

Convencionalidad y medidas cautelares protección de comunidades indígenas*

Conventionality and Precautionary Measures Protection of Indigenous Communities

*Jairo Adolfo Calderón Mora***

Resumen

Con la aparición del Sistema interamericano Derechos Humanos en el siglo XX y la convención americana, se marca la protección coercitiva de los Derechos Humanos, a través del ejercicio del denominado control de convencionalidad que lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de su Sentencia, e igualmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con las medidas cautelares.

Todo esto genera una estrecha relación para proteger derechos de contenido subjetivo, como la propiedad contenida en el artículo 25 de la convención americana a las comunidades indígenas.

Palabras clave: Convencionalidad, medidas cautelares, propiedad comunal, garantía constitucional.

Abstract

With the emergence of the inter-American System of Human Rights in the twentieth century and the American Convention, coercive protection of human rights is marked through exercise called conventionality control that is exercised by the Inter-American Court of Human Rights through its Judgments, and also the Inter-American Commission on Human Rights with the precautionary measures.

Fecha de recepción: Agosto 15 de 2015

Reception date: August 15, 2015

Fecha de aprobación: Septiembre 22 de 2015

Approval date: September 22, 2015

* Artículo de reflexión: Este artículo hace parte del proyecto de investigación Medidas Cautelares en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para obtener el grado de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de guerra el cual se encuentra direccionado bajo la línea de investigación avalada por Colciencias.

** Funcionario Fiscalía General de la Nación

* Reflection article: This article has origin in the research project Precautionary measures in the Interamerican Comission of Human Rights, to obtain the Master degree in Human Rights and International Law of Armed Conflicts from Escuela Superior de Guerra, which is led under the line of research approved by Colciencia.

** Functionary from Fiscalía General de la Nación.

All this creates a close relationship to protect rights of subjective content, such as property contained in Article 25 of the American Convention to indigenous communities.

Keywords: Conventionality, precautionary measures, community property, Constitutional right.

Introducción

En el asentamiento de los tribunales y los jueces constitucionales se observa un cambio de mentalidad por encontrar valor de la garantía judicial para la protección de los Derechos Humanos, pero gracias al fortalecimiento de la justicia transnacional como el valor simbólico de los Estados, estos se comprometen a una mayor flexibilidad de propender derechos en el orden normativo y jurisprudencial; es así que hoy se parte de un reconocimiento a la propiedad ancestral ya que en 1492 las comunidades indígenas fueron expropiados, alienados y convertidos es objetos serviles de una fiebre del oro por parte del imperio colonial.

Vidart (1968) afirma:

“si no lo hicieres o en ella dilación maliciosamente pusiéreis, certificóos que con la ayuda de Dios yo entraré poderosamente entre vosotros y vos haré guerra por todas partes y manera que yo pudiere, y vos sujetare al yugo de la obediencia de la iglesia y de su majestad y tomaré vuestros hijos y los hare esclavos, y como tales los venderé, y dispondré de ellos como su majestad mandare, y os tomare vuestros bienes, y os hare todos los malos y daños que pudiere”. (p. 30)

Por esto se parte de un Estudio ¿Cómo se originó el control de constitucionalidad como garantía judicial? ¿Cómo se da la protección del juez especializado constitucional? ¿Cómo en el sistema interamericano se protege a las comunidades indígenas en el interés difuso?, y ¿Cómo se recepciona en el Sistema Colombiano?

Hipótesis de Trabajo

Se parte que las medidas cautelares son vinculantes e igual con que el control de convencionalidad forjo un aprecio en torno a los Derechos Humanos, creando un respeto al imperativo moral, desde una concepción a la propiedad ancestral esto induce la necesidad que las medidas procesales (medidas cautelares) efectivicen el derecho dentro los Estados Americanos.

Estrategia metodológica

Se desarrolló con un marco epistemológico cualitativo-hermenéutico, haciendo un estudio desde el Sistema interamericano de Derechos Humanos con una relación desde la óptica de Autores Néstor Pedro Sagues y Eduardo Ferrer Mac Gregor.

Resultados y Conclusiones

Poder judicial garantía constitucional

Con la concepción de la jurisdicción, acción y proceso se parte que la función judicial es una garantía constitucional.

Gozaini (2006) declara:

“La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, que significa atender al rol del juez en el proceso, las garantías judiciales que dé debe impartir en su magisterio, la organización jurídica de un país o región, y los deberes que supone el ejercicio jurisdiccional. La acción, es el terreno del acceso a la

justicia; allí anidan las preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte de un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualdad económica con el carente de recursos, etcétera. Finalmente, el proceso, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden de producción probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también en temas constitucionales (defensa un juicio, sentencia fundada, derecho a la verdad, plazos razonables en el trámite, nulidades por dilaciones indebidas, doble instancia, libertad personal". (P. 24)

De lo anterior nace la necesidad del poder judicial de ¿Quién es el llamado en el ordenamiento jurídico a que aplique la ley?, de esto vale mencionar que dependiendo en el sistema jurídico que se hable, dotamos así tres discusiones a) el derecho del common law b) el derecho continental europeo c) el derecho teocrático; cada uno de estos marcan sus jueces para cimentar su decisión a la aplicación de un caso en concreto, bajo los principios básicos la imparcialidad, la legalidad de una decisión y la responsabilidad del juez.

Así el poder judicial nace como una garantía declarada en una constitución de cual se denotan dos características a) formal: El equilibrio de las funciones del Estado (ejecutivo- legislativo- judicial) y potestad de la soberanía b) material: el reconocimiento de los derechos de los humanos de los ciudadanos, haciendo su en énfasis en la justicia distributiva del orbe social "la justicia es custodia de los derechos reconocidos, de las garantías conferidas y de los poderes constituidos. La administración de justicia es una garantía del orden social". (Dromi, 1992. p. 43)

Esto permite sintetizar que pese a la multiplicidad de decisiones al resolver los casos independientes de la jurisdicción, por parte de los jueces en un Estado para determinado en asunto jurídico, la respuesta correcta es el énfasis de la impronta del orden legal como medida de legitimidad en su sentencia y como garantía judicial. Esto parecía suficiente hasta el siglo XIX, pero bajo la influencia de variantes como el triunfo de la a) supremacía constitucional (Validez jurídica) b) el Estado Social de Derecho (eficacia jurídica c) la influencia del derecho internacional de los Derechos Humanos (justicia) a partir de 1945.

Estas premisas validez, eficacia y justicia que parecían antagónicas, son factibles de conciliar como: ¿Una norma puede ser válida sin ser eficaz?, ¿Una norma puede ser eficaz sin ser válida? ¿Una norma puede ser justa sin ser eficaz? ¿Una norma puede ser eficaz sin ser justa? Bajo momentos históricos se transforman en manos de la interpretación judicial como garantía constitucional.

El juzgador pese a sus críticas de activismo judicial, fluye como el autómatas del tercer poder del ciudadano; es el juez es el protagonista de conceder derechos y amparar abanderado de la supremacía de la Constitución y el intérprete, hermenéutico del orden jurídico, la herramienta metódica son los controles, bajo dos medidas históricas i) control difuso de constitucionalidad ii) control concentrado de constitucionalidad.

El primero de ellos nace bajo lo que se conoce constitucionalismo moderno con la revolución norteamericana, la declaración de derechos de Virginia de 1776, la declaración de la Independencia de EE.UU, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, estos pesen a hacer momentos que

fulminan en el derecho yacen un inicio en la aceleración de los Derechos Humanos concretando la supremacía del orden constitucional, fijan que una norma pese a ser legal debe basarse en un criterio justo, y este el principio de la persona o pro hominen.

De esto se basa en un efecto mediato del juez el control de constitucionalidad en E.U en sentido difuso.

Sagúes, (2002) declara:

“Los hechos terminaron por conferir a la judicatura federal del control de constitucionalidad posterior o reparador de las normas (esto es después de que ellas fueran promulgadas). La tesis afirmada por Hamilton en El federalista quien explica que la constitución de los Estados Unidos de América era “limitada” (en el sentido de que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa), y que esas limitaciones al parlamento solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de el declarar nulos todos los actos evidentes a la constitución puede ser válido. Para Hamilton, esa facultad de la magistratura judicial no implicaba quebrar la tesis de la división de los poderes, ni augurar la supremacía del orden Judicial sobre el legislativo, al fin de cuentas la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales: a los jueces correspondía entonces interpretar la ley suprema y la ley ordinaria; y de haber una discrepancia entre ambas debe preferirse, como es natural, aquello que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria. Además, el sistema estadounidense es difuso, desconcentrado o descentralizado en el sentido que corresponde a cualquier juez (sin distinción de grados) realizar tal control. El régimen de Estados Unidos de América de control de constitucionalidad deja, pues,

tal tarea en manos de todos los tribunales judiciales comunes, sin crear una judicatura constitucional especializada en el fuero constitucional”. (p. 41)

Cabe agregar que el jurista Austro Húngaro Has Kelsen se basaba en el supremacía del orden constitucional bajo la jerarquía normativa representando la validez jurídica para que se dote de fuerza normativa el control de constitucionalidad; el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la fundación de la norma fundamental prevé otra peculiaridad del mismo derecho; este regula su propia creación, en cuanto norma jurídica determina la forma en que es creada, así como en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra norma superior a ésta, la creada de acuerdo de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.

El orden jurídico especialmente cuya personificación constituye el Estado no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen por así decirlo, una al lado de la otra en un mismo, nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad esta hallase constituida por el hecho de la creación de una norma, la de grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada A su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regresus termina en la norma de

grado más alto o norma básica que representa la norma suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuestamente la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional

Cabe añadir de lo anterior que pese a que la Constitución es norma de textura abierta donde queda a la liberalidad del intérprete, la norma más beneficiosa al caso concreto, se debe además indagar en su espíritu para que una decisión no sea arbitraria y por tanto injusta, basándose en el debido proceso legal, constitucional y sustantivo, de esto nace el denominada justicia constitucional en manos del juez irradiando el control difuso donde cualquier juez debe declarar la inconstitucional de un precepto legal cuando este vulnera el peso de la Carta Magna .

Sola (2001) afirma:

“La función del juez con norma constitucional no tiene el carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular derecho ya existente. Tanto establecer la presencia de supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la decisión se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia en ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta”. (p. 41)

Mas garante es la decisión si preserva la Constitucionalidad de la norma frente a la

jerarquización normativa, esto se dio en el siglo XIX en derecho del Common law con la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos con decisiones trascendentales como la de 1803 el caso Marbury Vs Madison, 1806 Martin Vs Hunter’s, Lessse, Cohens VS Virginia de 1821, Cooper Vs Aaron de 1958, Brown Vs Board Education, esto da la posibilidad que impediendo de la autoridad pública, legislatura toda función orgánica está sometida a un control jurisdiccional de la decisión cuando se infrinja la supremacía del orden constitucional esta una garantía de validez normativa del ciudadano.

De acuerdo a lo anterior crea un vínculo en la obligatoriedad del precedente constitucional el stare decisis frente a los jueces de inferior jerarquía legal los precedentes constitucionales que aunque no fueran formalmente vinculantes con obligatoriedad de iure, para los demás jueces tienen también el carácter de razonamientos jurídicos con autoridad. La fuerza normativa de todos los precedentes, aun aquellos que no son obligatorios de iure, tiene que ser distinguida de lo que podría llamarse razones sustitutivas cuya fuerza depende meramente de su contenido y no de su origen; hay quien habla de pedigree del precedente.

Al ser razonamientos autorizados sirven de factores de explicación del derecho, se puede por ejemplo explicar que una decisión judicial por el hecho de que se sigue de precedente constitucional. Todo esto tiene consecuencias interesantes para el sistema jurídico. Se puede decir que el sistema jurídico tiene dos capas de normas que deben ser consideradas como razones autorizadas en el argumento jurídico, como son los precedentes constitucionales

Esto crea el límite entre la legalidad y la decisión constitucional como garantía

judicial, toda vez que la norma es fundante, respetada y se presume conocida por todos, ya que se basa en tres principios legalidad (positivismo jurídico), respeto a los Derechos Humanos (derecho natural) y la eficacia del Estado (realismo jurídico). Así la naturaleza jurisdiccional radica en el completo en el ethos del Estado, la moral social y la preeminencia del individuo. Por tanto, el juez al basar su decisión entre la acción y el proceso, no encuentra solamente senderos legales, eficaces, justos, entre el impacto social de su decisión y los ejes de la política, multiculturalismo, Bioética, educación, y salud etc. Primero, por la naturaleza misma de la interpretación constitucional de las cláusulas abiertas que facultan al juez para optar entre varias interpretaciones, recurriendo a fuentes o valores no explícitos en el texto constitucional. Lo que se ve forzado si afirmamos una técnica constitucional, ni la existencia de cláusulas abiertas (open endend clauses) en el texto constitucional, que deben ser integradas razonablemente de contenido por el juez dependiendo de las circunstancias al caso concreto” “cuanto al derecho judicial, es decir el derecho elaborado por los jueces en su tarea permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad el derecho es una obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia”. (Bobbio, 1992, p. 36)

Esto permite deducir que los fenómenos sociales se marcan en la constitucionalización de las normas legales, irradiando un paradigma en el derecho de un common law, el triunfo de del control judicial frente a los estamentos orgánicos del Estado, un derecho de jueces bajo la garantía judicial de inaplicar la ley cuando afecten la constitución y al individuo, “los jueces están inmersos en la tradición del discurso constitucional, y su

labor se dirige a evaluar la conducta estatal bajo las normas constitucionales”. (Comella, 2011, p. 40)

En el derecho continental Europeo¹ no fue ajena a esta medida cuando nace bajo el dato mediático de la Constitución de Austria de órgano concentrado de constitucionalidad otra tendencia (denominada austriaca por haberse ensayado originalmente en ese país en su constitución de 1920) deposita el rol de control de constitucionalidad en órganos jurisdiccionales especializados en esa, función, ubicados no o no dentro del poder judicial (pero en este último caso, con fisionomía judicial que a menudo tiende a monopolizar tal control se perfila como centralizado o condensado. Se genera una especie de fuero constitucional como lo denomina venossi – con pretensiones de exclusividad en asuntos de jurisdicción constitucional

Aquí la diferencia entre validez y eficacia cambian, ya no es el cualquier juez que inaplica la acción legal, sino marca un hito es un organismo especializado cuya función es única preservar la constitucionalidad de la norma, esto se da en la Constitución federal Rusa de 1993, la constitución Española de 1978, la Constitución de Italia de 1947, en la constitución de Yugoslavia de 1974 , estos sirven de ejemplo para tomar de la especificidad de controlar la carta magna que llevan a propender por un sistema de garantismo del control judicial de la constitución.

Pero esto no sería posible con un elemento que es la columna vertebral del derecho internacional de los Derechos Humanos y gracias al tratado de Lisboa de 2007 da un catálogo de Derechos Humanos en el derecho comunitario, que se dan en estos elementos como garantía judicial a) la aceleración de los Derechos Humanos b) la desaceleración del

Estado de Derecho c) Retroceso del imperio de la ley c) Intercionalización de los Derechos Humanos.

Cada uno de estas fases marcan la procura de la defensa de una garantía judicial única, más que se proyecte o se afirme en la positivización de un mandato nacional, es una defensa al ser humano, un acto y una potencia, la entelequia Aristotélica.

Así la garantía judicial pese a estar obediencia en el mandato nacional, exige hoy un mayor compromiso,

Bidart (1994) declara:

“Cuando en 1945 los Derechos Humanos suben de nivel porque ya no van a ser una cuestión exclusiva del derecho interno, en un peldaño más arriba van a ser o una cuestión del derecho internacional y de la jurisdicción internacional. Entonces discúlpeme que sea repetitivo), si el derecho internacional y la jurisdicción internacional se ocupan y se preocupan por los Derechos Humanos, no es raro que se diga que el hombre, cada uno de nosotros, la persona a su modo es ahora un sujeto del derecho internacional, sui generis, distinto a los estados que han sido y siguen siendo los sujetos clásicos del derecho internacional: pero también el hombre, la persona humana, es hoy un sujeto del derecho internacional. Cosa que se ve no solo cuando tratados internacionales contienen una declaración de derechos, que antes era una cuestión propia de la constitución de cada estado, no sólo por eso sino porque también- según sistemas- cuando un estado hace parte de un tratado sobre Derechos Humanos viola esos derechos que consigna el tratado en perjuicio de una persona que forma parte de su población es posible según los sistemas llevar a una queja o una denuncia contra su estado imputándole haber violado en su perjuicio o en el otra persona uno o más

derechos consignados en el tratado. Allí se ve la personalidad internacional del hombre, el carácter de sujeto de derecho internacional”. (p. 175)

De lo anterior se deriva que pese a la protección jurisdiccional constitucional local, por parte de los Estados haya claros compromisos de la protección del poder judicial a un derecho supranacional es decir llevar a consolidar de una justicia constitucional a una justicia supranacional, donde el individuo tenga mayores garantías judiciales a un tribunal competente, independiente e imparcial de la decisión.

Quiroga (2005) declara:

“El derecho a ser oído requiere la determinación de los derechos de inocencia o culpabilidad de una persona se tome por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley. Cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal”. (p. 293)

Así el juez ya no solo toma en cuenta la reserva sumarial de su orden constitucional sino se ve inmerso en precedentes no solo sus cortes sino cortes transnacionales, que desdibujan como proyectar la garantía judicial, ya bajo principios pro homine toda norma más beneficiosa se interpreta a favor de la persona y principios ius cogens que significa el conjunto de normas imperativas, indisponibles e inderogables, esto es un bloque de cláusula péticas que se denomina bloque de convencionalidad, proyectada por el juez a la aplicabilidad del caso, que se suma a la constitución los tratados Derechos Humanos y las opiniones consultivas, medidas, recomendaciones para salvaguardar la garantía

judicial efectiva de las personas. Esta teoría sienta los criterios que permiten afirmar una integración competencial de los ordenamientos que descansa en el respeto del principio de soberanía estatal y la cláusula de apertura de las constituciones nacionales, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en los tratados de los cuales son parte. Así, estos desarrollos internacionales, normativos y jurisprudenciales, con respecto a los tribunales nacionales se encuentran en una relación de cooperación, orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales y las personas sometidas a su jurisdicción- de iure y de facto- y el orden democrático- constitucional; es decir *ratione personae* del alcance de estas obligaciones se extiende no solo a los nacionales, sino también a los ciudadanos extranjeros de cualquier Estado, a los inmigrantes ilegales, a los prisioneros de guerra, entre otros

Esto permite un reconocimiento en la escala de la validez jurídica donde la garantía opera en dos ámbitos ascendente el juez no se limita a obedecer un precedente único sino abarcar en la totalidad de la universalidad constitucional y los Derechos Humanos, la solución posible al hecho particular, obedeciendo a un mandato estricto de internacionalización del derecho procesal constitucional siendo su eje temático y permisivo los Derechos Humanos, es decir la ambrosia que reconoce la eternidad de los Derechos Humanos en sede nacional.

Ferrer (2010) declara:

“Por otra parte, también se advierte esta constitucionalización del derecho internacional de los Derechos Humanos a través de principios o de criterios hermenéuticos. Así, se han constitucionalizado los principios pro homine y pro libertatis reconocidos en el

pacto de San José; o bien se han utilizado por las jurisdiccionales nacionales. También se advierte la tendencia de incorporar cláusulas abiertas, de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar “de conformidad” con los instrumentos internacionales en esta materia”. (p. 172)

El individuo opera con la tutela judicial efectiva que se reconoce en la CADH y el Pacto de los Derechos civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no solo en el recurso judicial y en el juez competente e imparcial, sino una armonización para la procura de la defensa garantía convencional y universal del juez, un cambio en favor de la operatividad del más débil frente al más fuerte, un reconocimiento del derecho al débil en los derechos humanos, la dialéctica del esclavo frente al amo, para defender su principios y garantías.

Pese al obediencia del precedente de Corte transnacionales como la CIDH bajo el control de convencionalidad, hoy el guardián de las garantías es también juez nacional que aplica un control difuso de convencionalidad para amparar las garantías judiciales de los individuos creando una comunidad única internacional bajo la bandera del sistema interamericano.

Control de convencionalidad: Difuso

Para identificar el control difuso de convencionalidad como una garantía del denominado bloque de convencionalidad, distingamos tres aspectos fundamentales i) Universalización de los Derechos Humanos, sistemas universales y regionales de protección ii) Convención Americana de los

Derechos Humanos: Control Concentrado
 iii) Control Difuso: Donde Nace, Como se aplica y Quienes los debe Aplicar, efectos de la responsabilidad de juez.

Gracias a la consolidación del derecho internacional público con la creación de las Sociedad de las Naciones y posteriormente con organización de las naciones unidas, crean un efecto jurídico normativo los denominados tratados Multilaterales.

De la Guardia (1997) señala:

“Se entiende por tratado multilateral todo tratado que con arreglo a sus estipulaciones de un instrumento conexo, ha sido abierto a la participación de cualquier Estado sin restricción o de un considerable número de partes y que tiene por objeto declarado establecer normas generales de derecho internacional o tratar de un modo general cuestiones de interés general no solo para las partes en el tratado sino también para otros Estados”. (p. 53)

Los estados a reconocer la necesidad de la protección única derecho pro tempore formulan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos civiles y políticos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creando una codificación internacional en procura de la defensa de los Derechos Humanos.

Por esto surge un efecto mediático la necesidad de una convención se llama código a un cuerpo orgánico y sistemático de normas relativas a una rama del derecho, por oposición a la mera recopilación- clasificada por materia cronológicas de leyes pero pese a los diferentes codex ejm: Convención del Mar de 1982 o la Convención Sobre el tráfico de ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Sico-trópicas de 1988 o la Convención de Roma de

1950 , fue imperioso la Convención de Viena de 1969 para la regla de los tratados este trae una serie de elementos, que juegan en la Universalización de los Derechos Humanos
 a) Pacta sunt servanda “ todo tratado en vigor obliga a las partes y deben ser cumplidas por ellas de Buena fe b) Primacía del derecho internacional. El derecho interno y la observancia de los tratados una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Estas dos reglas son imperativas que son universalmente reconocidas en el derecho internacional, la primera Desde que los hombres, los grupos humanos, las tribus, o los Estados antiguos hicieron entre si contratos o tratados- pactos- la moral, la razón humana, o el derecho natural le impusieron que ellos debían ser cumplidos. Basta insistir que es una regla moral que forma parte del derecho internacional. Fija un criterio de principio que puede traducirse por la fórmula de que un Estado no debe engañar a otro. Mientras que en la primacía del derecho internacional sobre el interno En consecuencia cuando un representante que según el derecho internacional sea competente para comprometerse que según el derecho internacional sea competente para comprometer al Estado exprese por alguno de los procedimientos establecidos el consentimiento del Estado en obligarse a un tratado, ha de considerarse, en derecho internacional, que el Estado queda obligado por el Tratado

Las premisas positivas enunciadas permiten deducir que un tratado suscripto por un Estado debe ser cumplido y obedecido, sin disponer las reglas de su ordenamiento a menos de ser considerado responsable internacionalmente, con las consecuencias jurídicas al respecto.

De lo anterior y el esfuerzo de los Estados nacionales a mediados del siglo XX, comienzan a darse al nacimiento de un nuevo rama del derecho internacional el derecho internacional de los derechos humanos con la convención de Roma o convención Europea de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales siendo el denominado sistema Europeo o tribunal de Estrasburgo, seguidamente se tiene carta de Banjul o carta africana de los pueblos de 1981 o Sistema Africano con el primer caso resuelto hasta el momento fue *Michelot Yogogambe vs República de Senegal* 15 de Diciembre de 2009. Por último, el Sistema interamericano de los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, 24 aceptaron la Convención Aceptaron de Derechos Humanos y 21 aceptaron la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Sistema Aceptando la Competencia Contenciosa de la Corte interamericana de Derechos Humanos.

Para esto la Corte Interamericana desarrollo una teoría se puede denominar garantía convencional en el control de convencionalidad, siendo sus datos mediáticos jurídicos el derecho continental europeo bajo tribunal concentrado, como intérprete y salvaguardar la convención, frente a la violación de un acto, hecho omisión que la infrinjan los Estados. Igualando sus efectos en la sentencia toda vez que pese la sanción es con Estado determinado, su precedente cumple la función de un efecto irradiador a todos los países miembros es *Erga omnes*.

Ferrer (2010) afirma:

“Obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver casos contenciosos sometidos a su consideración, en

cuanto guardián interprete de la final de la Convención Americana. Es en realidad un control concentrado de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de garantizar el goce al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que se configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, todo lo cual cuando “decida que hubo violación de un derecho o libertad o protegidos por esta convención (artículo 63 CADH), teniendo el fallo el carácter de definitivo e inapelable (artículo 67, CADH); por lo que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de que sean partes (artículo 68 CADH)”. (p. 173)

Es de esto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realiza un control de compatibilidad abstracto y concreto entre: el acto, el hecho generador y el daño (sentido lato) con referencia a la CADH y sus protocolos adicionales, concluyendo si el Estado es infractor o responsable internacionalmente, por los acciones u omisiones de sus órganos o funcionarios o particulares con aquiescencia del Estado, tómesese de ejemplo la Masacre de 19 Comerciantes Vs Colombia donde el acto y el daño fue causado por un grupo al margen de la ley que asesinaron 17 comerciantes y dos familiares pese a estado por dilación en acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal el Estado fue responsable internacionalmente, es así que la CIDH sanciona al Estado, mas no a las personas, predicándose una solidaridad compartida de medios y de resultado por el hecho lesivo de la vulneración del derecho humano del *ius cogens*.

Caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*²

“Para efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa

de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas a formar parte integral, como un todo. En este la responsabilidad, es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte a éstos la representación en el juicio- sin que esa representación- sin que esa representación repercuta en el Estado en su conjunto- y sustraer a otros del régimen de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo de la Corte Internacional”. (p. 27)

Siguiendo el hilo conductor la CIDH, comienza a poco a poco a coger la doctrina anglosajona donde el juez no solo aplica al caso concreto la interpretación de su carta magna como garantía constitucional sino la garantía convencional. Esto significa no solo es validar con los tratados de naturaleza de los Derechos Humanos, sino también la jurisprudencia de la CIDH. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de Control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La garantía convencional es extensa por el principio pro homine, se resume en una escala jerárquica de precedente obligatorio para los jueces inferiores de cualquier Estado o nación que haya ratificado la CADH y la competencia contenciosa de la CIDH, haciendo un híbrido jerarquización normativa la CADH y la aplicación del tratado y del precedente.

Albanese (2011) afirma:

“La importancia de la aplicación directa de los tratados intencionales de Derechos Humanos interpretados por los órganos con aptitud de obrar cuando se trata de temas donde existe unja línea jurisprudencial que contribuye a la efectividad de los derechos se transforma en un deber ineludible. Cuando una ley interpreta o un acto administrativo ensombrece el camino trazado por la jurisprudencia internacional los jueces deben aplicar la convención, como lo han llevado en numerosas oportunidades, dejando de lado aquellas normas o actos administrativos que lesionan derechos y garantías de las personas en virtud del instrumento internacional correspondiente. Reiteramos que con amplitud de enfoques el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales debe albergar, principalmente aquellas pautas jurisprudenciales que fueron resultante de un consenso interpretativo de los integrantes del tribunal internacional”. (p. 17)

Desde su aparición en la Caso Almonacid Arellano vs Chile del 26 de Septiembre de 2006, seguidamente caso trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs Perú del 24 de Noviembre de 2006, se identifican varias características del control difuso de convencionalidad a) Procede de oficio sin necesidad que las partes lo soliciten b) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando presupuestos formales y materias de admisibilidad y procedencia.

Es de esto preciso señalar que si el juez o tribunal, inaplica al caso concreto la convención americana o del precedente de la CIDH, es admisible una responsabilidad internacional por vulnerar la garantía convencional, por contradecir el mandato CADH art. 1.1 Lo anterior significa que los jueces no son

simples aplicadores de la ley nacional, sino que además que tiene una obligación de realizar una interpretación convencional, verificando si dichas leyes que aplicarían a un caso particular, resultan compatibles, con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1 de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconventional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado”.

Pese a esto al juez interamericano se reconoce como guardián de doble guía: a) de la constitución nacional b) de la convención americana, reivindica su legitimidad en la garantía convencional, por la ratificación del tratado, se entabla desde un punto de vista normativo el estatuto de la convención de Viena de 1969, donde todos los países que integran el sistema interamericano y ratificaron la competencia contenciosa; cuando por acción u omisión dejen de inaplicar el bloque normativo y precedente jurídico se hacen acreedores hacer responsables internacionalmente. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre, y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos independientemente de su jerarquía en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

De esto es interesante esgrimir que la norma interamericana es *ius cogens* donde

se parte de la premisa hipotética aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en sentido contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Además, normas *ius cogens* solamente pueden ser desechadas por otras normas contrarias y del mismo carácter, pero no mediante tratados o aquiescencias.

Esto nos indica que paso a paso se abre una abertura en el derecho internacional de los Derechos Humanos, la CIDH ha modulado sus fallos por constituir un espectro duro de protección dejando el control difuso en varias facetas de protección para los estados nacionales. El control difuso se enmarca en cabeza de los jueces, para que posteriormente se impetre por todos los órganos jurisdiccionales.

“Así, el “control difuso de convencionalidad si bien se ejerce por todos los jueces Nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con “el Marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte interamericana de Derecho Humanos, sentencia 24 de febrero de 2011, Caso Gelman vs Uruguay, 2011, 239). En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el Artículo 29 del Pacto de San José” (Caso Cabrera García Montiel vs México, 2010, p.p. 41). Aunque parece sorprendente este nicho citacional se avanza aún más donde la CIDH,

“en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”

Esto no indica que la labor administrativa no es ajena a aplicar el control difuso de convencionalidad, así esta posición garantista es proclive a endilgar que el concepto de la supremacía de la convención es obligatorio en su estatuto normativo y su precedente, parece un nuevo juego de roles donde el derecho de los jueces es transnacional, y garantía convencional es universal.

Siendo un nuevo guardián de la CADH y de las garantías convencionales, su deber misión y obligación aplicar a los casos interpartes ya no solo la constitución sino la convención americana y el precedente CIDH como las opiniones consultivas una metodología inductiva de lo particular al hecho general.

Para tomar esto en cuenta la CIDH ha fundado la creación y la protección de las comunidades indígenas en cuanto a la propiedad comunal como un interés difuso siendo reconocido en el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Garantía convencional y medidas cautelares protección del interés difuso: De la propiedad en comunidades indígenas

Pese a que la Convención Americana de Derechos Humanos, no ha tenido en sus protocolos un catálogo de protección de intereses difusos o como lo señala Lorenzetti o de derechos de incidencia Colectiva sus protocolos adicionales no hace mención a ellos, estos son indispensables para la supervivencia humana de esto se puede decir que el

interés difuso se caracteriza por corresponder a un grupo determinado; pues si supone que es interés la relación entre las necesidades de un sujeto y la aptitud bien satisfacerlas, este podrá ser individual o colectivo,. En consecuencia, es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés; pero es la determinación, la falta de límites precisos en cuanto la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés un difuso.

Hoy la justiciabilidad de los derechos de incidencia colectiva se radica principalmente bajo la justicia constitucional, como en Colombia donde se matiza, el Estado de cosas inconstitucionales como el : Desplazamiento forzado, sistema carcelario, y el derecho a la salud, gracias a esto surgen necesidades de protección reforzada que solo se alcanzan en el paralelo de la justicia transnacional como se observa en el caso de la Corte interamericana de Derechos Humanos frente al derecho a la salud en el sistema carcelario

Caso Vera vs Ecuador, 2011, declara:

“la Corte Europea ha tomado en cuenta factores tales como la falta de asistencia médica de emergencia y especializada pertinente, deterioro excesivo de la salud física y mental de la persona privada de la libertad y exposición a dolor severo o prolongado a consecuencia de la falta de atención médica oportuna y diligente, las condiciones excesivas de seguridad a las que se ha sometido a la persona a pesar de su evidente estado de salud grave y sin existir fundamentos o evidencias que las hicieran necesarias, entre otros, para valorar si se ha dado un tratamiento inhumano o degradante a la persona privada de la libertad” se puede decir que gracias a la evolución de los Derechos Humanos es un pilar que se reconocen en dos niveles a nivel nacional en el ordenamiento

normativo y la jurisprudencia constitucional de los países e internacional con pactos que caracterizan sus características así lo afirma carta africana y de los pueblos o cara de Banjul". (p. 190)

Tomando en consideración las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deberían inspirar y caracterizar su reflejo en el concepto de Derechos Humanos y de los pueblos, Reconociendo, por un lado, que los Derechos Humanos fundamentales derivan de los atributos de los seres humanos, lo cual justifica su protección internacional, y, por otro lado, que la realidad y el respeto de los derechos de los pueblos deberían necesariamente garantizar los Derechos Humanos; Considerando que el disfrute de derechos y libertades también implica el cumplimiento de deberes por parte de todos

Encontramos así la protección en diferentes modelos nacionales- internacionales la protección de las garantías judiciales, pero pese a esto esfuerzo de los esquemas normativos se deja entrever que gracias al fortalecimiento del control de convencionalidad los Estados desconocen en contra mayoritariamente los interés difusos, sociales, culturales y espirituales, como el de las comunidades indígenas, esto genero una nueva garantía convencional de acuerdo al art.21 de la convención americana que nace en el caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs Nicaragua el principio de la propiedad comunal de comunidades indígenas.

Caso mayagna (sumo) awas tingni vs Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas. sentencia 31 de agosto de 2001. Párrafo 120), Declara:

"el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. Entre los 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. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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" (p. 120)

Gracias a esto se consolida un precedente vinculante a nivel internacional en el sistema interamericano un ejemplo de los intereses difusos la propiedad en las comunidades indígenas una de las últimas grandes revoluciones en el derecho internacional de los Derechos Humanos ha sido el reconocimiento de los derechos de naturaleza colectiva, entre los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas. Gracias a la declaración de los pueblos indígenas y la observación general No 14 del Comité DESC "tuvo en cuenta la progresividad del derecho internacional de los pueblos indígenas y señaló el surgimiento de un derecho, y una práctica internacional específica, aplicable a los pueblos indígenas,

que quedo expresada en la adopción de diversas normas y resoluciones”

El principio de propiedad comunal corresponde a tres ámbitos uno i) funcional: el asentamiento de la comunidad a sus raíces ancestrales, culturales, ideológicas y familiares que encubran la forma de convivencia social con el Estado ii) Técnica: el consentimiento o consulta que debe solicitar el Estado para realizar cualquier observancia o explotación de sus recursos ecológicos o culturales iii) Material: el acceso a los recursos sencillos y efectivos que tienen las comunidades para solicitar la reclamación a las autoridades cuando esto no se cumpla.

Caso indígena sawhoyamaxa vs Paraguay³, 2006, declara:

“En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”¹⁸⁹.subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultura. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el

derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad” (p. 250)

De esto podemos indicar que el reconocimiento no es solo al derecho internacional de los Derechos Humanos sino el proceso de emancipación y colonización de los pueblos triviales en el continente americano, por eso hoy se endilga que el daño moral es sobre la relevancia cultural de los pueblos indígenas es deshacer los perjuicios perpetrados a su historia por esto desde los años 1990, se ha ido consolidando la personalidad legal de las comunidades, grupos, tribus y su incidencia en la propiedad comunal, cultural y ancestral, generando una doble vía de articulación la personalidad y el patrimonio como atributos de la humanidad,

Caso comunidad indígena de yakie axa vs Paraguay⁴, 2005, declara:

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza

y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades” (p. 168)

De acuerdo a lo anterior se desprende que la propiedad comunal es una garantía que es inherente a la generalidad, inalienable e inembargable siendo un reconocimiento al derecho internacional de los Derechos Humanos de las comunidades indígenas y triviales cuando esta riñe con el concepto de propiedad privada, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo mediante cualquier actividad administrativas o legales so pena de que sea declarado responsable por hecho ilícito internacional, e igualmente lo reafirma el convenio 169 de 1989 de la O.I.T sobre pueblos indígenas y triviales es el sustento jurídico y material para la promoción estableciendo el bloque de convencionalidad y la garantía de protección .

“Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los

derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la 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;

c) 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.

Esto se lleva a deducir que es necesario que los Estados cuando propenda el bienestar de sus coasociados cuando se somete a la explotación, utilización, u observancia de la propiedad comunal de comunidades indígenas deben respetar su suelo y sus costumbres para que no sea afectado el daño moral de estos.

Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador (2012) Declara:

“Es por lo anterior que, en el caso Saramaka vs. Surinam, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia

comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas. Sentencia 27 de junio de 2012, p. 157)

Lo anterior es necesario ya que la sociedad americana confluye una variedad de culturas y pueblos triviales que hacen indispensable el reconocimiento en el precedente obligatorio de la Corte interamericana de Derechos Humanos frente al respeto de los pueblos ancestrales, toda vez que las minorías, aunque parezcan absolutas frente al poder del Estado esta no se pueden contravenir por el valor de los derechos colectivos y los derechos prestacionales.

Cabe decir que el escenario hoy es como se juegan a nivel nacional dentro de las Constitucionales de los países americanos el reconocimiento de la propiedad comunal.

Colombia y la propiedad comunal

Colombia no ha sido ajena al aplicar la protección de las comunidades indígenas siendo unos aplicadores de la garantía convencional sobre consulta previa e impacto ambiental desarrollado por la CIDH, sobre propiedad comunal y territorio ancestral abrogándose un control difuso convencionalidad.

Dentro de la Carta política de 1991 que influyo a un pacto político ciudadano “ se evidencia que esta es la más legítima de todas las constituciones colombianas , en la medida en que su expedición participaron tanto el pueblo, como la totalidad de las instituciones del Estado” (Quinche, 2010, p. 18) y jurídico se marca el multiculturalismo⁵ entre las

comunidades indígenas y afroscendientes, mestizos, y blancos etc.; esto permito un reconocimiento en mayor escala a respuestas y compromisos internacionales consolidándose temas transcendentales como: la consulta previa, y la propiedad colectiva descrito el convenio 169 de la O.I.T y ratificada por la Ley 121 de 1991 desarrollándose el marco normativo de la constitución política de Colombia art. 330.

Pero parece sorprenderse que desde la Ley 135 de 1961 y Decreto 2001 de 1988, existe una política del reconocimiento de la propiedad agraria y el significado en el reclamo de las comunidades indígenas, pero se ha consolidado gracias al precedente del CIDH al caso Saramaka Vs suriname por esto el tribunal concentrado constitucional se parte de dos formas: a) consulta previa b) propiedad colectiva.

La consulta previa parte del consentimiento expreso que tiende que solicitar el Estado a las comunidades cuando la finalidad es explotación, y observación, que lleve a quebrantar los principios de comunidad inspirados en la Carta Magna.

Sentencia SU 039 de 1997, declara⁶:

“A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce

meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación". (P. 20)

De acuerdo a lo anterior se hace imperioso una protección de doble vía por uno fortalecimiento por vía jurisprudencial de la garantía de los pueblos indígenas y un reconocimiento del derecho internacional de los Derechos Humanos pasándose de ser una descripción normativa a un hecho material se consagra como un derecho fundamental, desde la protección de los derechos prestacionales hasta los derechos colectivo e intereses difusos, por este motivo la Corte Constitucional fortaleció los requisitos de la Consulta previa.

a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está

orientado a lograr la preservación de tales culturas.

- b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.
- c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas "deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.
- d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal

virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

- e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo, ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.
- f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación. (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-620 de 2003, p. 41-42)

Por esto en vía administrativa mediante el decreto 1320 de 1998 se reglamentó la consulta previa, pero el *stare decisis*⁷ de la CIDH

en el año 2007 *Casa Saramaka vs Suriname* fijo un marco en el precedente constitucional donde solamente debe tenerse en cuenta el consentimiento sino el impacto ambiental que se puede causar al suelo y subsuelo para la explotación en cuanto a la propiedad como interés difuso de las comunidades indígenas.

Sentencia T-769 (Corte Constitucional de Colombia, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 2009, pp. 31, 33), declara:

“la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento.

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos y la preservación de dicha integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos.

Es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio

del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa.” (p. 31-33)

De acuerdo a lo anterior se desprende que cuando se realice la explotación y exploración a los territorios nativos de las comunidades indígenas es necesario que pese a la consulta previa debe sumársele un equilibrio entre lo que se busca y lo que se pierde en el ambiente ya que si el costo es mayor que el beneficio recibido se puede decir que sea acogerá a la protección de la comunidad y al ambiente llegándose a la protección de la propiedad colectiva y el territorio ancestral.

Sentencia T-525 de 1998, declara: (Corte Constitucional de Colombia, M.P José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia T-525 de 1998, p. 6)

“el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos. El dominio comunitario sobre tales territorios debe ser objeto de especial protección por parte de la ley y de las autoridades. El desconocimiento de él y de sus consecuencias jurídicas quebrantaría de manera grave la identidad misma de las comunidades, implicaría ruptura del principio constitucional que las reconoce y, en el fondo, llevaría a destruir la independencia que las caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus culturas y creencias” (p. 6)

De esto es preciso decir que gracias a la consolidación de los precedentes de la CIDH cuando se ejerce el control de convencionalidad, el órgano especializado constitucional,

comprende en su entendimiento que no es suficiente la consulta previa con el consentimiento a la participación de la comunidad, sino sumado a esto el impacto ambiental que se le genera a la propiedad colectiva como símbolo del interés difuso que se genere en el territorio ancestral, así mismo se concreta si existe un potencial daño o eventual, no es posible el otorgamiento de licencia para la explotación, concreto esto es un efecto vinculante para las autoridades jurisdiccionales y funcionarios públicos.

Notas

1 Entiéndase el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (códigos)

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala, Sergio voto concurrente Sergio García Ramírez. Sentencia el 25 de noviembre de 2007.P.P 27

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena sawhoymaxa vs Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006, p 250.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena de yakie axa vs Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 junio de 2005, p. 168

5 Entiéndase como multiculturalismo la convivencia de varias culturas al interior de un mismo espacio geográfico aboga por la coexistencia

enriquecedora y la participación de todos sus miembros (llámense ortodoxos, islamitas, indígenas o de cualquier naturaleza) en un marco de respeto y tolerancia, unidos por un mismo origen y destino común.

6 Corte Constitucional de Colombia. M.P Antonio Barrera Carbonell, Sentencia SU 039-1997. P. 20

7 Entiéndase como una locución latina, que se traduce interpretativamente como “mantenerse con las cosas decididas”, utilizada enderecho para referirse a la doctrina según la cual las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan como jurisprudencia a aquellas que, sobre el mismo objeto, se dicten en el futuro.

Referencias bibliográficas

Libros

Albanese, Susana (2011). *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales, control de convencionalidad. La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales*. Editorial Ediar.

Bidart Campos, Germán (1994). *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*. Editorial Ediar.

Bobbio, Norberto (1992). *Teoría general del Derecho*. Editorial Temis.

Comella Ferreres, Víctor (2011). *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Editorial Marcial Pons.

De la Guardia Ernesto (1997). *Derecho de los Tratados Internacionales*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Dromi, Roberto (1992). *Los jueces ¿Es la justicia un tercio del poder?* Editorial Ciudad Argentina.

Gozaini, Osvaldo (2006). *Introducción al derecho Procesal Constitucional*. Editorial Rubinzal – Culzoni.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando (2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley.

Quiroga Medina, Cecilia (2005). *La Convención americana teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Editorial Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Sagués, Néstor Pedro (2002). *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Tomo 1 Editorial Astrea.

Sola, Juan Vicente (2001). *Control Judicial de Constitucionalidad*. Editorial Abeledo- Perrot.

Vidart, Daniel (1968). *Ideología y realidad de América*. Universidad República de Montevideo.

Zimerman, Silvana (2011). *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales, control de convencionalidad. El derecho de propiedad*. Editorial Ediar.

Páginas electrónicas

Ferrer Mac Gregor Eduardo (2010). *El Control difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*. Documento on line www.juridicas.unam.mx.

Fundación Civitas Firma. Home (s/f) » *Derechos Humanos* » Carta Africana sobre los *Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)*. Disponible en internet en <http://fundacioncivitas.org/2006/10/carta-africana-sobre-los-derechos-humanos-y-de-los-pueblos-carta-de-banjul/>

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García Montiel Flores Vs México*, Sentencia 26 de noviembre de 2010, voto razonado Eduardo Ferrer Mac Gregor- Pisot.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs Uruguay*. Sentencia 24 de febrero de 2011 Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala*, Sentencia 25 de noviembre de 2007 voto concurrente Sergio García Ramírez.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vera y otra Ecuador. Excepción preliminar, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 19 de mayo de 2011

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs Nicaragua*. Excepción preliminar, Fondo reparaciones y costas. sentencia 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso comunidad indígena sawhoyamaxa vs Paraguay*. Excepción preliminar, Fondo reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo reparaciones y costas*. Sentencia 27 de junio de 2012

Corte Constitucional de Colombia. M.P Antonio Barrera Carbonell, Sentencia SU 039-1997.

Corte Constitucional de Colombia, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-620 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia, M.P Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia T-769 de 2009.

Corte Constitucional de Colombia, M.P Jose Gregorio Hernández Galindo, Sentencia T-525 de 1998