001-02-03-000-2020-03243-00, del 02 de diciembre de 2020, proferida por la Corte Suprema de Justicia. Ergo, bajo estos presupuesto es posible la aplicación de la convencionalidad, lo cual permite, la protección de derechos fundamentales ajustado al derecho internacional, como criterio hermenéutico, cuando se presenta una violación de alguna de las obligaciones establecidas en la CADH, en el marco la jurisdicción del Sistema Interamericano de Protección sobre Derechos Humanos (SIPDH).

- *En el ejercicio práctico, queda demostrado que el control de convencionalidad no es desarrollado por los operadores jurídicos del Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó y sus operadores jurídicos, ya que no existe desarrollo tangible del mismo, sino que en realidad lo que se produce es un control aparente de convencionalidad, sin destinación real en su justa dimensión.*

- *Es un imperativo a los órganos del Poder Estatal y en especial el Judicial, el ejercicio del control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana. Destacando por supuesto la prioridad de la regla*

supranacional, sin embargo, su nivel de aplicación en la judicatura del Chocó, no existe como estándar de arraigo, en tanto, no existe la cultura jurídica de ejercer el control de convencionalidad, pues sus decisiones se sustentan en la supremacía constitucional establecida en su art. 4 de la CN de 1991, por tanto, el control de convencionalidad no se realiza de manera directa, sino que eventualmente el mismo se lleva a cabo siempre y cuando esté vinculado a los convenios o tratados Internacionales de Derechos Humanos contemplados en el boque de constitucionalidad al que se refiere el artículo 93 Constitucional.

- *La judicatura del Contencioso Administrativo del Departamento del Chocó, fundamenta sus providencias en la causalidad de resultados del daño, desde el estado de atribución de responsabilidad, por medio del juicio de valor expresado en las reglas de la experiencia o sana crítica, y pondera el argumento de sus providencias en el estándar de aplicación, de la legalidad o constitucionalidad, pero se separa del instituto de convencionalidad en su efecto de interpretación.*

- *El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que describe el uso de los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) a fin de determinar la conformidad del derecho interno de los Estados de los estándares impuestos por las obligaciones, pero en un contexto realidad se presupone una falta de correspondencia entre los términos control de convencionalidad y control de constitucionalidad, de hecho la actividad judicial esta sujeta a la vinculatoriedad de los instrumentos internacionales de materia de protección ambiental y en el efecto de extensión de los derechos ambientales y la dignidad humana, estableciendo medidas administrativas orientadas a mitigar la contaminación generada especialmente por el aumento de contaminación derivado de la minería legal e ilegal en donde, la contaminación, pero se*

presupuesta en el uso de la convencionalidad abstracta en temas como la caracterización del Estado Social de Derecho.

- En términos generales la interpretación de las sentencias de conocimiento de la judicatura del Contencioso Administrativo del Departamento del Choco y sus operadores jurídicos, conforme a resultados de casos, se orientan en encuadrar, los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, por los perjuicios derivados de los daños ambientales y ecológicos que se producen por acción u omisión, por parte de las entidades ambientales, que entienden que la afectación ambiental o ecológica, pueden generar un daño al interés colectivo, a gozar de un medio ambiente sano a consecuencia de la explotación y sobreexplotación legal e ilegal minera, pero no determinan los efectos de aplicación del principio de convencionalidad.

Referencias Bibliográficas

Doctrina

Hart, H. L. A. (1969). *El Concepto de Derecho (F-T-4)*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Nussbaum, M. C. (2012). *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la Exclusión. Colección Estado y Sociedad, 1*. Buenos Aires: Paidós.

Palacio Hincapié, J. Á. (2004). *Derecho Procesal Administrativo la Prueba Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Silva Abbott, M. (2016). Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales, Año 14(2)*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

Documentos y Páginas en Internet

Benavides Casals, M. A. (2017). El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales, Año 15(2)*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6519539>

- Canosa Usera, R. (2015). El control de convencionalidad. *Navarra, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n38/1405-9193-cconst-38-343.pdf>
- Castillo Córdova, L. (2019). Relación entre el Derecho Nacional y el Derecho Convencional como Base del Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales, Año 17(2)*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v17n2/0718-5200-estconst-17-02-00015.pdf>
- Díaz, Á. P. (2019). Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad: Las Únicas Versiones Aceptables de Esta Doctrina. *Revue Générale de Droit(246)*. Special Issue. Obtenido de <file:///C:/Users/PC%202/Downloads/SSRN-id3743036.pdf>
- Durango Álvarez, G. A., & Garay Herazo, K. J. (2015). El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 18(36)*. doi:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>
- Gobernación del Chocó. (Mayo de 2016). Documento Bases del Plan de Desarrollo Departamental del Chocó 2016 – 2019. “Oportunidades para todas las Subregiones”. *Ordenanza No. 005/2016 - Asamblea Departamental del Chocó. Convenio No. 514- A-11-00004 ACDI/VOCA*. Unión Temporal IDCG & Fundación Universidad del Valle - Sede Pacífico. Obtenido de https://siatpc.co/wp-content/uploads/plan_de_desarrollo_departamental_del_choco_2016_2019.pdf
- González Domínguez, P. (2017). La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad. *Estudios Constitucionales, Año 15(1)*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art03.pdf>

- Henríquez Viñas, M. (2018). Cimientos, Auge y Progresivo Desuso del Control de Convencionalidad Interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2).
Obtenido de <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/4332/4032>
- Henríquez Viñas, M. (mayo-agosto de 2019). La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes. *Revista Derecho del Estado*(43). Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5909/7609>
- Ibáñez Rivas, J. M. (2017). Control de Convencionalidad. *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Control-Convencionalidad.pdf>
- Informe ONU. (s.f.). Sobre Explotación de oro de aluvión Evidencias a partir de percepción remota, 2016 detección de EVOA. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/junio/Explotacion_de_Oro_de_Aluvion.pdf
- Julio Estrada, A. (julio-diciembre de 2014). Comentario al artículo "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", de Karlos A. Castilla Juárez. *Revista Derecho del Estado*(33). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
doi:<https://doi.org/10.18601/01229893.n34.02>
- Mesa Latorre, Á. (2018). El control de convencionalidad: ¿un acto racional o irracional? *Estudios Constitucionales*, Año 16(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00129.pdf>

- Morales Godo, J. (s.f.). La Función del Juez en una Sociedad Democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 4(1). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2397>
- Olano García, H. A. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 14(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca,. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5763801>
- Quinche Ramírez, M. F. (Julio - Diciembre de 2013). El Presidencialismo, el Control de Convencionalidad y la Democracia en los Países Andinos. *Revista Co-herencia*, 10(19). Medellín, Colombia. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v10n19/v10n19a07.pdf>
- Rodríguez Molina, J. A. (2015). Los Derechos Humanos y el Bloque de Constitucionalidad en los sistemas de justicia latinoamericanos: propuesta de un modelo de justicia en El Salvador. Universidad de Castilla-La Mancha. Facultad de Ciencias Jurídicas y y Sociales Área Derecho Constitucional. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=80321>
- Serra-Horguelin, A., & Schoeller-Díaz, D. A. (2014). Chocó: entre la Extracción y el Olvido. *Uniclaletiana*, 2014. Obtenido de https://pacificocolombia.org/wp-content/uploads/2016/05/09992150014261_94614.pdf
- Silva Abbott, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, 45(3). Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n3/0718-3437-rchilder-45-03-00717.pdf>
- TIERRA DIGNA, & Melo, D. (2016). La Minería en Chocó, en Clave de Derechos. Investigación y propuestas para convertir la crisis socio-ambiental en paz y justicia territorial. *Centro de Estudios para la Justicia Social (CEJS) Proyecto No. DCI- NSAPVD/2012/294-571*. Obtenido de https://tierradigna.org/pdfs/LA%20MINERIA%20EN%20CHOCO_web.pdf

Vargas Lima, A. E. (2019). Bloque de constitucionalidad y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad en Bolivia. *Estudios Constitucionales, Año 17(1)*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v17n1/0718-5200-estconst-17-01-363.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (2003) Sentencia T-955, [M.P: Tafur, A.].

Corte Constitucional de Colombia (2015) Sentencia T-766, [M.P: Mendoza, G.].

Corte Constitucional de Colombia (2016) Sentencia T-622, [M.P: Palacio, J.].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1 de febrero de 2000) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Serie C. No. 66, párr. 148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (19 de septiembre de 2006) Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (12 de agosto de 2008) Caso pueblo Saramaka Vs. Surinam.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de junio de 2012) Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2013) Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2015) Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de octubre de 2015) Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y Sus Miembros Vs. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de octubre de 2015) Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) Cuadernillo de Jurisprudencia No. 7.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f.) Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y Sus Miembros Vs. Honduras.

Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Quibdó (3 de marzo de 2016) Radicado: 27001-33-33-001-2009-00224-00, Medio de control, acción de grupo Quibdó.

Tribunal Administrativo del Chocó (25 de febrero de 2015) Radicado: 27001-33-31-001-2009-00211-01. Medio de Control: Acción Popular [M.P: Rojas, J.].

Tribunal Administrativo del Choco (2017) Referencia: 27001 33 31 001 2009 00224 00. Radicado: 2700133310020090022400 , Medio de Control: Acción de Grupo. Accionante: Cristóbal Mena Córdoba y Otros. Demandado: Municipio Rio Quito y Otros.