



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

**El Control de Convencionalidad Frente al Ejercicio Pretemporal de la Acción de
Restitución**

Mario José Lozano Madrid

Facultad de derecho

**Maestría defensa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ante
organismos, cortes y tribunales internacionales**

12 de junio de 2018

**El Control de Convencionalidad Frente al Ejercicio Pretemporal de la Acción de
Restitución**

Mario José Lozano Madrid

Trabajo presentado como requisito para optar al título de Magister en Defensa de los
Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Cortes y
Tribunales Internacionales.

***Director: Helber A. Noguera Sánchez**

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ-COLOMBIA

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá D.C., 4 de septiembre de 2018

Bogotá D.C., 4 de septiembre de 2018

Doctor:

CARLOS RODRIGUEZ MEJIA

Director Maestría en Defensa de los Derechos Humanos

Apreciado Director:

La presente comunicación con el fin de manifestar mi conocimiento y aprobación del trabajo de grado titulado “El Control de Convencionalidad Frente al Ejercicio Pretemporal de la Acción de Restitución”, elaborada por el estudiante de Maestría MARIO JOSÉ LOZANO MADRID, C.C 4.993.962, presentado como requisito para optar al título de Magister en Defensa de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario ante organismos, cortes y tribunales internacionales.

Cordialmente,

HELBER A. NOGUERA SANCHEZ

Director Trabajo de Grado

Contenido

INTRODUCCION	1
Capítulo I	4
Efecto vinculante y efecto vinculante obligatorio de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	
Interamericana de Derechos Humanos.	4
Naturaleza y Función Judicial de la Corte Interamericana:	4
Efecto jurídico de los tratados internacionales.	6
Efecto jurídico obligatorio y vinculante de las decisiones judiciales de la Corte IDH.....	11
Efecto jurídico obligatorio o inter pares	12
Efecto jurídico vinculante o erga omnes (Tesis Positiva).....	14
Capítulo II	23
Incidencias del Control de Convencionalidad en los Procesos de Justicia Transicional	
Aspectos conceptuales, sustantivos y procesales del Control de Convencionalidad.....	23
Dimensión democrática del control de Convencionalidad con relación a la función jurisdiccional de los jueces.	32
Recurso judicial efectivo	42
Capítulo III	48
La acción de restitución y cautelar de protección de derechos territoriales como recursos judiciales efectivos de las graves violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno colombiano.	
Protección de los derechos de las minorías y pueblos étnicos:.....	49
Derecho al territorio y su fundamentalidad:	56
Definición de Justicia Transicional	64
Modelo y objeto de Justicia Transicional.....	66
Mecanismos asociados a la Justicia Transicional.....	72
Capítulo IV	76

Control de Convencionalidad del término para el ejercicio de la acción de restitución de Derechos territoriales	76
Breve reseña del origen y prolongación del conflicto	76
Temporalidad para el ejercicio de la acción de restitución:	78
Exequibilidad del marco temporal establecido para el ejercicio de la acción de Restitución de Tierras sentencia de Constitucionalidad C-250 de 28 de marzo de 2012.....	83
Sentido general:.....	84
Sentido Específico:.....	85
Obligatoriedad de aplicación del Control de convencionalidad por parte de jueces y Unidad de restitución de tierras.....	103
Aplicabilidad de los parámetros de la sentencia C-250 de 2012 a la acción de Restitución Étnica.	110
Conclusiones:	121
Bibliografía y Referencias	123

“Convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones.”

Carta de la OEA

INTRODUCCION

“El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico” (Bobbio, 1997, p. 25). Aplicabilidad que busca decantar el sórdido mundo más allá de la dogmática jurídica.

El presente trabajo tiene como finalidad establecer a partir del control de convencionalidad los elementos de juicio necesarios que permitan determinar el carácter inconvencional de la limitación temporal para el ejercicio de la acción de restitución, señalada en el artículo 75 de la ley 1448 de 2011 y replicada sin ninguna contemplación a la acción de restitución de los derechos territoriales de los pueblos y comunidades étnicas en los decretos leyes 4633 y 4635 de 2011.

Como es conocido tanto la ley de restitución de tierras y los decretos que facilitan la restitución de los derechos territoriales étnicos, establecen como límite al ejercicio de la acción de restitución por despojo o desplazamiento el 1º de enero de 1991, y para el caso étnico desde 1990 cuando se trata de despojo o desplazamiento de tierras coloniales, pues para otras calidades territoriales será la primera fecha indicada.

Criterio temporal que al ser sometido al estudio de constitucionalidad ante la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-250 de 2012, resultó exequible. De ahí que con tal fundamento, el presente trabajo aborda una serie de críticas a las razones esbozadas por la máxima corporación en torno a la constitucionalidad de dicha limitación temporal, e intenta mostrar, cómo dichas razones resultan lesivas a un conglomerado de víctimas desposeídas antes de la fecha de caducidad dispuesta en la ley e inaplicables a la acción de restitución de derechos territoriales de pueblos colectivos.

Por lo anterior, este trabajo desarrolla la posición jurídica que respalda el carácter vinculante de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH) al sistema jurídico y judicial de los países partes. Así como la obligatoriedad de aplicación por las autoridades de derecho interno de la teoría de control de convencionalidad, a la luz del sistema interamericano y sistema constitucional colombiano; También se acude para complementar el estudio a los conceptos de justicia transicional, recurso judicial efectivo y al carácter democrático que los jueces deben tener al proferir sus decisiones judiciales, con el propósito de fortalecer la propuesta, buscando darle al lector, todos los elementos que rodean la tesis sostenida respecto a la aplicabilidad Pretemporal de la acción de restitución. Para ello, se acoge una serie de capítulos progresivos, que desarrollan todos los criterios hasta llegar al capítulo cuarto, en el que se analiza de manera sucinta, pero teniendo en cuenta lo estudiado en los capítulos anteriores, el objeto del presente trabajo.

Finalmente, dan algunas conclusiones respecto de la aplicación del control convencional por parte de la Unidad y Jueces de Restitución de Tierras y territorios, a asuntos de despojo, desplazamiento o hacinamiento ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1991.

Capítulo I

Efecto vinculante y efecto vinculante obligatorio de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin pretender anular la posición que niega el efecto vinculante de las decisiones judiciales del Sistema Interamericano a los países partes. Nos proponemos en este capítulo, desarrollar la tesis positiva del efecto vinculante de las resoluciones judiciales del sistema interamericano al sistema interno de los países partes. Para ello, acudiremos a la naturaleza y función de la Corte Interamericana, así como al sistema de fuentes del Derecho internacional público.

Naturaleza y Función Judicial de la Corte Interamericana:

Conforme al artículo 1º del estatuto de la misma Corte, la Corte Interamericana, “es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención americana sobre derechos humanos” (Estatuto de la Corte IDH, 1979). De ahí que conforme a dicha Convención la Corte, en sus facultades judiciales autónomas, ejerce varias funciones: *Función contenciosa, función de supervisión, función consultiva y función cautelar.*

La *función contenciosa*, dentro de la que se encuentra la competencia de la Corte para resolver los casos con el fin de determinar si un Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derecho o libertad consagrados en la Convención Americana o

en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, siendo para ello necesario haberse agotado los procedimientos que la Convención prevé. (Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 7); (Ruiz Miguel, 1998).

La segunda, una *función de supervisión* del cumplimiento de las sentencias que declaran la responsabilidad del Estado. La tercera, una *función consultiva* (Convención Americana, 1969, art 64), respecto: i) a la interpretación de la convención americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; ii) Juicios sobre la compatibilidad de las leyes internas de los Estados partes y la Convención Americana; iii) Juicios sobre la compatibilidad de la Convención Americana con otros tratados de derechos humanos que involucren a los Estados Americanos.

Adicional a ellas, La Corte en la opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, declaró competencia para ejercer esta función respecto a las reservas que los Estados americanos plantean en los tratados relativos a los derechos humanos; en la opinión consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, la declaró respecto la declaración Americana de los derechos humanos y Deberes del hombre.

Finalmente, posee una la *función cautelar*, en virtud de la cual la Convención Americana (1969), en el numeral 2 del Art. 63 señala que:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar medidas

provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Efecto jurídico de los tratados internacionales.

Respecto a las fuentes del Derecho internacional, históricamente se ha aceptado la enunciación señalada por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, inserto en la Carta de Naciones Unidas. Regla que diferencia entre fuentes principales y fuentes auxiliares, señalando entre las primeras: *los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho internacional*; y en las segundas: *la doctrina y las decisiones judiciales*.

En este aparte nos centraremos sólo en la Convención americana y en las decisiones judiciales de la Corte IDH, fuentes que generan un efecto vinculante de los países, y en particular Colombia, como suscriptora de la convención.

Es pacífico aceptar que los tratados¹ se constituyen en la fuente principal de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. De esta manera, las disposiciones de la Convención americana deberán ser acatadas por todas las autoridades del Estado parte en la

¹ Definidos por el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación*”

medida que “*en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, [hubiere] declara[do] que reconoce como obligatoria de pleno derecho sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención*” comprometiéndose “*a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*” (Artículos 62.1 y 68.1).

De ahí que en principio, sólo aquellos Estados que ha ratificado la Convención y han aceptado previamente la competencia de la Corte están sometidos a ellas, y adquirieron obligaciones que esta Convención establece. Pues, si bien se trata de un tratado moderno multilateral -no del tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes- por su objeto y fin de protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, los estados partes asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre 1982).

El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, por la Comisión Europea de Derechos Humanos Citado por la Corte Interamericana en Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre 1982, Corte I.D.H. (Ser. A) No. 2, al declarar "*que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes*" (" Austria vs. Italy ", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140)."

Así mismo, la Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, *"que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho"* (Ibid., pág. 138).

En el caso de Colombia, éste firmó la Convención el día 22 de noviembre de 1969, ratificándola el 28 de mayo de 1985, con depósito el 31 de julio de 1973; no obstante, sólo hasta el 21 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad (Organización de los Estados Americanos (OEA)).

Por lo que sin duda alguna, una de las obligaciones adquiridas por Colombia tras el depósito y ratificación de la Convención americana son las regladas en los artículo 1.1 y 2 de la Convención, los cuales a su tenor señalan:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición

económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convención Americana, 1969, art. 1.1.)

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana, 1969, art. 2.)

Desde tales disposiciones la Corte ha establecido una robusta doctrina de convencionalidad, la cual detallaremos en el siguiente aparte, v.gr. en el Caso Yatama vs Nicaragua para la Corte resulta obligatorio que los Estados supriman los *'preceptos'* y las *'prácticas'* de cualquier naturaleza que entrañen una violación de las garantías previstas en la Convención (párr. 120 y 170); mientras que en el Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988), estableció el carácter fundamental del artículo 1.1 para determinar si una violación a los derechos humanos puede ser atribuida a un Estado (párr. 164).

De lo dicho, se concluye que en la libertad de un Estado de suscribir, ratificar y depositar un tratado, se encuentra el origen de sus obligaciones de acatar las reglas en él contenidas, de las cuales, también se determinará su incumplimiento y responsabilidad. Siendo ello así, se hace necesario determinar y distinguir cuáles son los tipos de obligaciones que se generan para un

Estado parte de la Convención americana².

De este modo un Estado que no ha ratificado la convención se le denomina Estado miembro tiene la obligación general de cumplir la Convención americana, mientras que el Estado que la haya ratificado deberán cumplir con las obligaciones particulares establecidas en los artículos 1 y 2 de la convención. Sin embargo, un Estado haya ratificado la Convención americana y aceptado la Competencia de la Corte, tiene no sólo la obligación de cumplir toda la convención sino que además se encuentra bajo la competencia de la Corte, cuya competencia contenciosa lo podrá hallar responsable internacionalmente, generando en dicho Estado Parte, la obligación de cumplir la decisión de la Corte.

De lo dicho, podemos afirmar que los Estados tienen dos tipos de obligaciones frente a la convención, unas “*obligaciones “específicas”*” y otras “*obligaciones generales*”; v.gr., mientras

² Se hace necesario aclarar que si bien la Convención Americana es el instrumento internacional en la región que irradia otros instrumentos y protocolos convencionales que complementan el régimen de protección interamericano, tales como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, La convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, entre otros. (Ricardo Méndez Silva, *Las Obligaciones generales de los Estados conforme a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos: Los artículos 1 y 2*, dentro del Libro Estudios en Homenaje a César Esquinca Muñoa, Universidad Autónoma de México, p. 393).

que la obligación de aceptar previamente la competencia de la Corte es una obligación específica, las señaladas en el artículo 1.1 y 2 de la Convención, tales como la *obligación: de respeto; de garantía; de no discriminación y de adecuación*, son del orden general, pues su contenido es de una más amplia interpretación.

Efecto jurídico obligatorio y vinculante de las decisiones judiciales de la Corte IDH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se dijo, tiene atribuciones en materia consultiva y contenciosa. Siendo esta última, su función propia y estrictamente jurisdiccional, es decir, la que le faculta para adelantar los procesos contra cualquier estado que haya aceptado su jurisdicción, y declarar si encuentra o no probado un incumplimiento del Pacto de San José por parte del Estado demandado.

No obstante, a diferencia de la claridad de los efectos que se forjan en torno a la suscripción y ratificación de la Convención, resultan bastantes discutidos cuales son los *efectos jurídicos* que generan sobre los Estados partes las decisiones judiciales proferidas por la Corte IDH. Es decir, tratamos de indagar sobre cómo las decisiones judiciales de la Corte Interamericana se integran dentro del sistema jurídico de los países que hacen parte de la Convención, y en particular en el sistema jurídico colombiano. Discusión que obedece, por lo menos, a dos aspectos, el primero, se refiere a la forma literal en que se encuentra redactado el asunto en la Convención americana y, el segundo, debido al carácter de fuente auxiliar de que se le otorga a la jurisprudencia.

La literalidad del artículo 68.1 señala que el Estado Parte en la Convención se compromete a

cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sea parte. Tal descripción normativa nos obliga a indagar respecto al compromiso del Estado asociado al sistema convencional en todos aquellos casos en que no haya fungido como parte.

Como respuesta al anterior planteamiento la doctrina ha derivado dos efectos jurídicos de las decisiones judiciales proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un *efecto jurídico obligatorio*, y un *efecto jurídico vinculante*. (Romero Pérez, 2011, p. 18). Sobre los cuales teorizamos a continuación con el propósito de ir avanzando en una respuesta al problema jurídico que se pretende abordar en capítulos siguientes.

Efecto jurídico obligatorio o inter pares

El efecto jurídico obligatorio, también denominado inter pares, se deriva precisamente de haber sido parte dentro de la situación contenciosa, del haber recibido las órdenes de la parte resolutive de la decisión judicial. En este sentido la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-653 de 2012, expresó:

(...) Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos. Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean- no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás

del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales.

En conclusión, conforme al tenor del artículo 68 de la Convención americana no cabe duda que atendiendo al sentido del lenguaje, los términos “*comprometen*” y “*cumplir*” en dicha disposición, no dejan opción distinta a un Estado Parte que el obedecimiento o cumplimiento de la decisión judicial. Pero tal obligatoriedad no sólo se deriva del consentimiento prestado por el Estado al aceptar la competencia de la Corte, sino además, de la misma obligación de cumplimiento de la Convención americana, en especial –como se dijo- de lo dispuesto en los artículos 1.1. y 2 del mismo instrumento.

Deviene como complemento a tal obligatoriedad lo señalado en la Convención de Viena impone en su artículo 27 la imperiosa necesidad de cumplimiento del Estado frente a los tratados, aun cuando en su derecho interno exista una norma que sea contraria a él. “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”.³

No obstante, no nos detenemos sobre este punto dado el sentido pacífico de la discusión en el que la doctrina da por sentado que en aquellos casos en lo que se es parte, las decisiones judiciales de la Corte interamericana deberán ser cumplida.

³ Es lo que prescribe el art. 27 de dicha Convención, al que recientemente la Corte Internacional de Justicia reconoció reflejar el derecho internacional consuetudinario. (CIJ Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), de 20 de Julio de 2012.)

Efecto jurídico vinculante o erga omnes (Tesis Positiva)

Contrario a lo que sucede con el efecto jurídico obligatorio, existe una tensionante discusión respecto a la fuerza vinculante o erga omnes que las decisiones judiciales de la Corte Interamericana puedan tener sobre los Estados Partes. Esto es, el grado de obligatoriedad de la decisión judicial para los Estados que no fueron parte en el conflicto.

El efecto vinculante, por tanto, hace referencia a la obligatoriedad para los Estados Partes de acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte IDH en los casos en que éstos no tienen comprometida su responsabilidad judicial, es decir, decisiones judiciales en los que la parte resolutive compromete a otro Estado parte de la Convención.

Para la resolución de dicha discusión se han adoptado dos tendencias polarizadas, la primera, *tesis negativa del efecto vinculante de las decisiones judiciales de la Corte IDH*, reconocida por su marcado acento negativo respecto a la obligatoriedad de los efectos vinculantes que le puedan producir a un Estado una decisión judicial adoptada contra otro Estado; la segunda, la cual nos proponemos a sustentar en este trabajo, corresponde a la aceptación de la producción de efectos jurídicos en todos los ordenamientos interno estatales por las decisiones judiciales de la Corte IDH.

En este sentido tal teoría se ha construido a partir de distintos puntos de vista, a saber: 1) los parámetros interpretativos de la Convención diseñados por la Corte Interamericana, 2) la

obligatoriedad de cumplimiento de los tratados dispuesta en el artículo 27 de la convención de Viena, 3) las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención, y 4) la internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano.

Desde los parámetros interpretativos de la Convención diseñados por la Corte Interamericana, recordemos que el artículo 33 de la Convención establece que la Corte IDH tiene competencia *para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención*, que aunada a la ya descrita aceptación expresa de la competencia de la Corte IDH por parte del Estado, dispuesta en el artículo 62.1., nos permite abordar la *competencia interpretativa de las normas de la convención* en los casos que le sean sometidos. Tal facultad, sostiene Benavides-Casals (2015), “es una reafirmación de la regla general que señala que las instancias jurisdiccionales internacionales interpretan y aplican la norma (la Convención) para obtener una norma jurídica vinculante (la sentencia) obligatoria para las partes en juicio” (p. 152).

Siendo la Corte IDH el intérprete auténtico de la Convención, ésta ha dispuesto la autoridad de sus decisiones, no sólo respecto al Estado o Estados que hagan parte del asunto que busca establecer su responsabilidad, sino además a todos y cada uno de los Estados que están vinculados al Sistema Regional de Protección de Derechos humanos, es decir, todos los Estados que funcionarían como terceros respecto al caso. En la sentencia de Almonacid Arellano y otros vs. Chile la Corte indicó que *“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” (párr. 112).

De esta manera, el obedecimiento de la doctrina de la Corte no es una cuestión que los Estados puedan decidir libremente. Pues reconocida su jurisdicción y siendo ésta la intérprete auténtica de la Convención, resulta oponible la interpretación que de la misma haga la Corte en sus decisiones, sea el Estado directamente condenado o no, de modo que, como se verá más adelante, los tribunales nacionales y los poderes del Estado está obligado a invocar los criterios definidos por la Corte interamericana en su jurisprudencia, para con ello garantizar el respeto y cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado, que se encuentran contenidos en la Convención. Se trata por tanto, en términos de Rodríguez Rescia (1997), de un efecto de *cosa interpretada*, basada en el principio de precedente (*stare decisis*), “como norma que ha de aplicarse en situaciones facticas similares” (p. 17).

Además de lo ya mencionado sobre la obligatoriedad de cumplimiento de los tratados dispuesta en el artículo 27 de la Convención de Viena, aun cuando vaya en contra de una disposición interna declarada incluso constitucional, el artículo 31.3.b de la misma Convención establece que “toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”, y aunque varios autores sostienen que el acto de que una autoridad nacional estado adopte los elementos de una sentencia como obligatorias en la que el Estado no ha sido parte, no produce los efectos ergas omnes de las sentencias de la Corte, sino solo una obligación jurídica unilateral (Benavides-Casals, 2015, p.p. 160 -161), lo cierto es que la misma Corte Interamericana con ocasión del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, al analizar varias decisiones de tribunales supremos de diferentes

Estados pertenecientes al sistema interamericano, como Costa Rica, Republica Dominicana, Perú, Argentina y Colombia, sostuvo que la disposición de los órganos internos a cumplir las decisiones internacionales es bastante notoria y que realmente presupone la obligatoriedad de lo que es decidido por la Corte Interamericana. (párrs. 226 -232), señalando respecto a Colombia que:

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”⁴

La misma Convención, en su artículo 32, enuncia reglas complementarias de interpretar los tratados internacionales, diciendo:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la

⁴ Véase: Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia, párr. 6 (Citado por la Corte Interamericana, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, pie de pagina parr. 232).

interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Respecto a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la Corte IDH, al interpretar la obligación de “adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertadas”, en el caso *Almonacid Arellano y otro vs Chile*, señaló:

“Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que:

“[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.”

Situación que nos lleva al aspecto que conocemos como *“Internalización de la Convención Americana en los respectivos ordenamientos jurídicos del continente americano”*, lo cual, no es otra cosa que la interacción entre el sistema jurídico interno y el internacional con la finalidad de avanzar en la máxima protección y garantía posible de los derechos humanos. Interacción en la que juega un papel muy importante los pronunciamientos de la Corte Interamericana, pues no

hay que olvidar cómo varios pronunciamientos de la Corte IDH han generado tensiones respecto a la protección judicial y garantías de las víctimas en contextos transicionales o de paz en varios países de la región, por ejemplo, leyes de amnistía a victimarios en países como el Salvador, Chile, Paraguay y Perú, fueron depuestas por la jurisprudencia de la Corte por no encontrarse conforme a la Convención. En el Caso de el Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, (2012), por ejemplo se protegió, además de los derechos a la investigación y sanción de los responsables, el derecho a la propiedad ordenándose al Estado *“garantizar las condiciones adecuadas a fin de que las víctimas desplazadas puedan retornar a sus comunidades de origen de manera permanente...”* (p. 148).

En la opinión consultiva 18/03, encontramos dentro del voto razonado del Cançado Trindade importantes anotaciones en el sentido de los efectos producidos por las decisiones judiciales de la Corte IDH en los niveles internos, distinguiendo dos dimensiones complementarias de las obligaciones erga omnes: *“una horizontal y otra vertical”*, considerando las primeras como *“atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo”* en razón de las cuales, todos los Estados partes de la Convención estarían vinculados (obligaciones erga omnes partes). Respecto de las obligaciones generales de dimensiones verticales, señala, que son aquellas que *“vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)”*. Obligaciones que a su juicio habían *“pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea”* (Voto Concurrente Cançado Trindade , 2003, párr. 77 y 78).

Podríamos afirmar, entonces, que cuando un Estado acude a las decisiones de las Corte está

acudiendo directamente a la Convención, tornándose por tanto obligatorio para él, haya o no participado en el asunto. Así lo ha referido la Corte en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012), cuando dijo:

En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (párr. 262)

Para Bandeira Galindo, (s.f.) la tesis expuesta, encuentra reflejos en varias de las máximas corporaciones judiciales de la región, así por ejemplo: (P)ara la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la fuerza de la decisión de la Corte Interamericana “*al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio–el mismo valor de la norma interpretada*”.

República Dominicana:

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana entiende que “*es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales*”.

Argentina:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina señaló que las decisiones de la Corte Interamericana “*resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)*”, estableciendo que su interpretación de la Convención Americana debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Colombia:

La Corte Constitucional de Colombia, a su vez, considera la jurisprudencia internacional “*criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*”.

Perú

El Tribunal Constitucional de Perú, (..) llega al punto de convertir en obligatorias todas las decisiones da Corte Interamericana (...) al sostener que: “*la vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos*

internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal". (pp. 259 y 260).

Ninguna duda queda de la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana en los sistemas internos de los Estados partes y de la obligatoriedad de cumplimiento de los parámetros establecidos en la Convención Americana, de la cual Colombia hace parte. De ahí que bajo esta óptica, con el fin de dar solución al objetivo propuesto, esto es, la posibilidad en el sistema jurídico interno Colombiano del ejercicio de la acción por hechos ocurridos con anterioridad a los límites establecidos en los artículos 75 de la ley 1448 de 2011, 142 y 108 de los D. L. 4633 y 3635 de 2011 que regulan la acción de Restitución de Tierras dentro del sistema de justicia transicional para las víctimas de despojo, abandono, confinamiento, desplazamiento con ocasión del conflicto armado colombiano, en los capítulos siguientes abordaremos a lo sumo la doctrina del "*control de convencionalidad*", la forma cómo el Estado colombiano ha adoptado el sistema internacional de los Derechos Humanos, el valor que ha dado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los aspectos atinentes a la acción de restitución y cautelar de los derechos territoriales, la incidencia del control de convencionalidad en los procesos de justicia transicional y las razones que desde la jurisprudencia local, internacional y la convención y otros instrumentos internacionales motivan el desacuerdo con la tesis de constitucionalidad emitida por la Corte Colombiana en la sentencia C-250 de 2012, entre otros.

Capítulo II

Incidencias del Control de Convencionalidad en los Procesos de Justicia Transicional

Aspectos conceptuales, sustantivos y procesales del Control de Convencionalidad.

Tras el tratamiento realizado al efecto vinculante en el capítulo anterior, en este aparte proponemos abordar los aspectos conceptuales, sustantivos y procesales del Control convencionalidad. Para ello, de manera sistemática y breve se acudirá a la evolución jurisprudencial y doctrinal que ha tenido la institución a definir.

El control de convencionalidad se presenta doctrinariamente como una medida orientada a que los Estados cumplan las obligaciones contempladas en la Convención Americana, tales como el respeto, garantía y *adecuación de su sistema interno*; en virtud del cual, las autoridades de un país miembro se encuentra “*en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se conforman con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como con la interpretación que de éstas hace la misma Corte [Interamericana de Derechos Humanos]*” (Contesse, 2013, p. 3).

Según Hitters (2009), se trata de una institución regional, que se ha estructurado y desarrollado en razón de las funciones que la Convención en lo los artículos 61 al 69 le impone a la Corte.

Podemos decir, que el inicio de la institución “control de convencionalidad” se encuentra en la Opinión Consultiva Número 4 de 1994, elevada por la Comisión interamericana, ello por cuanto, es en dicha Opinión en la que la Corte tras poner de referentes varios antecedentes, declara que un Estado es responsable internacionalmente cuando sus agentes o funcionarios expiden y aplican una ley manifiestamente violatoria de la Convención (Corte IDH, 1994). Descripción que no es más que la reiteración de la regla 27 de la Convención de Viena (1969) sobre el Derecho de los Tratados, según la cual, las obligaciones que el derecho internacional impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento en el derecho interno.

Pese a lo dicho, existe una gruesa línea doctrinaria⁵ que avocan los orígenes del control de convencionalidad en el voto concurrente del Juez GARCIA RAMIREZ en la sentencia de fondo del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, en el que indicó:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no

⁵ Véase: SERGIO GARCÍA RAMIREZ, *El control Judicial interno de convencionalidad*, y KARLOS A. CASTILLO JUAREZ, *Control Difuso de Convencionalidad, Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces nacionales*, en FERRER MAC-GREGOR (2012), *Control Difuso de Convencionalidad, Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, México, p.p. 81 ss. – 211 y ss.

puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”

No obstante, pese a tan importante aporte, no fue sino hasta el año 2006 en la que la Corte aborda la Institución del ‘control de convencionalidad’ en su jurisprudencia, al estudiar el caso *Almonacid vs Chile*, en la que señaló:

*“(...) 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 (sic) 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 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*, párr. 124).*

Unánime es la doctrina en expresar, que no es, sino hasta el caso Almonacid en el que toma gran importancia la institución “control de convencionalidad”, que al ser replicada en otros casos, denota notables avances como una medida efectiva de protección y garantía para la población de los Estados que hacen parte del Sistema, v. gr.: en el caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, la Corte resalta como función importante de las autoridades internas la oficiosidad de su ejercicio dada la utilidad de la Convención Americana y los tratados sobre Derechos Humanos; en el Caso Boyce y otros vs. Barbados, La Corte señaló que dicho control debe tener en cuenta además “*la conveniencia de la norma frente al caso, de modo que el juez pueda decidir si ésta restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención Americana*” (Rincón Plazas, 2013, p. 8). Doctrina replicada también en los casos La Cantuta vs. Perú, Fermín Ramírez y Raxacó Reyes vs Guatemala, Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay.

El control de convencionalidad, se manifiesta eminentemente como una actividad jurisdiccional, cuya competencia, en el ámbito internacional se radica en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el orden interno, en todos los jueces y tribunales locales, incluidos los órganos de cierre judicial.

Según Sagüés (2009), la Corte con su sentencia busca que el Estado miembro, adopte las medidas necesarias para reformar sus normas internas (incluidas las de orden constitucional), a fin de que el mismo las adecúe a lo que la Convención Americana establece (p. 6). Dicho

control es conocido como “*Control de Convencionalidad Concentrado*” (Rincón Plazas, 2013, p. 9) basado en la función de la Corte interamericana establecida en los artículos 1 y 2 de la Convención.

En el ámbito local, la convencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto normativo objetado a la luz de la convención. En este sentido tenemos la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH de 9 de mayo de 2008 del caso Ramírez y Raxcacó vs Guatemala, mediante la cual, ordenó al Estado no “ejecutar a ningún condenado a muerte, hasta tanto no se adecue la legislación a la Convención Americana” (Caso Ramírez y Raxcacó vs Guatemala, 2008, p. 19, párr. 63). Es decir, no se trata de derogación de la norma. Esta actividad es conocida como “*control difuso de convencionalidad*”. Tal como lo expusiera en voto razonado el Juez Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C num. 220, párrafo 29 al indicar:

“(…) Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad.”

La Corte Interamericana en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y

otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, a párrafo 128, estableció la obligación a los jueces de velar por la efectiva protección de los Derechos contemplados en la convención:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.”

Al buscar el control de convencionalidad la protección y efectividad de los derechos Humanos en la Región, es consecuente que tal actividad pueda ser ejercida por cualquier autoridad en los países miembros, tengan o no un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, aunque ello, según Sagüés (2009) comporte un problema de competencia en aquellos que tienen vedado a los jueces el ejercicio del control constitucional (p. 2).

No obstante, en criterio del juez FERRER MAC-GREGOR dentro del caso Cabrera Caso García y Montiel Flores vs México:

“(…) no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA” (párr. 20).

El “control difuso de convencionalidad”, de acuerdo con el mismo caso, convierte al juez nacional en *juez interamericano*: *“en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad.* Puesto que tienen la misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. (párr. 24).

Por ello, si bien en las primeras líneas de éste trabajo, se ha hecho hincapié en el control de convencionalidad como actividad jurisdiccional, y se ha puesto la competencia del mismo en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los órganos judiciales internos de los Estados partes. Es necesario advertir, que la evolución jurisprudencial en el concepto de dicha actividad ha cobijado –como obligatoria- a los órganos Administrativos y legislativos de los Estados; de manera que, en la actualidad todos los órganos del aparato estatal se encuentran en

la obligación de que en su *ejercicio de poder* deban realizar además de los controles de legalidad y constitucionalidad, el de convencionalidad. Así lo dejó dicho la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso *Juan Gelman vs Uruguay*, al señalar:

“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, (...)” (párr. 193). [Subrayado fuera del texto]

Reafirmando la misma sentencia que la legitimación democrática en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo *“susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, 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”* (caso Juan Gelmán vs. Uruguay), (párrafo 239) [Subrayado fuera del texto]

Pero la doctrina que hasta ese momento se mostraba como una enorme posibilidad de garantía y protección de derechos ha venido construyéndose sobre líneas obligatorias para todos los funcionarios y demás autoridades de los Estados miembros del sistema interamericano. En el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012), por ejemplo, la Corte IDH presenta como obligatoria la observancia convencional a todos los niveles de autoridad de los Estados partes:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (párr.. 262)

Por ello, una aproximación al concepto de Control de convencionalidad, viene a ser: La actividad jurisdiccional que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los jueces y tribunales locales y/o cualquier otro órgano con funciones judiciales de un Estado Parte, sobre las normas legales, constitucionales y la jurisprudencia internas, en un caso sobre el cual se tenga competencia; así como las autoridades administrativas y legislativas de un Estado, con el propósito de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, sus protocolos adicionales y eventualmente otros instrumentos internacionales.

Dimensión democrática del control de Convencionalidad con relación a la función jurisdiccional de los jueces.

Los jueces no escapan a las pautas divergentes de la sociedad, incluso, cada caso muestra una puesta en escena de contrarios, de pensamiento disímil, que debe ser armonizado por el juez a la luz de los distintos principios democráticos. De cara a la convención y/o todos los tratados y convenios reconocidos por un Estado. Por tanto, más allá de ser simples autómatas aplicadores de disposiciones normativas, los jueces están llamados a la promoción y protección de los derechos humanos. En Ferrajoli (s.f) mientras que el juez “en el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley y la democracia, en la omnipotencia de la mayoría, encarnada a su vez en la omnipotencia del parlamento” (p. 2), el actual se aleja del modelo positivista sujetándose a la ley que es coherente con la constitución. (Ferrajoli L. , 1995)

“El papel del juez, como órgano sujeto sólo a la ley -"buche de la loi", según la metáfora de Montesquieu- venía consecuentemente a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (la constitución italiana, la alemana, la española y gran parte de las latino-americanas) que completan el paradigma del estado de derecho sometiendo también al legislador a la ley -a la ley constitucional, más precisamente- y transformando así el viejo estado de derecho en estado constitucional de derecho. Tras el acontecimiento, que hizo época, de la derrota del nazifascismo, se descubrió que el consenso

popular, sobre el que sin duda se habían basado los sistemas totalitarios, no es, en efecto, garantía de la calidad de la democracia frente a las degeneraciones del poder político” (Ferrajoli L. , s.f, p. 2).

Las decisiones judiciales deben desconocer los consensos que van en contra de los derechos convencionales (Derechos humanos); pues se trata de armonizar mediante el control convencional la legislación interna de los países miembros con la Convención americana y los tratados y estándares internacionales. De ahí que para Cárcova, (1996) (citado por Ruiz A., 2001)

"Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía" (Ruiz, 2001).

En nuestro ordenamiento, la carta política de 1991, establece en su artículo 4 que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Así mismo, el artículo 93 señala que *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.[...]”*; lo que ha traído como consecuencia la construcción de una doctrina constitución que buscando armonizar tales disposiciones, ha establecido que los instrumentos internacionales que cumplan las condiciones señaladas en el artículo 93 harán parte

y con una misma jerarquía normativa a la Constitución Política de 1991. Tal teoría se conoce como “Bloque de Constitucionalidad”⁶. Del cual, ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-067 de 2003 trasmite *“la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales.”* (p. 7).

⁶ “Ponencia Francesa” Favoreu Louis, Rubio Llorente Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991, págs 19-20, Referido por la Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-067 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (p.7): Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de *“principios y reglas de valor constitucional”*, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión *“bloque de legalidad”*, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, la sentencia C-225 de 1995, definió el concepto de Bloque de Constitucionalidad⁷ como aquel conformado por “...*normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional*”. Por su parte en la sentencia C-191 de 1998⁸ estableció dos sentidos del Bloque de constitucionalidad, llamándolos Bloque de Constitucionalidad en Sentido Estricto (*strictu sensu*) y Bloque de constitucionalidad en sentido amplio (*lato sensu*).

El primero, se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, “*los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción*”; y el segundo, por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. “*Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre*

⁷ La expresión “bloque de constitucionalidad” fue utilizada antes del 95 en las Sentencias C-4988/93, C-089/94, C-372/94 y C-555/94, pero no para referirse al concepto que ocupa este debate. El entendimiento de la expresión antes del 95 estaba dirigido a que la Constitución Política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática. (Tomado de la sentencia C-067 de 2003).

⁸ Con Ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz.

otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias” (C-191 de 1998).

Coherente con lo señalado la Corte Constitucional ha aceptado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad constituyen verdaderas fuentes de derecho, de tal manera que los jueces se encuentran sujetos a sus prescripciones. Puesto que éstas, cumplen, dice la misma corporación citando a Norberto Bobbio⁹, la cuádruple finalidad de servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

Así mismo, ha aceptado la jurisprudencia constitucional Colombiana que la Convención Americana constituye un parámetro en el examen constitucional. De modo que es posible demandar una ley en nuestro sistema que contraría la convención. No obstante, el problema aparece cuando la norma que vulnera la convención se encuentra en el texto constitucional, frente a lo que ha dicho la corte, la cuestión debe resolverse armonizando y sistematizando las dos normas, sin que ninguna prevalezca sobre la otra, dado que ambas comparten el mismo rango constitucional.

⁹ Bobbio, *Principi Generali del Diritto*, NDI, XIII, UTET, Torino, p. 887.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sido “resistente” a incluir en el Bloque de constitucionalidad la Jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁰, en especial, aquella en la que el Estado Colombiano no ha sido parte. Ello, por supuesto, no puede entenderse como una negación rotunda al carácter de fuente de las decisiones de la Corte, sino al otorgamiento de carácter auxiliar de la misma.

Sin embargo, se denota en la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional un devenir flexible; así por ejemplo, si por un lado, en la sentencia C-750 de 2008¹¹, recordando la doctrina de la C-028 de 2006, la alta corporación señala que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y que por tanto la Corte Constitucional “*no es juez de convencionalidad*”¹² al no estar “*llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado*”; por otro en la sentencia C-442 de 2011, pese a haber declarado la constitucionalidad de la norma demandada por la afrenta a la Convención y a un precedente de la Corte, específicamente al caso Kimel vs Argentina, la Corte señaló que dicha “*decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del*

¹⁰ En relación con decisiones interamericanas donde Colombia sea parte, la Corte Constitucional de Colombia, 2002 ha declarado la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así lo dejan ver las Sentencias T-568, del 10 de agosto de 1999; C-010 del 19 de enero del 2000, y C-200, del 19 de marzo del 2002 ha declarado la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

¹¹ Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹² C-750 de 2008, p. 165.

ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia". De igual modo, en sede de tutela, la sentencia SU-712 de 2013, al revisar una sanción administrativa impuesta a una Senadora por parte de la Procuraduría, la Corte reconoció la importancia de la sentencia del Caso López Mendoza, y afirmó que la misma había ocurrido en un supuesto fáctico y jurídico diferente y, que por tanto *"la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta"*.

Lo que viene a resultar a que la jurisprudencia constitucional entrega posibilidades a las autoridades judiciales nacionales, teniendo en cuenta las particularidades de la legislación y jurisprudencia nacional, la analogía y contextos similares aplicar control de convencionalidad frente a las situaciones particulares. Es decir, el juez colombiano, de acuerdo con los criterios esbozados por la máxima corporación es un juez interamericano, que al momento de aplicar las disposiciones internas, además de realizar una actividad de constitucionalidad, teniendo en cuenta lo anunciado, también debe realizar un ejercicio convencional.

Sobre esa misma línea jurisprudencial e incluso desde la sentencia C-004/03 del 20 de enero de 2003, señaló que es posible desconocer el efecto de la cosa juzgada nacional, cuando las sentencias internacionales determinan que ha habido impunidad en la violación a los derechos humanos. Mientras que en sentencia C-500 de 2014 establece la posibilidad de abrir el debate de algún asunto teniendo en cuenta las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana de alguna disposición internacional integrada al Bloque de constitucionalidad. Dice la Corte:

[T]al hipótesis solo podría abrirse paso cuando se acredite adecuadamente el cumplimiento de condiciones muy estrictas. En efecto, ello solo será posible en aquellos casos en los cuales (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. En estos casos, destaca la Corte, el demandante tendrá la obligación de demostrar con absoluta precisión cada uno de los requisitos antes referidos

Es decir, de las fuentes jurisprudenciales anotadas, y que hacen relación a la obligatoriedad o no de las decisiones de la Corte Interamericana, la Constitucional no ha cerrado la puerta de manera decisiva, por el contrario evidencia avances notables respecto a la posibilidad de integrar al bloque de constitucionalidad –y por tanto ser tenidas como parámetro al juicio de constitucionalidad- las decisiones adoptadas por el Alto Tribunal Interamericano. Tesis que en dicho de Alejandro Gómez Velásquez¹³ (2016), “*parece al menos ser una posición más coherente con la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH, en la que ya es pacífico, como se señaló anteriormente, que el parámetro para éste será tanto el tratado como la jurisprudencia derivada del mismo. En este orden de ideas, adquiere plena justificación para el contexto colombiano*

indagarse por la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a los procesos de justicia transicional, tal y como se hace a continuación.” (p. 153).

La Corte interamericana de Derechos Humanos, tal como se ha sostenido en la primera parte de éste capítulo, ha puesto en manos de los jueces y tribunales internos –incluidas las altas cortes de los Estados- no sólo las obligaciones que las normas internas le han impuesto, sino que además, velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación e interpretaciones de leyes contrarias a su objeto y fin; en este mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana, has desterrado las interpretaciones que generen “DEFICITS DE PROTECCIÓN”, por ejemplo en el auto 219 de 2011 criticó la falta de claridad sobre las situaciones y los lineamientos procesales y probatorios que aplicaba Acción Social para determinar a quién se incluye y a quién se excluye como desplazado; la persistencia del alto número de decisiones de no inclusión en el registro y la falta de “garantías procesales para controvertir las decisiones sobre exclusión”.

En el auto 119 de 2013, la Corte Constitucional, recogiendo la jurisprudencia sobre la situación de desplazamiento interno¹⁴, reiteró como desde la definición misma de desplazamiento

¹⁴ Véase por ejemplo, las sentencias T-268 de 2003, T-327 de 2001, T-268 de 2003, T-563 de 2005, T-439 y T-599 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-1346 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-1094 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda); T-770 de 2004, T-1076 de 2005, T-496 de 2007, T-787 de 2008 y T-042 de 2009 (M.P. Jaime Córdoba Triviño); T-1095 y T-647 de 2008 (Clara Inés Vargas); T-175 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería); T-746 y T-169 de 2010 (M.P. Mauricio González); T-473 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio); T-458 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto); T-265 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao); T-821 de 2007 (M.P. Catalina

de la Ley 387 no se restringe ni circunscribe la condición de las personas desplazadas a la existencia de un conflicto armado interno¹⁵, de manera que *“desde el punto de vista jurídico, el concepto de desplazado es una noción que describe una situación fáctica cambiante (...) que debe ser entendida y aplicada de manera amplia con arreglo al principio pro homine, tal como lo recomiendan la jurisprudencia de esta corporación y los organismos internacionales”*¹⁶ por lo que restringir la condición de persona desplazada a los casos relacionados con el conflicto armado –dice la Corte- implicaría una interpretación restrictiva que iría en contra del principio de favorabilidad en la interpretación de las normas a favor de esa población.

Pese a la variabilidad de las circunstancias que pueden traer como consecuencia el desplazamiento o desarraigo forzoso, la Corte coincide en que el artículo 2 de la Carta y a la obligación del Estado de enfrentar una situación de emergencia humanitaria y de vulnerabilidad acentuada que acompaña a la mayoría de las personas que se encuentran en esa situación y, en consecuencia, tiene que ver con las necesidades de asistencia y protección que produce el desarraigo forzoso. En esa medida, el desplazamiento forzado por la violencia otorga el derecho a dichas personas a reclamar sus derechos fundamentales, entre las que se cuenta la restitución y el retorno o reubicación, además de las inmediatas ayudas humanitarias.

Botero); SU-1150 de 2001 (M.P. Eduardo Cifuentes); C-372 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), sólo por nombrar algunas.

¹⁵ La Corte en Sentencia T-265 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao), sostuvo que la definición consignada en el artículo 1º de la Ley 387 no debe entenderse de manera restringida y taxativa, sino de modo enunciativo.

¹⁶ Sentencia C-372 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

De ahí que no resulte descabellado, sostener que de acuerdo al modelo Kelseniano de disposiciones existentes en Colombia, la Convención Americana y los tratados internacionales ratificados están por encima de las disposiciones internas (leyes), en cuanto a materia de protección de Derechos Fundamentales se trate y que siempre las autoridades judiciales y administrativas del Estado deberán velar por la aplicación de la norma más favorable a la persona.

Recurso judicial efectivo

Precisamente una de las razones de perpetuación de las graves violaciones a los derechos territoriales de las comunidades étnicas en el país en razón del conflicto armado interno, era no contar con un recurso judicial efectivo que diera respuesta a esos graves problemas. Quizá pensando en la acción de tutela o las acciones populares y de grupo, encontremos una respuesta cercana de acceso a la justicia, pero tales mecanismos no fueron ni pensados ni creados exclusivamente para solucionar este tipo de violaciones, menos las de índole social, cultural o económica que los pueblos étnicos poseen debido a la carencia o al mal diseño de políticas públicas inmersas en el conflicto armado interno de más de seis décadas, que antes de solucionar la situación –ya por sí afectada por el conflicto- concurren con el mismo con más graves afectaciones y daños al territorio y a la comunidad colectiva. Por ejemplo, a la Comunidad Emberakatío del Alto Andágueda en el Departamento del Chocó, la irracional concesión de títulos mineros traslapados al interior del territorio colectivo como una política de extracción de recursos naturales, en medio del desplazamiento forzado en el territorio, termina despoblando el

territorio y hacinando a los que resistieron en su propia tierra. (auto 006 de 4 de febrero de 2013); (Caso Alto Andàgueda, sentencia No. 007 de 23 de septiembre de 2014).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (s.f) ha resaltado la importancia de la garantía a un recurso judicial efectivo como un mecanismo de control a las política públicas en el ejercicio de acciones colectivas. Si bien la importancia la detalla respecto a derechos sociales, no es óbice ello para su aplicación en el marco de los derechos territoriales de las comunidades étnicas.

El reconocimiento de derechos que hace un Estado a sus individuos, a un grupo de su sociedad, o a una colectividad diferencial, le impone también la obligación de crearles las acciones judiciales o de otro tipo, efectivas, que le permitan a su titular reclamar ante una autoridad con independencia, la protección del derecho reconocido. En el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, “el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales” (párr 92).

Asimismo, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo “Constituye una de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Caso Cantos, párr. 52).

De lo anterior, la doctrina de la Corte IDH, ha establecido claros lineamientos respecto a la hermenéutica del acceso a la justicia y la obligación de los Estados partes de proveer a sus nacionales de recursos sencillos, rápidos, efectivos primordialmente de carácter judicial.

Para la Corte IDH, Las obligaciones estatales en este punto emanan de la vinculación entre los alcances de los artículos 2, 25 y 1.1 de la Convención Americana. El artículo 1.1 requiere que el Estado respete los derechos y libertades, reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; el artículo 2 obliga que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen; mientras que el art. 25, señala que tales medidas legislativas sean sencillas, efectivas y rápidas.

Así por ejemplo, en los casos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), y en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros, se estableció que el recurso creado debe garantizar no sólo los derechos contenidos en la en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley y en los Casos Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrafo 102; Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrafo 164; Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 136; de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 113; Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4. Garantías

Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros. Se llama la atención a los aspectos que deben ser cubiertos bajo la característica de la efectividad o idoneidad del recurso judicial.

Aspecto normativo

Implica que el recurso judicial debe tener su potencial "para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" y su capacidad de "dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s.f). Es decir, una característica más allá de su existencia formal en la constitución y la ley, y que a la vez sea, rápido y sencillo, de modo que el derecho reclamado no implique complejísimas actuaciones innecesarias, indistintamente de la denominación que se le dé. (Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros), párr. 164); (Caso Cesti Hurtado, párr. 125); (Caso Bámaca Velásquez, párr. 161); (Caso del Tribunal Constitucional, párr. 90); (Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, párr. 114 entre otros) y (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 164-165).

Sobre este último aspecto, es posible encontrar en algunos Estados acciones que no son precisamente sencillas y rápidas, pero que sí constituyen un "*recurso judicial efectivo*", debido a que las situaciones que se enfrentan son de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo.

En fin, desde el aspecto normativo, para que un recurso sea efectivo, debe tener en cuenta **i)** la posibilidad del recurso para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales; **ii)** la posibilidad de remediarlas; **iii)** la posibilidad de reparar el daño causado y de permitir el castigo de los responsables.

Aspecto empírico

La idoneidad o eficacia del recurso se torna inane – aun cuando pueda tener la virtualidad del aspecto normativo- si en su forma fáctica o de hecho, carece de potencia para obligar a las autoridades "cumplir con su objeto" u "obtener el resultado para el que fue concebido", resulta peligroso para los interesados intentarlo o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales. Al respecto ha sostenido la Corte:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.(Caso Ivcher Bronstein, párr. 137); (Opinión Consultiva OC-9/87 , 1987, párr. 24) y (Convención Americana, 1969, arts. 27.2, 25 y 8).

En el mismo sentido respecto a la población indígena, en los casos Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. (párr. 63); Pueblo Saramaka. Vs. (párr. 178) y Tiu Tojín Vs. Guatemala (párr. 96):

(...) conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres. Además, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto.

En conclusión, relievados como fueron los elementos o características de lo que constituye realmente una garantía al acceso a la justicia a través de un recurso judicial efectivo, como lo sostuvo la Corte “el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales” (Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle), párr. 237)

Capítulo III

La acción de restitución y cautelar de protección de derechos territoriales como recursos judiciales efectivos de las graves violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno colombiano.

Tanto la ley 1448 de 2011, mediante la cual se establece la acción de restitución de predios privados (restitución de Tierras) como los decretos leyes 4633, 4634 y 4635 de 2011, en los que se establece la acción de restitución de Derechos Territoriales y la acción cautelar, a favor de las comunidades indígenas, afrodescendientes, negras, raizales, palanqueras, y Rrom, encuentran su marco de expedición dentro del sistema de justicia transicional. Por tanto, los procesos de restitución de tierras, de derechos territoriales y de medidas cautelares deben ser interpretados bajo la potencialización y especialidad que el concepto de este tipo de justicia le otorga. Para un mejor entendimiento del alcance de estos derechos y acciones, en este capítulo nos referiremos al sistema de protección de los pueblos étnicos, al territorio, su fundamentalidad y los derechos territoriales así como a las características del tipo de justicia en la cual fueron diseñadas las disposiciones que contienen la acción de restitución en Colombia. Lo cual, aunado al capítulo anterior, nos ayudará a la comprensión de la tesis sostenida en este trabajo y que se desarrolla de manera amplia en el capítulo IV.

Protección de los derechos de las minorías y pueblos étnicos:

Ámbito Internacional:

Existe ausencia explícita en la Carta de las Naciones Unidas (CN) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) respecto a la protección a las minoría étnicas. No obstante, con base en el concepto operativo elaborado en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y protección de minorías, hoy denominadas Subcomisión de Derechos humanos (Citado por Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004), el término *minoría* fue definido como un grupo no dominante de una sociedad, con carácter étnico, lingüístico, religioso o de origen nacional que los diferencia con el resto de la población que se supone mayoritariamente dominante (p. 64).

Pero, no es sino hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) cuando se hace la primera mención a la protección de sus Derechos (artículo 27), la que posteriormente, se constituiría en la base para la elaboración de la Declaración de las minorías aprobada el 16 de diciembre de 1992, mediante la cual se reconoce que la promoción y protección de las personas pertenecientes a minorías contribuyen a la estabilidad política y social del Estado (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 65)

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con

los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.” (PIDCP, art. 27)

Disposición cuyo contenido y alcance fue interpretado por el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, en la Observación General No. 23 sobre “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” en los siguientes términos:

“[E]ste artículo establece y reconoce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, se suma a los demás derechos de que puedan disfrutar las esas personas, al igual que todas las demás en virtud del pacto.”

“El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al Territorio y al uso de sus recursos (...) (párr. 3.2.)

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2004), comunmente se tiende a confundir el derecho de las minorías con el derecho a la libre determinación (artículo 1 PIDCP), de modo que el Grupo de trabajo sobre las minorías, en un intento por mostrar las diferencias entre uno y otro, ha señalado que:

“Los derechos de las personas pertenecientes a minorías son individuales, aunque en la mayoría de los casos sólo se pueda gozar de ellos en comunidad con otros. Los derechos de los pueblos, por otra parte son derechos colectivos. El derecho de los pueblos a la libre determinación está claramente establecido en derecho internacional, en particular en el artículo 1 común a los dos pactos internacionales de derechos humanos, pero no se aplica a las personas pertenecientes a minorías. Ello no impide que las personas pertenecientes a un grupo étnico o nacional puedan, en ciertos contextos, formular reivindicaciones legítimas basadas en sus derechos como minoría y, en otro contexto, cuando actúen colectivamente, puedan formular reclamaciones basadas en el derecho de un pueblo a libre determinación.”

Por su parte la Escuela de Formación Indígena Nacional (EFIN), ha preceptuado sobre la doble arista que tiene el derecho a la libre determinación respecto a las comunidades étnicas. La primera, es la libre determinación constitutiva, la cual hace referencia a la exigencia para que a los pueblos y grupos diferenciados se les otorgue participación significativa, proporcional a sus intereses, en las acciones, procesos e intervenciones que se lleven a cabo en su territorio, afecten su autogobierno y estructura administrativa propia; la segunda, es la libre determinación en procesos, la cual se orienta al respecto por la formas propias de hacer justicia, pero que confluida con la primera, generan una verdadera, distinta y respetable jurisdicción especial. De ahí el reconocimiento a la Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución Política Nacional y al estatus de Derecho fundamental otorgado por Corte Constitucional (Sentencia T-552 de 2003).

Además del PIDCP y de la Declaración de las minorías, encontramos en el plano internacional, aplicables por vía del bloque de constitucionalidad a los pueblos étnicos en

Colombia, los siguientes instrumentos internacionales: El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989 (Vigente en Colombia desde el 6 de agosto de 1992, en virtud de la Ley 21 de 1991.), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. El cual regula lo relativo al reconocimiento y a la participación de dichos pueblos, el respeto a la cultura, idiomas, la religión, la organización social, territorial y económica, y a la identidad, constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales.

Este Convenio tiene dos postulados básicos: el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas, y la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del instrumento que fue adoptado en 1989. El Convenio garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Es imprescindible que dichos pueblos tengan la posibilidad de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Organización Interamericana del Trabajo (OIT), 2005-2007).

Las disposiciones del convenio de manera especial imponen a los gobiernos la obligación de respetar la importancia especial que la tierra y el territorio revisten para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados; Así como el derecho de reconocerles a los pueblos

interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Lo cual no sólo cubija el suelo sino además la utilización, administración y conservación de los recursos del subsuelo, por cuanto señala el convenio que:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados 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” (Convenio 169, num. 2 Artículo 15).

El artículo 19 de dicho convenio, establece que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, asignándoles tierras adicionales cuando de las que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible

crecimiento numérico, “*el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen*”.

El artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, vigente en Colombia desde el 28 de enero de 1991, en virtud de la ley 12 de 1991, establece que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Finalmente, es necesario señalar que la población de Colombia es multiétnica, multicultural y multilingüe. A lo ancho y largo de su territorio se encuentran asentadas diferentes comunidades indígenas y étnicas, habitando la Región del Pacífico, así como el Centro, Sur, Norte y Este del territorio nacional, que la Constitución Política también ha reconocido como grupos especial protección constitucional a las comunidades afrodescendientes, negras, raizales, palenqueras y pueblo Rrom, a quienes les he aplicable el convenio 169 de la OIT, y todos los demás tratados y convenios internaciones ratificados por Colombia. Tal como lo pasamos a ver a continuación.

Ámbito Nacional:

La Constitución Política Colombiana establece en sus artículos 7 y 10 del Capítulo I, titulado “*De Principios Fundamentales*”, el reconocimiento y protección a “*la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”; las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también

oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. De ahí que a la luz de éstas disposiciones y los artículos 8, 13, 63, 68, 70, 72, 93, 96, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330, 356, y los transitorios 55, 56 entre otros, se puede colegir que éstas comunidades son parte indisoluble de la nación colombiana y tienen derecho a preservar, proteger y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

A la luz de tales disposiciones y del marco internacional propuesto la pregunta por la identidad cultural adquiere un lugar de vital importancia en el escenario nacional, en tanto, que permite establecer, evidenciar y describir cuales son las situaciones de tensión o dialogo en unas realidades sociales que cada vez exponen un carácter de interculturalidad. Por tanto el reconocimiento constitucional del *multiculturalismo* como política estatal, abre el horizonte social e histórico en el que interactúan las diversas culturas desde su propia noción de identidad, reconociendo la diversidad, en procura de la construcción de espacios de poder o empoderamiento tendientes a generar verdaderas posibilidades hacia el mejoramiento del bienestar de las comunidades (Kymlicka 1996, cap. II). Lo que a nuestro juicio es compartido por la Corte Constitucional cuando en sentencia T-380 de 1993, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, expresa:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. (...) La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas

manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias.

La defensa de la diversidad, ha señalado la Corte Constitucional, no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla, como la violencia generalizada y el conflicto armado interno. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

Derecho al territorio y su fundamentalidad:

Los conceptos tierra y territorio, se encuentran íntimamente relacionados, así mientras el primero se concibe como esa base física y productiva, el segundo es el “conjunto de relaciones y representaciones que se construyen a partir de la tierra” (Fajardo, 1992, p. 21). De ahí que en los procesos de reivindicación del territorio conlleven de manera indisoluble la de la tierra.

La Declaración de las Cuatro Organizaciones Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, para la interlocución con el Estado y la sociedad Nacional en 1999, manifestó al respecto de la construcción de todas estas relaciones y lazos que las comunidades crean en torno a su territorio que:

“La tierra, que nos fue dada desde el origen, es la que sustenta nuestra convivencia, nuestra razón de ser como indígenas nativos de la Sierra, en ese territorio están las normas que como portadores de una cultura determinada debemos cumplir. Todos y cada uno de los sitios donde está nuestra historia, son los que componen lo que podremos denominar como territorio propio, como espacio sagrado que alimenta y fortalece y nos da la existencia en este planeta. Por lo tanto, este espacio es propio de todos y cada uno de aquellos pueblos a los que la Madre Espiritual les encomendó unas misiones específicas, que debemos cumplir y que tan sólo se pueden concretar en el espacio denominado Umunukunu (Sierra Nevada). En últimas, el territorio es donde están escritas las Leyes y la Historia sin las cuales no seríamos pueblos con culturas diferentes” (EFIN escuela de formación indígena Nacional , p. 18).

Ha sostenido la Corte Constitucional que lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural (art. 7) proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas - conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º) -, gozan de un status constitucional especial.

Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329). (Corte Constitucional).

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Circunstancia que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, mística y religiosidad. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas, señalando:

"Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat".
(Corte Constitucional).

Sentenciando en la T-188 de 1993 que lo anterior mente citado nos permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios. Lo que viene a ser reiterado en la sentencia T-380 de 1993, al sostener:

“El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales, debe ser ejercida con plena responsabilidad. En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ultra vires frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.”

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental; así consta en la Sentencia SU-039/97 y T-652 de 1998.

En dichas decisiones la corte se esfuerza en 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 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas 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 subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

El Constituyente previó en el párrafo del artículo 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer que la explotación de los recursos naturales en los territorios colectivos étnicos, se debe realizar sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. De manera que resulta de obligación la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten.

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de

la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. De ahí que la Corte Constitucional haya recalcado:

“(...) 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 (...) 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” (sentencia C-981 de 2002).

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.

Bajo tales preceptivas es importante reseñar cómo en el caso entre la comunidad Mayagna

(Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y citado por la Corte Constitucional Colombiana, se estima con un gran grado de importancia la relación Comunidad-Territorio, apoyado en el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, quien señala:

“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos.” (sentencia C-981 de 2002)

En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo que la tradicional forma de vida comunitaria y la 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. Resaltando, así mismo que 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 ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. E indica la relación de las comunidades con la tierra no es una simple cuestión de posesión y producción sino que se trata de un elemento material y espiritual esencial del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua).

De ahí que detenidos en el análisis de la importancia territorio, tierra y derechos territoriales, podemos concluir que tanto para la Corte Constitucional como para la Interamericana, la tierra, el territorio y todos los derechos de ella derivados son un derecho fundamental al que las comunidades no podrían renunciar, pues dicho elemento es parte integral de su cosmovisión y vida. De modo que actos de despojo, desplazamiento resultarían ser acciones que lesionarían *secum persecutorum* la vida de un pueblo y de una comunidad, a quien no podría una renuncia de sus derechos.

La Corte Constitucional en la sentencia C-981 de 2002 en mismo sentido resalta algunos apartes del concepto rendido por el Instituto Humboldt que resaltan como la cosmovisión de los pueblos étnicos muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio. Para el instituto citado por la Corte:

1. La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos

fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (...).

2. No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuni, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.
3. Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades.” (Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, 2002, p. 36).

Definición de Justicia Transicional

La justicia transicional es entendida como el ámbito de procesos y mecanismos adoptados por algunas sociedades que han o se encuentran enfrentando un legado de violaciones masivas a los derechos humanos, en razón de un conflicto armado o un régimen dictatorial, con el propósito de

asegurar responsabilidad, rendir justicia, conocer la verdad, reparar a las víctimas y conseguir la reconciliación nacional (Report Secretary General Transitional justice, 2004, par. 8); (Bockford, 2004, (citado por Ambos & Malarino , 2010, p. 26).

De dicha definición, la cual se apoya en la de los Principios de Chicago sobre justicia del Post-conflicto y la adoptada por el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas en 2004, surgen varios elementos de importancia que estudiamos a continuación.

En primer lugar el concepto transición, demarca varias connotaciones, una de *carácter cualitativo*, referida a las formas transformativas o de cambio al interior del Estado, sus instituciones y la sociedad misma, las reformas políticas logradas, y a la medida en que la transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia y del sistema judicial doméstico. Un *carácter cuantitativo*, referido al período en el cual tiene lugar la transición, el cual variara de las circunstancias y puede atravesar varias fases, en este punto Pierre Hazan (citado por Ambos & Malarino , 2010) distingue cuatro fases, *conflicto armado*, *represión*, *inmediato posconflicto* (primeros cinco años), *mediano plazo* (cinco a veinte años), *largo plazo*. (p. 27). Sin embargo, la cuestión que subyace es ¿cuándo se puede decir que una sociedad ha superado la transición y goza ya de un sistema democrático restablecido y consolidado? En algunos conflictos regionales, es difícil determinar si realmente ha existido un umbral temporal para entender superados los mecanismos transicionales, por ejemplo después de tres décadas, Argentina cuenta con juicios penales a algunos responsables; mientras que Chile, posee un sistema de reparaciones del Programa PRAIS.

De tales aspectos se deduce que la orientación principal de aplicar los procesos o mecanismos transicionales, surge una vez se ha dado fin al conflicto, constituyéndose dicha transición en un momento histórico intermedio entre el conflicto o la represión y la reestructuración o transformación hacia la paz y la democracia.

“La justicia transicional debe tener la ambición para ayudar a la transformación de las sociedades oprimidas en abordando las injusticias del pasado a través de medidas que procurará un futuro equitativo. Tiene que llegar más allá de los crímenes y abusos cometidos durante el conflicto que condujo a la transición, y debe abordar violaciones de los derechos humanos que precedieron al conflicto y o contribuido a ello.” (Arbour, 2006, p. 3).

Modelo y objeto de Justicia Transicional

Desde la teoría como en la práctica internacional, la transición no ha tenido una sola formula, ni un mismo periodo aplicativo, e incluso el entendimiento del concepto de justicia transicional ha ido evolucionando a lo largo de la historia. De tal manera que la Justicia transicional es un modelo que se ajusta de acuerdo a las necesidades de cada sociedad siguiendo obviamente los mínimos jurídicos básicos impuestos por el derecho internacional. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional Colombiana, que en sentencia C-936 de 2010, señaló que *“los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del*

bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal”.

Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, como es sabido, establecen deberes del Estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos, entre las que se cuentan la de (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos. Exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de cualquier política pública con la cual se pretenda enfrentar el fenómeno de la criminalidad, bien de manera permanente, a través del sistema penal, o a través de los sistemas transicionales.

Tan ello es así, que la misma sentencia referida de la Corte, sostiene que la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional, y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

Los modelos de justicia transicional comportaba en principio herramientas con el propósito de superar legados del pasado, postconflictos o postdictaduras derivadas de conflictos armados o de gobiernos autocráticos. No obstante, actualmente se han roto estos paradigmas, toda vez que se han adoptado estos modelos a situaciones en las cuales el conflicto es todavía parte de la realidad de la sociedad, la comunidad o el Estado, v. gr., el Tribunal Penal Internacional para la ex

Yugoslavia (TPIY), el cual fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en plena confrontación armada, con el objetivo de que las partes bajaran los niveles de intensidad de las hostilidades persuadidas por una posible persecución penal internacional (Teitel , 1999, p. 177-179) .

En igual sentido para el caso del conflicto armado colombiano, la Corte en extensa referencia en la sentencia C-771 de 2011, reconociendo las experiencias vividas en la segunda mitad del Siglo XX en varios países del sur de Europa, como Grecia, Portugal, España, donde se adoptaron diversas políticas para sancionar a las élites autoritarias del pasado reciente. La de las décadas de los ochenta y noventa de los países Africanos, como Ruanda, Sierra Leona, Zimbawe, Uganda, Chad, Etiopía, Burundi, Zambia, Nigeria y Sudáfrica, en la que se emprendieron esfuerzos para castigar a perpetradores y/o buscar la verdad frente a regímenes represivos anteriores; y la experiencia de los procesos cumplidos durante las dos últimas décadas del siglo XX en países Latinoamérica, como Bolivia (1982), Uruguay (1985), Chile (1990), Paraguay (1992), El Salvador (1992), Guatemala (1994), Haití (1994) y Perú (2001-2005), caracterizadas por el tránsito *“de las dictaduras militares a los gobiernos democráticos y de cara a la necesidad de investigar y sancionar las desapariciones y demás abusos cometidos en esos países por los gobernantes de facto, cuidando al mismo tiempo que el rigor de tales procesos no diera al traste con las entonces incipientes experiencias democráticas”*, precisó el ámbito de aplicación del Sistema de justicia Transicional, diciendo:

“Se trata de un sistema o tipo de justicia de características particulares, que aspira a superar una situación de conflicto o postconflicto, haciendo efectivos en el mayor nivel posible, los

derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social. En este sentido, la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad que atraviesa por un conflicto o postconflicto, que plantean grandes dilemas originados en la compleja lucha por lograr un equilibrio entre la paz y la justicia. El propósito fundamental es el de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, motivo por el cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un conjunto de abusos en contra de los derechos humanos, en un contexto democrático y aplicando medidas de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes.”

Para Ambos & Malarino (2010) el *objeto* de los modelos de Justicia Transicional no es distinto al de la justicia ordinaria, puesto que la justicia transicional se encarga de atender los mismos problemas, pero potencializados por el conflicto armado. Tal como lo sostienen Posner y Vermeule (citado por Ambos & Malarino, 2010), “La justicia transicional” es “continua con la justicia ordinaria” y que los problemas respectivos son “a lo más, versiones exageradas de problemas jurídicos ordinarios” (nota al pie, p. 28). Ello es razonable, en especial cuando uno de los juicios por las cuales los Estados o las sociedades en conflicto adoptan procesos o mecanismos transicionales se basa en que los sistemas de justicia ordinaria son incapaces de darles solución e inclusive –como es el caso colombiano- las mismas instituciones ordinarias fueron utilizadas para propiciar el despojo, el abandono, el desplazamiento y el confinamiento.

Muchos son los casos en los que se hizo uso de la prescripción y la adjudicación, para despojar a los verdaderos propietarios, así mismo, múltiples notarias contribuyeron a la realización aparentemente legal de compraventas con los verdaderos propietarios, e inclusive con propietarios fallecidos. (Noticias Uno, 2016); (Revista Semana, 2004).

Por ejemplo para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD):

El despojo de tierras se hizo visible como un problema nacional por los reclamos de las víctimas y la atención prestada por la Corte Constitucional, antes que por la juiciosa atención de las entidades estatales o por la preocupación de la sociedad colombiana (PNUD 2011, p. 72).

El concepto de “Justicia”, también resulta ser complejo, pues al ser interpretado de manera lata incluiría desde la acción penal, elementos como responsabilidad, equidad en la protección (justicia distributiva), reivindicación de derechos (justicia Restaurativa) y la prevención y castigo de infractores (justicia Retributiva), así como las correcciones de un perjuicio ocasionado en la aplicación de una norma (justicia Correctiva). (Ambos & Malarino , 2010, p. 24).

De este modo, los elementos de la justicia transicional parten de dos grandes presupuestos: 1) El respeto de los mínimos de justicias definidos por el Derecho Internacional y en especial el derecho de las víctimas de todas las medidas de transición o pacificación adoptadas para superar el conflicto o el postconflicto, y 2) La flexibilización de los estándares internacionales debido a que se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas, con

particularidades específicas cuyo propósito es la reestructuración o reconstrucción del orden democrático del Estado, traducido en el concepto de paz y reconciliación nacional.

Es precisamente en éste propósito en el que se genera una de las tensiones cuando se abordan procesos transicionales y en el que la sociedad se ve sometida a ceder mínimos de justicia por conseguir la paz: "*Paz o justicia*", Al respecto Kai Ambos (2010) establece un ejercicio de ponderación consistente metodológicamente en un test de proporcionalidad en tres niveles, tal como lo ha desarrollado la Corte Constitucional alemana, y elaborado ulteriormente desde el punto de vista teórico el estudioso alemán Robert Alexy con su famosa ley de ponderación en el que primero se debe determinar si la medida es adecuada para alcanzar el objetivo pretendido, planteándose particularmente si la medida es parte de un proyecto para romper con el anterior régimen, o por el contrario garantiza su continuidad.

En segundo lugar, se debe estudiar si la medida es necesaria o indispensable, lo que comporta en sí el estudio de otras posibilidades menos invasivas o diminutivas del interés de la justicia, por ejemplo, amnistías menos amplias, disminución de la sanción o castigo, etc.; por último debe examinarse la proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se conjugan criterios a favor y en contra de la paz y la justicia, en una especie de medición y cualificación de la medida y el objetivo que desea lograr (Ambos & Malarino , 2010, pp. 58 y 59). Es decir, buscando un balance entre uno y otro concepto, intenta mostrar no una simple transición sino una transición con justicia. De ahí que valga la pena resaltar las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas sobre esta materia:

“Justicia y paz no son fuerzas contrapuestas; cuando se trata de establecerlas bien, se promueven y sostienen una a la otra. Así pues, la cuestión no podrá ser nunca si hay que fomentar la justicia y la rendición de cuentas, sino más bien cuándo y cómo hacerlo” (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2004).

Mecanismos asociados a la Justicia Transicional.

Bien por razones de criminalidad del Estado (Dictaduras) o bien por la violencia de grupos irregulares (Grupos armados ilegales, beligerantes ect), o una mezcla de muchos factores, como es el caso colombiano. La Justicia Transicional busca, establecer –como se dijo- mecanismos propios que garanticen mínimos de justicia, y que cumplan la finalidad de reconstrucción democrática, enfrentando los procesos potencializados de represión. De sumo que a lo largo de la historia, los Estados que han adoptado medidas transicionales lo han hecho a través de distintos mecanismos, que van desde acciones judiciales hasta las no judiciales, a continuación se dan tres ejemplos no judiciales, sin que signifique un agotamiento de los mismos:

Comisiones de la Verdad: Órganos oficiales cuyo objeto es precisamente investigar los hechos cometidos durante la represión ilegal, esto es, abusos a los Derechos Humanos y al derecho Internacional Humanitario, cuyo marco funcional va desde la recolección de pruebas, recibimiento de denuncias, y la emisión de un informe final, que no contenga juicios sobre hechos que sean del resorte del poder judicial.

Para Hayner, (2011), el término “Comisiones de la verdad” se usa para designar aquellos órganos que comparten las siguientes características:

(1) una comisión de la verdad se centra en actos graves de violencia o represión; (2) los hechos ocurrieron durante períodos recientes de violencia o de conflicto armado; (3) estas comisiones describen las causas y consecuencias de las violaciones; (4) investigan violaciones que ocurrieron en el estado patrocinador y (5) las propias comisiones basado en ese estado; (6) estos cuerpos están "centrados en las víctimas"; y, por último, (7) Operan de manera relativamente independiente del estado (p. 11).

Ejemplo de ellas es la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas –CONALDEP-* en Argentina, establecida el 16 de diciembre de 1983, cuyo informe fue terminado el 20 de septiembre de 1984; *Comisión de Investigación de las Violaciones de los Derechos Humanos* (Commission of Inquiry into Violations of Human Rights) en Uganda, establecida en mayo de 1986, cuyo informe fue terminado en 1995; *Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación*, en Chile, Inaugurada en 1990, cuyo informe terminado en febrero de 1991; *Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH)*, En Guatemala, Establecida el 23 de junio de 1994, cuyo informe fue terminado el 24 de febrero de 1999, etc. (International Committee of the red cross (ICRC), 2006).

Programas administrativos de reparaciones: Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación incorpora “*todas aquellas medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, dependiendo su naturaleza y su monto del*

daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” (Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), párr. 79); (Caso De La Cruz Flores, párr. 141). Constituyéndose por tantos dichos programas en iniciativas estatales basadas en conceptos de restitución, compensación y rehabilitación, basado en el reconocimiento estatal de las víctimas del conflicto o la represión, el cual va desde la simple entrega de dinero hasta complejas formas de reparación y rehabilitaciones desde las esfera material hasta el psicosocial de la víctima, en aras de que a través de medidas complementarias de la violación de los derechos humanos, se restablezca la dignidad de toda persona.

Es común que estos programas otorguen montos menores que las acciones judiciales indemnizatorias o reparatoras, ello, por cuanto, en estos programas el Estado acepta el hecho y ofrece o determina un techo de reparación, sin que la víctima que persigue la reparación tenga que entrar a probarlo; mientras que la acción judicial amerita debate probatorio, esfuerzo procesal, desgaste temporal y por tanto, la condena es mucho mayor.

Reformas Institucionales: Dicho mecanismo se orienta a una mayor efectividad del Estado en la satisfacción de la víctimas, y que resulta ser complementario a todos lo demás mecanismos transicionales. Para el caso Colombiano por ejemplo, al introducirse la ley 1448 de 2011 y los decretos étnicos, se creó la Unidad Administrativa de Gestión de Restitución de Tierras y Territorios; sin embargo, a pesar de que la ley ordena que todas las instituciones del Estado hagan reformas en su interior, lo cierto es que, en el contexto colombiano tenemos sentencias de restitución a favor de las víctimas con órdenes transicionales cuyo cumplimiento se sigue dando

con los parámetros de leyes ordinarias –las mismas que no pudieron dar solución a los problemas que ahora develan las decisiones judiciales-.

De lo estudiado en estos tres capítulos, resulta evidente la posibilidad de aplicar una visión convencional a los sistemas o formas de justicia transicional y sus mecanismos de Restitución y Protección de Derechos territoriales. Por lo que en el siguiente Capítulo se abordará el problema planteado en este trabajo, tendiente a revisar a la luz de toda la teoría propuesta, la temporalidad que la ley y los decretos étnicos establecen para el ejercicio de la acción de restitución de tierras de particulares y los derechos territoriales de las comunidades y pueblos étnicos.

Capítulo IV

Control de Convencionalidad del término para el ejercicio de la acción de restitución de Derechos territoriales.

Breve reseña del origen y prolongación del conflicto

Si bien entendemos que *“No hay cronología precisa que pueda asignarse a la violencia, no hay ningún acontecimiento que habiéndola impulsado constituya un origen”* (Pécaut, 2004), sino que la misma es producto de muchas causas, no teniendo como origen un único acontecimiento; Para la Consultoría para el desplazamiento forzado y los Derechos Humanos (CODHES) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), probablemente la lucha por la apropiación de la tierra y el territorio son los que con mayor frecuencia han generado confrontaciones violentas (CODHES, UNICEF, 1999, pp. 75 ss).

Carriazo (2012) reseña con enorme claridad que la historia conflictiva del país, data de aproximadamente seis décadas, siendo incluso los años sesenta la época en las cuales se genera una ruptura entre lo que en la historia de Colombia es conocido como la época de la Violencia (1948 -1957) y el conflicto armado contemporáneo:

“(…) abarcó un periodo de confrontación armada, con manifestaciones de terror y de violencia en grandes proporciones en el país. Las disputas de los partidos tradicionales, liberal y conservador en esta etapa eran la expresión del conflicto de intereses socio-económicos, motivado por la expropiación y redistribución de miles de hectáreas de tierras. Este conflicto acabó con muchos pequeños y medianos campesinos, fortaleciendo el poder de los viejos y nuevos terratenientes. Este conflicto se agudizó por el asesinato del líder y caudillo del partido liberal Jorge Eliecer Gaitán, lo que fue el detonante para que explotara abiertamente el odio partidista: unos en la oposición; otros, los conservadores, aprovechando el poder para ejecutar las más crudas persecuciones. Esto originó que los campesinos liberales armaran grupos de autodefensa en contra de las agresiones oficialistas.” (Carriazo, 2012)

El conflicto armado, es un período que se marca con la creación de las guerrillas FARC y ELN (1964) y que trasciende hasta la actualidad, que en el camino ha dejado una estela de víctimas producto del despojo y desplazamiento de sus tierras y territorios. La Corte IDH, así lo reseña:

“A partir de la década de los sesenta del siglo XX surgieron en Colombia diversos grupos guerrilleros, por cuya actividad el Estado declaró “turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional”. Ante esta situación, el 24 de diciembre de 1965, el Estado emitió el Decreto Legislativo 3398 “por el cual se organiza la defensa nacional”, el cual tenía una vigencia transitoria, pero fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968 (con excepción de los artículos 30 y 34). Los artículos 25 y 33 del referido Decreto

Legislativo dieron fundamento legal a la creación de “grupos de autodefensa”. (Caso de la “Masacre de Mapiripán”, párr. 96.1)

Las voces de la historia colombiana ha sintetizado la duración del conflicto armado colombiano en más de cinco décadas. Coincidiendo que el mismo formalmente, tuvo sus inicios a mediados de los años sesenta, en el convulsivo contexto de Guerra Fría. (Breve historia del conflicto armado en Colombia).

Temporalidad para el ejercicio de la acción de restitución:

Con la expedición de la ley 1448 de 2011, como sistema de amparo administrativo –judicial- transicional a las tierras despojadas y abandonadas en razón del conflicto armado interno, Quinche Ramirez, (2014) identifica cuatro aspectos de gran relevancia en la ley, esto es, el reconocimiento legal de la restitución de tierras como un derecho fundamental, la acción de restitución como mecanismo prevalente para el amparo de las tierras, “[un] procedimiento [que] comparte los componentes de la acción de tutela”, y la creación de un juez especial y de naturaleza constitucional (p. 1). Características que tienen gran importancia en el desarrollo de este trabajo, puesto que si bien la ley 1448 de 2011 pone al alcance de las víctimas una acción de amparo a las tierras, en aras de proteger el derecho fundamental a la restitución, el ejercicio de tal acción se encuentra limitado en el tiempo por una especie de término de caducidad que sondea aproximadamente sólo un 50% del término del que ha subsistido el conflicto armado colombiano. Lo que hace suponer que para un considerado universo de víctimas del conflicto armado interno en Colombia, la acción de restitución nació caduca.

Respecto al ejercicio de la acción de restitución el artículo 75 de la ley 1448 de 2011 establece que *“Las personas que fueran propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente Ley, entre el 1o de enero de 1991 y el término de vigencia de la Ley, pueden solicitar la restitución jurídica y material de las tierras despojadas o abandonadas forzosamente, en los términos establecidos en este capítulo”*.

Es decir, que mientras en el contexto colombiano, el cual sirvió de base fundamental para la expedición de la ley se habla de aproximadamente 6 décadas de conflicto armado, la protección por despojo y abandono de tierras brindado por la ley es de solo sólo 2 décadas. Lo que significa que menos de la mitad del tiempo de conflicto armado fue comprendido en la protección. Por lo que la preocupación principal de este trabajo, es determinar si con tal temporalidad se vulneran derechos fundamentales de las víctimas que se encuentran en las mismas condiciones de despojo y/o abandono de tierras respecto de las que se encuentran dentro del marco temporal dispuesto en la ley. Así mismo, si con tal trato diferenciado se sustrae el Estado colombia de sus obligaciones internacionales, si viola la convención y genera un deficits de protección a un espectro de

víctimas de despojo y abandono. De ahí que uno de los objetivos de este trabajo centra su atención en analizar posibilidades de ‘restitución de tierras’ para todas aquellas personas propietarias o poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos, que hayan sido despojadas o se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de los hechos que configuren las violaciones de que trata el artículo 3º de la Ley 1448 ocurridas con anterioridad a 1991. Esto es, por acciones en el marco del conflicto armado, pero no dentro de la temporalidad transicional dispuesta en la ley.

Tal fue disposición fue sopesada en sede constitucional encontrando favorabilidad en la misma, pues la Corte constitucional mediante sentencia C-250 de 2012, declaró su constitucionalidad.

Sumado al escenario anterior, encontramos el hecho de que al igual que la acción de restitución de tierras de la ley 1448 de 2011, fue limitada en el tiempo, la acción de restitución de derechos territoriales dispuesta en decretos especiales y autómos¹⁷ a favor de los pueblos indígenas, afrodescendientes, negros, palenqueras, raizales y Rrom replica de manera similar el límite temporal dispuesto en el artículo 75 de la ley 1448 de 2011.

En este sentido el artículo 142 del Decreto 4633 de 2011, que establece la acción de

¹⁷ En este trabajo sólo haremos referencia a los Decretos dispuestos para la Restitución étnica Indígena y afrodescendientes, palenqueras, raizales y negras. No se hará alusión al Decreto 4634 de 2011 a favor del pueblo Rrom.

“restitución de derechos territoriales” así como la “acción cautelar” para protección de estos mismos derechos a favor los pueblos indígenas, señala:

“Las medidas de restitución establecidas en el presente decreto se aplican a las afectaciones territoriales ocurridas a partir del 1o de enero de 1991 hasta 10 años contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. La restitución material, con el fin de posibilitar el retorno a los territorios de origen se constituye en uno de sus fines esenciales. Estas medidas se orientan al restablecimiento del goce efectivo de los derechos territoriales de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad.”

Mientras que el num. 3º Art. 141 del decreto 4633, señala que *“Las tierras de los resguardos de origen colonial y las tierras de ocupación ancestral e histórica que los pueblos y comunidades indígenas ocupaban el 31 de diciembre de 1990”*.

En el Decreto 4635 de 2011, que establece la acción de “restitución de derechos territoriales” así como la “acción cautelar” para protección de estos mismos derechos a favor de las comunidades afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras, presenta el mismo fenómeno temporal puesto que el artículo 108 establece que la acción de restitución *“aplican a las afectaciones territoriales de las comunidades ocurridas a partir del 1 de enero de 1991 y hasta diciembre 31 de 2021”* y si se trata de tierras de ocupación histórica o ancestral sólo serán objeto de restitución si las comunidades las conservaban a 31 de diciembre de 1990.

De ahí que también suscite el interrogante tanto para indígenas con tierras coloniales y para afrodescendientes con ocupaciones históricas o ancestrales, cuales son las consecuencias de no haber podido mantener su ocupación en razón del conflicto hasta el día 31 de diciembre de 1990. Sin embargo, dicho interrogante deberá objeto de otro trabajo.

Así mismo, cabe anotar que la sentencia C-250 de 28 de marzo de 2012, mediante la cual, la Corte Constitucional declaró exequible el marco temporal del proceso de restitución sólo hace referencia al artículo 75 de la ley 1448 de 2011, y a la fecha del presente trabajo no existe pronunciamiento de constitucionalidad respecto a la temporalidad establecida en los decretos leyes que establecen el proceso de restitución a favor de las comunidades y pueblos étnicos, de modo que una pregunta obligada a responder en este trabajo será la del alcance que debe darse a la interpretación dada en dicha sentencia.

Siendo el contexto que refrenda la expedición de la ley 1448 de 2011 y los decretos leyes 4633 y 4635 de ese mismo año, se entendería que el marco transicional dispuesto en dichos instrumentos jurídicos se ajustara en tiempo y modo a las causas que los originaron. Sin embargo, en torno a la temporalidad para el ejercicio de la acción de restitución dentro del marco transicional fue limitado por el legislador a una tercera parte del contexto de conflicto; siendo posible el ejercicio de la acción restitutiva, únicamente si los hechos de despojo, abandono, confinamiento y desplazamiento que en razón del conflicto armado se denuncian, ocurrieron a partir del 1º de enero de 1991 (art. 75 ley 1448 de 2011; art. 142 D. L. 4633 de 2011 y art. 108 D. L. 4635 de 2011).

Hay que anotar que dicho criterio temporal sólo fue introducido en Segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes al texto del Artículo 76 del proyecto de ley, el cual, establecía de manera original que *“Será titular de la acción regulada en esta ley el despojado cónyuge, compañero o compañera permanente y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a este se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecido, y por solicitud de este y en su favor, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas a que se refiere la presente ley.”* (Gaceta del Congreso 865 de 2010).

Es decir, en principio no existió límites al ejercicio de la acción, el proyecto de ley, estuvo diseñado para que las víctimas del conflicto armado acreditado por la historia colombiana pudiera reclamar su derecho sobre la tierra de la cual hubiere sido despojado y/o que hubiese tenido que abandonar por razones del conflicto armado.

Exequibilidad del marco temporal establecido para el ejercicio de la acción de Restitución de Tierras sentencia de Constitucionalidad C-250 de 28 de marzo de 2012.

Al ser demandada la constitucionalidad del artículo 75 de la ley 1448 de 2011, el criterio de la temporalidad encontró respaldo en la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 28 de marzo de 2012, la Corte condensa su tesis de constitucionalidad en dos sentidos, uno que denominamos ‘*sentido general*’, referido a la limitación temporal para obtener una reparación material, esto el 1° de enero de 1985; y otro ‘*sentido específico*’ referido al criterio de la acción de restitución sólo a partir del 1 de enero de 1991.

Antes de exponer los sentidos referidos en el párrafo anterior, debe acotarse en primer lugar, que las víctimas comprendidas en el periodo comprendido en el sentido general, tal como quedó diseñado la ley 1448 de 2011 no tienen acción de restitución; y en segundo lugar, que al centrarse la discusión de este trabajo en la *“limitación temporal para ejercer la acción de restitución”*, nos ceñiremos a lo que en la sentencia de la alta corporación y la ley 1448 de 2011 se conoce como *“limitaciones temporales a la titularidad de las medidas de reparación”*. Para diferenciarlo de la *“limitación temporal del sistema de justicia transicional”*, el cual tiene una duración de diez años, según el artículo 208 la ley 1448 de 2011, que no es objeto de estudio aquí.

Con las claridades anteriores, los sentidos señalados en la sentencia C-250 de 2012, son:

Sentido general:

Para la Corte las razones generales que defienden la constitucionalidad del artículo 75 son las siguientes:

1. Responsabilidad desde la perspectiva de los recursos estatales disponibles para la reparación de los daños causados.
2. Que la fecha fue el fruto de consensos y acuerdos dentro de las distintas corrientes políticas representadas al interior del órgano legislativo.
3. Los datos estadísticos establecen que las víctimas del conflicto armado interno aumentan de manera sustancial a partir de los años ochenta.

4. Que no existe una invisibilización de las víctimas anteriores a esa fecha respecto del goce de las medidas reparatorias de índole patrimonial, puesto que la norma establece formas distintas para ser reparadas.
5. Que las leyes de justicia transicional tienen límites temporales porque precisamente hacen referencia a la transición de un período histórico a otro, por lo tanto las limitaciones temporales son una característica intrínseca de este tipo de cuerpos normativos, que siempre suponen un ejercicio de configuración legislativa.

Sentido Específico:

Dentro de las razones de la Corte se encuentran:

1. La mayoría de los estudios sobre el conflicto armado señala que a partir de 1990 la expulsión y el despojo de tierras se convierte en un mecanismo empleado regularmente por las organizaciones paramilitares contra la población civil;
2. Los registros de casos de despojo y expulsión datan de los años noventa, de manera tal que sobre las fechas anteriores no hay certeza y se dificulta aplicar la medida de restitución tal como aparece regulada en la Ley 1448 de 2011;
3. De conformidad con las estadísticas del INCODER la mayor parte de los casos de despojo registrados están comprendido entre 1997 y el año 2008, los casos anteriores a 1991 corresponden solamente al 3% de los registrados entre 1991 y 2010;
4. Hay un incremento en las solicitudes de protección de predios a partir de 2005 y que con anterioridad a esa fecha este mecanismo sólo era utilizado de forma esporádica.
5. La finalidad del trato diferenciado, entre sujetos que tienen la condición de ser propietarios, poseedores o explotadores de baldíos y además fue afectado su derecho a

la propiedad, la posesión o la explotación económica, es preservar la seguridad jurídica. Pues se hace alusión a la figura de la prescripción adquisitiva de dominio señala en el Código Civil, la cual antes de la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 operaba a los 20 años y la necesidad de proteger los derechos adquiridos de los terceros de buena fe.

En esta oportunidad, nos detendremos en el análisis de aquellas razones en cuanto tienen incidencia en el debate propuesto, esto es, en aquellas manifestaciones sobre las cuales la Corte soporta la constitucionalidad del artículo 75 de la ley 1448 de 2011. No obstante, con el propósito de facilitar el entendimiento de la tesis sostenida en este trabajo desarrollaremos varios cuestionamientos que nos permiten orientar la discusión que nos hemos planteado, a saber:

1. ¿Son aplicables los criterios expuestos a favor de la constitucionalidad del artículo 75 de la ley 1448 de 2011 a la acción de restitución de Derechos Territoriales?
2. ¿La constitucionalidad del artículo 75 de la ley 1448 vulnera el derecho al acceso a la justicia y a un recurso judicial efectivo de las víctimas de desplazamiento y despojo ocurridas con anterioridad al 1 de enero de 1991?
3. ¿Existe vulneración al derecho a una reparación integral al limitarse temporalmente la acción de restitución?
4. ¿Debe el juez de Restitución de Tierras realizar control de convencionalidad e inaplicar la norma que fija un límite temporal para favorecer el principio pro-persona?
5. A pesar de la constitucionalidad de la norma ¿Podrían existir restituciones de despojos anteriores a la ley 1448?

En el capítulo 3 de este trabajo se expusieron nociones respecto a los elementos que construyen el concepto de Justicia Transicional. Indicándose que uno de los criterios que se erige sobre dicho sistema de justicia es el establecimiento de un límite temporal. Limitación temporal que tiene como característica la de cubrir o cobijar la época durante la que ocurrieron las violaciones masivas a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Ejemplo de formas transicionales de justicia los encontramos, en Argentina, Estado en el que la forma de justicia transicional empleada cubre el período de violaciones e infracciones ocurridas entre 1976 y 1983; en Chile, la expedición del Decreto Supremo 335, cuyo considerando señala como periodo de transición entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, que coincide con la dictadura militar de Chile que desarrolló entre 1973 y 1990 por Augusto Pinochet. Es decir, la experiencia demuestra que la temporalidad para el ejercicio de las acciones de los sistemas de justicia transicionales de postconflicto ha estado demarcados por el inicio y fin de la confrontación aguda, siendo por tanto legitimados para recibir los beneficios de los sistemas de reparación integral las víctimas de dicho período, por ello, se encuentra ilógico que un conflicto de más de seis décadas actual incluso al momento de expedirse la ley y con enormes efectos aún a la fecha de este trabajo, contemple una acción para sólo una parte del universo de las víctimas de ese conflicto.

Por eso cuando la Corte sostiene en la Sentencia C-250 de 2012 que *“[n]o se puede olvidar que las leyes de justicia transicional tienen límites temporales porque precisamente hacen referencia a la transición de un período histórico a otro, por lo tanto las limitaciones temporales*

son una característica intrínseca de este tipo de cuerpos normativos, que siempre suponen un ejercicio de configuración legislativa” (p. 85) confunde la duración del sistema transicional, el cual como se acotó se encuentra en el artículo 208 de la ley 1448 de 2011, con el período de violaciones que cubre dicho sistema y el tiempo que deben probar las personas para ejercer dicha acción, siendo éste último el que nos interesa en este trabajo.

Nótese que mientras el artículo 3 de la ley hace referencia al conflicto armado interno colombiano y, la historia y la Corte reconocen que dicho conflicto data desde los años 60's, la ley contempla la acción de restitución sólo a las víctimas que en el marco o por ocasión de dicho conflicto sufrieron despojo, abandono, confinamiento o desplazamiento a partir del 1 de enero de 1991.

No se olvida que precisamente la sentencia de la Corte recoge la voz del Grupo de Memoria Histórica para quienes “la demostración para el largo conflicto colombiano existen evidentes dificultades para establecer una fecha hito”, sin embargo, no es menos del mismo informe, se destacan fechas más coincidentes con la historia del conflicto armado y que de haberse aplicado al ejercicio de la acción hubiese sido más favorable para las víctimas. Por ejemplo en apartes el informe del Grupo de Memoria Histórica transcrito en la sentencia C-250 de 2012 se lee:

Una de las expresiones de violencia de mayor impacto social son las masacres, no sólo por su carácter colectivo sino también por el efecto desestructurador en las comunidades y porque a éstas generalmente están asociadas a otras modalidades como el desplazamiento forzado y el despojo. Al respecto y con base en la información construida por el Grupo de

Memoria Histórica, es posible observar cómo en los primeros años de la década de los ochenta (1981 -1982) se inicia en el conflicto armado, el uso de la masacres como modalidad recurrente de violencia que en líneas gruesas seguirá una tendencia ascendente a lo largo de toda la década. Por tanto, si consideramos las masacres como un indicador de la degradación de la guerra, es posible afirmar que la nuestra comenzó a degradarse por lo menos desde el año 1981 (Sentencia C-250 de 2012, p. 32).

(...)

El despojo y el desplazamiento forzado no son simplemente efectos colaterales de otras formas de violencia, como las masacres y la desaparición forzada, sino que constituyen en sí mismas modalidades de victimización que afectan a grupos específicos, tales como campesinos, indígenas y poblaciones afrodescendientes en la disputa y consolidación territorial de los actores armados. La cadena de liquidación del movimiento campesino, el despojo, y el desplazamiento forzado se agravan particularmente a partir de la década de los '80 y hacen parte de los mecanismos y de la dinámica general de la violencia.

A la sombra del conflicto armado, y particularmente de la consolidación del modelo paramilitar, se produjo una enorme concentración de la tierra que sólo hoy comienza a ser visible. El paramilitarismo, tal como surgió en el Magdalena Medio desde la década de los '80 y se extendió luego a otras regiones, se convirtió en el soporte de la reconfiguración agraria por vía armada de muchas zonas, como se documenta tanto en el informe del Grupo

de Memoria Histórica sobre La Masacre de la Rochela, como en el informe sobre La Tierra en Disputa (...)” (pp. 34 y 35).

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente al desplazamiento forzado en Colombia ha expresado que el problema del desplazamiento forzado interno en Colombia, tuvo su inicio en la década de los años ochenta, afectando a grandes masas poblacionales. Situación de desplazamiento que se fue agravando progresivamente (Caso de la “Masacre de Mapiripán”).

Es decir, no existe siquiera coincidencia entre el marco de violaciones a los Derechos humanos e infracciones al Derecho internacional humanitario, propuesto en la ley y Decretos leyes y el período conflicto armado en el que éstas ocurrieron, o por lo menos más de las dos terceras partes de dicho conflicto se encuentran hoy sin disposición especial y transicional que las gobierne.

Más aun, al revisar la sentencia de constitucionalidad C-250 de 2012, encontramos que ésta no desconoce la existencia de despojo y desplazamiento antes de 1991, sino que sustenta la exequibilidad de la limitación temporal en *“la proporcionalidad que mostró el legislador al momento de establecerla”* es decir, en lo que en nuestra jurisprudencia se dado bien en llamar discrecionalidad del legislador. Incluso, se detalla que la época no cubierta en el límite temporal establecido para ejercer la acción de restitución representa sólo un 3% del 100% del despojo y desplazamiento ocurrido entre 1991 y 2010, conforme a las estadísticas del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) (Sentencia C-250 de 2012, p. 88).

Garay & Vargas Valencia (2012) estiman que entre el año de 1980 al 2010, 6,6 millones de hectáreas se habían abandonado o despojado de manera violenta, siendo compaginado el despojo de la tierra y territorios con la victimización masiva ocurrida en el país durante por lo menos los últimos treinta años (p. 16). Por tanto, si el período cubierto en la ley data desde 1991, existe toda una década de despojo, abandono que la ley está desconociendo, esto es, aquellos ocurridos entre 1980 y 1990, pues es evidente que se trata de un período considerable y en la cual se propiciaron actos de desplazamiento masivo, despojo y abandono de la tierra, en una representación del 15,4% de la superficie agropecuaria de todo el país según lo documentan Garay & Vargas Valencia (2012), p. 16.

En consecuencia, existe evidencia que durante los 60 años de conflicto armado en Colombia ocurrieron actos de desplazamiento, despojo y abandono de la tierra por lo menos durante a partir de los años 1980. La Corte Constitucional Reconoce la existencia de dichos hechos en el mismo período identificando incluso un 3% del despojo antes de 1991. No obstante, la ley vedó la acción de restitución a dicho cúmulo de víctimas.

Al ser Colombia Estado Parte en la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973 con reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985, sus obligaciones internacionales datan desde dicha época. De ahí que tal como profusamente lo ha expuesto la Corte Interamericana en diversos asuntos, le concierne al Estado Parte el deber de reparar adecuadamente a sus víctimas, (Caso Acosta Calderón vs Ecuador, supra nota 7, párr. 145); (Caso Yatama vs Nicaragua, supra nota 7, párr. 230) y (Caso Comunidad Indígena Yakye

Axa Vs. Paraguay, supra nota 12, párr. 179), lo que implica que el Estado deberá propender por el restablecimiento de la situación anterior a la violación (*restitutio in integrum*), y sólo cuando ello sea imposible, buscar otras formas de realizar la reparación. Así lo sostiene la misma corporación en su jurisprudencia, la cual, ha reconocido incluso el carácter fundamental del derecho a la restitución (C-715 de 2012, consideración jurídica 6.3). De modo que en tratándose de los derechos de protección de las personas en situación de desplazamiento frente a la propiedad inmueble “*los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas, determinan deberes concretos a cargo de las autoridades estatales*”. Destacándose aquellos impuestos a los Estados y dirigidos a satisfacer los derechos afectados por la privación de la tierra de la población desplazada, a saber¹⁸:

1) El derecho de todos los refugiados y desplazados a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial.

2) El derecho de toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su vivienda, sus tierras o su patrimonio de tener la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante.

3) El deber de los Estados de garantizar que todos los refugiados y desplazados, cualquiera sea el lugar en que residan durante el período de desplazamiento, puedan acceder a los

¹⁸ Dichos deberes son tomados de la sentencia C-715 de 2012.

procedimientos de reclamación de la restitución ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido.

4) Los Estados deben velar por que los usuarios de las viviendas, las tierras o el patrimonio, incluidos los arrendatarios, tengan derecho a participar en los procedimientos de reclamación de la restitución, incluso mediante la presentación de reclamaciones conjuntas.

5) Los Estados deben garantizar la prestación de una asistencia jurídica adecuada y, de ser posible, gratuita a quienes deseen presentar una reclamación de restitución. Esta asistencia jurídica, cuya prestación podrá correr a cargo de instituciones gubernamentales o no gubernamentales (nacionales o internacionales), deberá estar exenta de discriminación y satisfacer normas adecuadas de calidad, equidad e imparcialidad, a fin de que los procedimientos de reclamación no se vean menoscabados.

6) Los Estados deben velar porque toda declaración judicial, cuasi judicial, administrativa o consuetudinaria relativa a la propiedad legítima de las viviendas, las tierras o el patrimonio, o a los derechos correspondientes, vaya acompañada de medidas encaminadas a hacer efectivos el registro o la delimitación de dichos bienes, como requisito para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia.

Por su parte los incisos 1 y 4 del artículo 22 de la Convención Americana establecen que: Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. *4. el ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. [...]*

La Corte ha señalado mediante una interpretación evolutiva del artículo 22 de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicable y de conformidad con el artículo 29.b de la misma — que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos —, que la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte en la misma.

Al respecto, la Corte considera que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos emitidos en 1998 por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas resultan particularmente relevantes para definir el contenido y alcance del artículo 22 de la Convención en un contexto de desplazamiento interno. Además, dada la situación del conflicto armado interno en Colombia, también resultan especialmente útiles las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949. Específicamente, el artículo 17 del Protocolo II prohíbe ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas y, en este último caso, se deberán adoptar *“todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”*.

En los términos de la Convención Americana, dicha situación obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a favor de las víctimas y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares *“Asimismo, dentro de los efectos nocivos que provoca el desplazamiento forzado interno, se han destacado la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento*

y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social” (Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra 8, párr. 175).

Desde la perspectiva explicada, razones como la naturaleza transicional, el costo para el Estado al ampliar la temporalidad, el consenso nacional para acordar el límite temporal y la base estadística mayoritaria de víctimas, planteadas por la Corte para defender la constitucionalidad del artículo 75 de la ley 1448 de 2011, resultan insuficientes para sostener la invisibilidad y el trato diferenciado que otorga a los despojados y desplazados de sus propiedades en la década de los 80's. Bastaría preguntarnos por la diferencia que existe entre las víctimas de despojo y desplazamiento de dicha época con las despojadas y desplazadas desde el 1 de enero de 1991, para concluir que no existe ninguna, salvo el momento de su ocurrencia.

Si bien, en una democracia representativa como la nuestra el legislador tiene la potestad de establecer límites temporales al ejercicio de algunas instituciones jurídicas y en tratándose de acciones judiciales, términos de caducidad y prescripción. Frente a las circunstancias de violaciones masivas de derechos Humanos en situación conflictos internos, dictaduras o violencia generalizadas la decisión de las mayorías puede resultar lesiva contra las víctimas o parte de las víctimas de ese conflicto, violencia o dictadura. Tal como sostuvo la Corte Interamericana por ejemplo en el caso "Gelman vs. Uruguay" de 2011 (Serie C nº 221), en el que se establece que el ejercicio de las mayorías en los Estados democráticos incluso, está limitado por el control convencional “de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que,

particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, **la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, 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.¹⁹ Límites precisamente que se circunscriben a la tutela efectiva de los derechos fundamental, dentro de los cuales, como se indicó en capítulos anteriores, se encuentra para las víctimas el Derecho a la Restitución. Criterio que encuentra eco en nuestra jurisprudencia constitucional en la que se señala que *“el proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo.”* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010).

De manera que nos surge el cuestionamiento de si vedar una acción judicial efectiva a un 3% de la población desplazada y despojada, implica una vulneración a los estándares internacionales de acceso a la justicia y recurso judicial efectivo, a la convención americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en los que se ha sostenido la teoría de acceso a la justicia, el recurso judicial efectivo (arts. 8 y 25 Convención) y las obligaciones generales del Estado (art. 1.1.), como un todo indisoluble.

¹⁹ <http://jpdesc.blogspot.com/2013/06/convencionaliad-mayorias-y-limites.html>

“Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes (Caso Castillo Paez vs Perú, párr. 83 y 83). Configurando con ello una violación del artículo 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1.” (Caso Castillo Paez vs Perú, párr. 84).

El hecho de haberse fijado un límite temporal para el ejercicio de la acción de Restitución en la ley 1448 de 2011, pese a la reconocida existencia estadística de un grupo de víctimas de despojo y abandono durante la década de los años 80's, genera una división innecesaria e inconstitucional de las mismas, un trato diferenciado que atenta contra el derecho a la igualdad y rompe los parámetros de la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana. Puesto que la expedición de la ley entraña un tratamiento diferenciado de víctimas desposeídas de sus predios ocurridas entre 1985 a 1990 y las desposeídas de sus predios entre 1991 y ss. Es decir, si se trataba de crear un sistema transicional para las víctimas de despojo en el marco del conflicto armado interno, y se conocía la existencia de un porcentaje que quedaba excluida del marco propuesto en la ley, podríamos afirmar que la actividad legislativa amparada en el criterio de libertad de configuración legislativa, actuó discriminatoriamente contra las víctimas despojadas y/o que hubieran abandonado sus tierras en razón o por ocasión directa o indirecta del conflicto armado.

Al quitar la posibilidad del ejercicio de la acción de restitución a las víctimas de despojo, abandono y desplazamiento, ocurrido con anterioridad al 1º de enero de 1991, la ley 1448 igualó dichas víctimas a aquellas que en el mismo periodo sufrieron el conflicto armado pero sin desposesión de sus predios. Como quien dice, trató a iguales como diferentes y a diferentes como a iguales. Por lo que a sabiendas de la existencia de un conjunto de víctimas de despojo anterior al marco temporal propuesto, no se explica el trato diferenciado en el ejercicio de la acción administrativo-judicial.

Las razones para declarar la exequibilidad del límite temporal contemplado en el artículo 75 de la ley 1448 para el ejercicio de la acción de restitución, abre las puertas interamericanas a las víctimas de despojo y abandono ocurridos por lo menos mediados del año 1985 y hasta el 31 de diciembre de 1990. El argumento principal es que no tienen una acción disponible dentro del sistema judicial para recuperar sus predios e incluso territorio. Pretensión restitutiva que podría ser aceptada en el sistema regional dado que para la época de los hechos de despojo, abandono y desplazamiento Colombia había aceptado la competencia de la Corte IDH.

Al abrirse la posibilidad explicada, nos permite preguntarnos ante la eventualidad que una víctima de desplazamiento, abandono o despojo ocurrido entre 1985 a 1990 obtenga una sentencia favorable de la Corte IDH sobre un predio que en el derecho interno fue restituido a otra víctima despojada del mismo predio con posterioridad a 1991. Tal cuestionamiento nos permite vislumbrar el enfrentamiento al que pudiera someterse la jurisdicción especial transicional de restitución de tierras que contempla la acción de restitución y la acción de protección de derechos humanos y reparación y restitución a la que se puede acceder en el

sistema interamericano. Lo que nos permite mostrar que el problema planteado resulta ser de importancia para la protección de las víctimas.

Otro argumento esbozado por la Corte para declarar la exequibilidad de la temporalidad para el ejercicio de la acción de restitución es *“la prescripción de derechos”*, razón que a nuestro juicio, contradice el espíritu mismo de la ley, pues esta establece dentro de un amplio sistema de presunciones que *“[c]uando la parte hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima.”* Acotándose incluso la presunción de nulidad de dichos actos. *“La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo”* (Numeral 3 y art. 77 de la ley 1448 de 2011).

La presunción 5ª de la misma norma, hoy condicionada por el término de caducidad del artículo 75 plurimencionado, establece una diferenciación entre víctimas que sufrieron una situación de despojo antes de 1991, con las que lo sufrieron a partir de dicha fecha. Soslayando de manera automática la prescripción de los derechos reales para los que iniciaron su posesión a 1º de enero de 1991, hace decaer la acción de restitución a favor de los que la iniciaron y perdieron antes de dicha fecha, rompiendo la armónica presunción destacada en el numeral 3 transcrito. A modo de ejemplo, si Juan fue despojado en el año 1990, y se ha mantenido en dicha condición por más de 20 años, su posesión fue interrumpida por la acción de conflicto armado e incluso no tiene acción de restitución a su favor para que se la devuelvan. Pero si la misma

situación le hubiese acaecido el 1º de enero de 1991, su derecho y vocación de restitución se mantienen incólume, puesto que de acuerdo con la presunción 5 del art. 77 la posesión de quien actualmente tiene el predio en su poder nunca ocurrió.

La sentencia C-781 de octubre 10 de 2012 de la Corte Constitucional ha reiterado que el concepto de conflicto armado resulta amplio e incluyente de modo que sensiblemente reduce la posibilidad de que resulten indebidamente excluidas personas que debieran ser admitidas bajo esa noción y que la imposibilidad de ser reconocido como beneficiarios de la Ley 1448 de 2011 no trae consigo la absoluta desprotección visualizada por los demandantes, por cuanto el sistema jurídico colombiano ofrece otras herramientas y mecanismos de defensa para la atención y la protección de los derechos de las demás víctimas. Así mismo, la sentencia C-280 de 2013, la corte señaló que la ley 1448 de 2011 vino a complementar el sistema de protección ya existente en el escenario jurídico colombiano.

De ahí que en contraste con el término de caducidad establecido en la ley 1448, la ley 387 de 1997 señala, sin limitación temporal alguna, en sus artículos 2º y 27, que los desplazados por el conflicto armado colombiano tienen derecho a retornar a su lugar de origen, y que La perturbación de la posesión o abandono del bien mueble o inmueble, con motivo de una situación de violencia que obliga al desplazamiento forzado del poseedor, *“no interrumpirá el término de prescripción a su favor”*. Lo que hace necesario preguntarse: si una persona que no se encuentre dentro del marco establecido en la ley 1448 de 2011, ¿podría en virtud de la ley 387 de 1997, elevar el respectivo proceso de pertenencia o reivindicación?; siendo la acción de restitución de tierras de carácter especial pero complementario al sistema general de reparaciones ¿podría

acudir las víctimas desarraigadas en la década del 80' a la acción de restitución de la ley 1448 invocando la interrupción de la prescripción contemplada en la ley 387 de 1997?; estimando la temporalidad de las acciones ordinarias ¿Perdería su derecho a prescribir o reivindicar?, ¿cuál sería el mecanismo judicial que el Estado le otorgaría?

Todas estas situaciones apuntan a varios derroteros que demuestran cómo el infortunado término, termina sólo siendo un obstáculo formal para el ejercicio de la acción de restitución y una clasificación injusta de las víctimas del conflicto armado colombiano desposeídas en la década del 80' y las desarraigadas de sus propiedades o posesiones a partir de 1991. Tal clasificación podría terminar enfrentando a ambos tipos de víctimas en sedes judiciales y administrativas, por ejemplo, pensemos que Juana, desplazada de su predio en el año 1986, elevada acción pertenencia –con fundamento en la ley 387 por haber sido desposeída antes del 1 de enero de 1991-, y Miguel, desplazado del mismo predio en el año 1993, instaura acción de restitución. En una coherente lógica jurídica ¿quién debería recibir la restitución?

En la actualidad, ocurre que aquellas personas desplazadas antes del 1 de enero de 1991 no pueden acudir a la acción de restitución, no obstante cuando se presentan la diversidad de acciones que comprometen el predio perseguido en restitución como en el caso propuesto la ley 1448 permite que el mismo sea acumulado y decidido la situación del predio dentro del proceso transicional (art. 95). Sin embargo, pese a dicha acumulación sólo en dicho evento el juez podrá decidir la acción de restitución a favor de quien se encuentre dentro del término dispuesto en el artículo 75, y ofrecer las demás medidas de reparación a quien se encuentra fuera de dicho término.

Una situación semejante la encontramos en la sentencia del veintinueve (29) de mayo de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cartagena, Sala Civil Especializada En Restitución De Tierras, en la que se indicó, al resolver una situación de un reclamante:

“Analizadas las pruebas en conjunto tenemos, que no existe claridad, en la fecha en que se dio el abandono del predio parcela 9 del de mayor extensión PERTENENCIA por parte del señor (N.N), ello con el fin de establecer el momento hasta cuándo, efectivamente el solicitante estuvo ocupando el referido bien, hecho fundamental para establecer la procedencia de esta acción, que está circunscrita a circunstancias violatorias de los derechos de las víctimas ocurridas a partir del año 1991.”

La sentencia, que alude a la falta de claridad del año de una cesión realizada entre las contrapartes, y donde consta una entrega por parte del INCODER al año 1987, concluye que:

“(…) no alcanzan a tener contundencia para desvirtuar las demás pruebas aportadas sobre el tema crucial del litigio que era, el determinar hasta cuándo ejerció el demandante la ocupación alegada la cual debió ejercer hasta después de enero de 1991.” En el caso en particular- de acuerdo con la Tribunal- , las pruebas aportadas no lograron la *“acreditación de los supuestos que establece la ley 1448 de 2011 en su artículo 75,”* que trata entre otros de la situación de propietario, poseedor o explotador de baldío en el espacio temporal que marca el mencionado artículo 75 por parte del demandante, es decir entre el 1º de enero de 1991 a la fecha.

La aplicación de por pautas temporales irrestrictas perpetúan el despojo de personas que no pudieron hacer resistencia al conflicto hasta la fecha estima la ley. Vedando cualquier forma de recuperar su tierra, situación a que a juicio de este trabajo más allá del ejercicio constitucional impone a los jueces de restitución criterios convencionales de interpretación, tal como lo pasamos a exponer a continuación.

Obligatoriedad de aplicación del Control de convencionalidad por parte de jueces y Unidad de restitución de tierras.

Los jueces y la Unidad de Restitución de Tierras son responsables de la operatividad de la ley 1448 de 2011. Ésta les encarga el trámite del proceso de restitución, cuya estructura es ser de única instancia, dividido en dos procedimientos interdependientes: administrativo y judicial (C-099 de 2013); el primero, se trata de un procedimiento *de registro de tierras presuntamente despojadas y abandonadas forzosamente*, cuyo trámite es desarrollado por la Unidad de Restitución de Tierras. En éste, la Unidad identifica física y jurídica el predio reclamado, determina tanto el contexto de los hechos victimizantes como el origen del despojo o del abandono forzado e individualiza a las víctimas y sus núcleos familiares. Así mismo, durante esta etapa define la relación jurídica de éstos con el predio objeto de restitución y determina la existencia de segundos ocupantes. Finalmente tras varios ejercicios de recolección probatoria la Unidad de Restitución debe decidir sobre la solicitud de inclusión en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Inscripción que debe ser comunicada a quienes figuren como propietarios, poseedores u ocupantes del predio que se quiere registrar, con el propósito de permitirles que éstos acrediten buena fe exenta de culpa.

Sólo si la etapa administrativa concluye con decisión favorable de inscripción en el registro tierras despojadas y abandonadas forzosamente, será posible iniciar el procedimiento judicial que contiene la “*acción de restitución o formalización*” propiamente dicha. Pues la inscripción en el registro – de acuerdo con el inciso 5 del art. 76 de la ley 1448 de 2011- se constituye en “[...] *requisito de procedibilidad para iniciar la acción restitución (...)*”. Procedimiento, que se encuentra a cargo del Juez Especializado en Restitución de tierras, y que consta de varias etapas procesales a saber: *admisibilidad, oposiciones, pruebas, sentencia y cumplimiento o post-fallo*.

Durante la etapa de *admisibilidad*, el juez al encontrar satisfechos los requisitos de la demanda deberá en el auto admisorio disponer, entre otras medidas, la inscripción del predio en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, su sustracción provisional del comercio, la suspensión de procesos declarativos de derechos reales sobre el mismo y medidas de embargos, la notificación al representante legal del municipio donde se encuentra el inmueble, así como al Ministerio Público y la publicación del auto admisorio en un diario de amplia circulación nacional, para efectos de la notificación de las personas que tengan derechos legítimos relacionados con el predio, los acreedores con garantía real y otros acreedores de obligaciones relacionadas con el predio, así como las personas que se consideren afectadas por la suspensión de procesos y procedimientos administrativos comparezcan al proceso y hagan valer sus derechos.

La fase de *oposiciones*, cuya duración depende en muchos de los casos al número de personas a notificar, tiene como finalidad la recepción de las excepciones formuladas, durante el término de traslado, por los demandados e intervinientes en contra de las pretensiones de la víctima.

Traslado que tendrá una duración de quince días contados a partir de la respectiva notificación del auto admisorio (Sentencia C-438 de 2013, resolución décima primera, p. 136). Vencida dicha etapa, y frente al ideal propuesto por el legislador al diseñar el articulado de la Ley 1448 de enfrentar una víctima en desventaja y estado de vulneración contra un victimario o despojador poderoso, se abre una etapa *probatoria* de 30 días, que otorga en beneficio de aquella varios dispositivos destacados del diseño procesal de la justicia restitutiva tales como: la buena fe subjetiva, la inversión de la carga de la prueba operable a partir de una serie de presunciones que amparan la situación de la víctima en razón de su victimario, la aceptación de pruebas sumarias, el reconocimiento de ciertas pruebas como fidedignas, la aplicación del principio *pro-personae*, la posibilidad de dictar fallos *extra* y *ultra petita*, etc.

Agotado el período probatorio, el artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, ordena al juez proferir sentencia definitiva sobre la propiedad, la posesión del bien u ocupación del baldío, decretar las compensaciones a que hubiere lugar a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso y otra serie de medidas reparatorias. Cabe anotar sin embargo, dos precisiones, la primera, no existe etapa de *alegatos* en el proceso de restitución de tierras dispuesto en la ley 1448 de 2011, como sí la existe en el proceso de restitución de derechos territoriales; La segunda, pese que el procedimiento judicial se inicia, ante el juez Especializado en Restitución de Tierras, la sentencia puede ser proferida por él o por la Sala del Tribunal a la cuál este pertenece, conforme lo dispone el artículo 79 de la ley 1448 de 2011 al decir:

Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Sala Civil, especializados en restitución de tierras, decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras, y

los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que se reconozcan opositores dentro del proceso. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias dictadas por los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras.

Los Jueces Civiles del Circuito, especializados en restitución de tierras, conocerán y decidirán en única instancia los procesos de restitución de tierras y los procesos de formalización de títulos de despojados y de quienes abandonaron en forma forzosa sus predios, en aquellos casos en que no se reconozcan opositores dentro del proceso.

Otra de las características del proceso de restitución, está fundamentada en su forma de terminación, puesto que pese a estar diseñado como una especie de proceso declarativo, su terminación no se da con la sentencia sino con su *cumplimiento*, de acuerdo lo establece el parágrafo del artículo 91 de la ley 1448 de 2011. De ahí que ésta sea una etapa adicional del procedimiento judicial de Restitución.

Para la Corte Constitucional, cuando el parágrafo 1° del artículo 91 señala que el Juez o Magistrado mantienen la competencia hasta tanto estén completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del restituido en el proceso, esto es, hasta que el juez o magistrado puedan garantizar el goce efectivo de los derechos de aquel, prosiguiéndose dentro del mismo expediente con medidas de ejecución de la sentencia, lo que quiso el legislador era otorgar al juzgador de la restitución una competencia *ius fundamental* extendida, que no se agotara con la ejecutoria de la decisión de restitución de tal manera que el proceso, sólo acaba “cuando

efectivamente se hubiesen cumplido todas las órdenes de protección y restitución contenidas en el fallo” (Sentencia T-315 de 2016, considerando 4.3.3, p. 28).

Por otro lado, tanto los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana han establecido en sus líneas jurisprudenciales la fundamentalidad del derecho a la restitución. La Corte Constitucional por ejemplo, en la sentencia C-715 de 2012, entre otras, ha indicado:

[S]iendo el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, un derecho fundamental, no puede menor que afirmarse que el derecho a la restitución de bienes de los cuales las personas han sido despojadas constituye un derecho fundamental (Consideración 6.3.).

[...] esta Corporación recaba en que los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la restitución como parte de ésta última, en virtud de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en el marco del conflicto armado, dan lugar a una serie de obligaciones inderogables a cargo del Estado, como la de prevenir estas violaciones, y una vez ocurridas éstas, la obligación de esclarecer la verdad de lo sucedido, la investigación y sanción de este delito sistemático y masivo en contra de la población civil, y la reparación integral a las víctimas, cuyo componente preferente y principal es la restitución, tanto por la vía judicial –penal y contencioso administrativa-, como por la vía

administrativa, así como el deber de garantizar y facilitar el acceso efectivo de las víctimas a estas diferentes vías.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha defendido la fundamentalidad del derecho a la restitución al disponerla en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1, 2, 8 y 10); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, 2, 8, 21, 24, 25 y 63); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 3, 9, 10, 14 y 15); en los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas; en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng) y en los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro). Instrumentos que al hacer parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato tienen ingreso al sistema jurídico colombiano por vía del control abstracto como concreto de constitucionalidad (C-228 de 2002).

Así mismo la Corte IDH, resalta en los Casos Cantoral Benavides vs Perú (2001) y Almonacid Arrellano y otros vs Chile (2006) que la reparación integral *“refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados”* (párr. 40 y 135).

Al ser el derecho a la restitución un derecho fundamental, la misma naturaleza debe predicarse de su acción y del proceso que se ponga al servicio para su reclamación, y en este mismo sentido la Corte Constitucional lo ha entendido reafirmando en su doctrina constitucional que los jueces de restitución deben reconocer, más allá del ámbito procedimental especial que

por sí sola tiene la acción de restitución, que su carácter *ius fundamental* “es la expresión de las profundas implicaciones de su dimensión sustancial como un proceso de carácter constitucional y no sólo civil” (Sentencia T-315 de 2016, considerando 4.4).

De allí que una de las principales críticas realizadas a la sentencia C-250 de 2012, es precisamente el haber estudiado la limitación temporal para el ejercicio de la acción de restitución alejada de su contenido fundamental, sin aplicación de un test estricto de constitucionalidad, cuya tradición había sido mantenida por la alta corporación hasta entonces. Así como la desatención respecto al déficit de protección al 3% reconocido en las estadísticas de víctimas desposeídas, tesis aplicada en el auto 119 de 2013, que muestra como dicho déficit de protección puede vulnerar tanto la constitución como los instrumentos internacionales.

Por tanto, cuando la Unidad o los jueces conocen del proceso de restitución, deben dirigir tal conocimiento no sólo desde las disposiciones internas emanadas del legislador nacional, sino a las dispuestas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en especial, las dispuestas para la reclamación restitutiva de las víctimas de desplazamiento, despojo y abandono en el marco y por ocasión del conflicto armado. Para ello, reviste –sin dejar de ser arbitrario– gran importancia el año 1985 como límite temporal para el ejercicio de la acción de restitución, dado que en dicha data Colombia acepta la competencia de la Corte IDH para conocer los casos de violaciones masivas a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Por lo que su responsabilidad como Estado parte, puede ser juzgada por hechos de despojo, desplazamiento y abandono desde dicha época.

Rechazos de plano de solicitudes de restitución basadas en el límite temporal establecido en el artículo 75 de la ley 1448 de 2011, desatienden las obligaciones internacionales que tiene Colombia en el marco de la Convención Americana. Máxime cuando la misma Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 2012 reconoce la existencia de un grupo de víctimas del despojo sin diferencia alguna con las víctimas que sufrieron el despojo de sus propiedades dentro del marco temporal dispuesto por la ley 1448 de 2011. Estadísticas nacionales que fueron presentadas por el mismo ministerio de agricultura (consideración 3.2). Situación que la llevó a declarar la constitucionalidad con criterios de proporcionalidad toda vez que el término dispuesto por el legislador cubría “(...) *el período histórico en el cual se produce el mayor número de víctimas de despojo y desplazamiento*” (consideración 9.2.).

Por tanto, de cara a las obligaciones internacionales del Estado Colombiano podríamos afirmar que la Corte no inhabilitó el ejercicio pre-temporal de la acción de restitución a las víctimas que sufrieron despojo y desplazamiento entre 1985 a 1990. Por el contrario el reconocimiento de las víctimas señaladas impone a las autoridades internas realizar un control de convencionalidad a dicha disposición para permitirle acceder a la reivindicación de su derecho fundamental.

Aplicabilidad de los parámetros de la sentencia C-250 de 2012 a la acción de Restitución Étnica.

En el plano nacional e incluso en el internacional se habla de manera genérica del *proceso de restitución de tierras* o de la “ley de tierras”, axioma que, por un lado, aleja tal acción del reconocimiento que la transicionalidad -a través de los decretos 4633, 4634 y 4635 de 2011- hizo

a los pueblos Indígenas, afrodescendientes, palenqueros, negros raizales y Rrom, respecto a **sus derechos territoriales**, y por el otro, ahonda desde el lenguaje la discriminación y el desconocimiento que dichos pueblos han recibido durante generaciones.

Tales decretos, reconocen la *acción restitutiva* de derechos territoriales a las comunidades y no exclusivamente de la tierra - como elemento material del Territorio- aunque ello no implica que las comunidades no puedan cuestionar la propiedad privada en aquellos eventos en que consideren que la misma fue adquirida con detrimento de su territorio. Es por ejemplo, una acción que puede ser dirigida a la restitución del derecho fundamental a la consulta previa, del derecho propio, de las prácticas ancestrales y comunitarias, de la cultura del pueblo o comunidad indígena o tribal, de creencias, ritos y sitios sagrados, de la autoridad territorial o de su guardia comunitaria ancestral, etc., despojados en razón o por ocasión del conflicto. Así mismo, se puede dirigir a la protección de las cuencas hídricas de la comunidad, de los bosques y del suelo propiamente, que hayan resultado afectados por el desarrollo del conflicto armado interno.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el carácter fundamental de los derechos fundamentales de los pueblos originarios, se desprende de la prohibición de desaparición forzada (sentencia T-380 de 1993). Tanto así que la misma Corte en sentencia T-514 de 2009, tras el reconocimiento a la titularidad de los derechos en cabeza de los pueblos indígena y su diferenciación de los derechos que cada uno individualmente posee, agregó un reconocimiento jurídico y político entre los que cabe resaltar el rango de norma constitucional y la forma de resolución de conflictos entre los derechos comunitarios e individuales a través de la ponderación y no del sistema jerárquico normativo.

Así mismo tanto el convenio 169 de 1989 de la OIT como los decretos establecen el derecho al retorno de la comunidad a su habitat ancestral y, en caso de que este sea imposible, el deber estatal de entregar tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico de las que poseía la comunidad antes del desplazamiento, lo que debe realizarse de forma consensuada con los afectados (convenio 169, artículo 16.4) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 542) El caso *Yakye Axa y Sowhamayaxa vs Paraguay*, es un claro ejemplo de cumplimiento de dicha disposición, en en que la Corte Idh resalta la importancia del territorio para la pervivencia física, la cultura y la identidad y la persistencia de su derecho al retorno, el cual está en cabeza del Estado (parr. 147 cfr. Parr. 217 y 218).

Juan Carlos Betancur Trujillo (2012), recoge una secuencias panorámica de actos que dan cuenta en la historia del país del despojo de territorios y la resistencia de las comunidades, es así como desde 1906 a través de políticas públicas se pretendió la disolución de las figuras del resguardo (L. 89 de 1890), “estas políticas marcaron un antecedente que, poco tiempo después, canalizarían los esfuerzos centrales del movimiento Lamista por recuperar los territorios perdidos”. Para 1912 el Código fiscal de ese año, que nos rige aun en la actualidad negó las ocupaciones de más de 200 años de las comunidades del Pacífico, teniendo que esperar dichas comunidades para su reconocimiento hasta 1991. Entre 1970 y el 1973 Se implementaron programas masivos de de titulación de baldíos, compra y expropiación de predios, los cuales se vieron frenadas por grandes élites concentradoras de tierras, llevando a tener conforme el Informe nacional de desarrollo Humano (PNUD, 2011) que el 1.5% fuera dueña del 52% de la tierra rural. (pp. 42 -44).

El Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC, 1973), por ejemplo, para el año 1985 suscriben los acuerdos de Vitoncó con las FARC para preservar los territorios Nasas de las consecuencias del conflicto armado. “aunque posteriormente, fueron violados” por el grupo guerrillero (Benavides Vanegas, 2013, p. 107).

Ello, nos lleva a entender la doble dimensión que tiene la acción de restitución en Colombia. La primera, ya explicada en el subtítulo anterior abarca las acciones de despojo y abandono de propietarios privados o predios que pueden llegar a ser adquiridos de manera individualmente; la segunda, la restitución de los derechos territoriales de las comunidades étnicas reconocidas en la Constitución Nacional.

Es una acción reivindicatoria del territorio concebido como derecho fundamental y de relaciones económicas, culturales, religiosas, políticas, jurídicas etc., en el que desarrolla la comunidad su cosmovisión. Territorio por el que han resistido, incluso al borde del exterminio físico y cultural, los impactos de las más de cinco décadas de conflicto armado colombiano (Corte Constitucional, Auto 004 y 005 de 2009).

Los pueblos étnicos han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos, soportando, además de los peligros inherentes de la confrontación bélica en sus territorios, las situaciones estructurales preexistentes de pobreza extrema y abandono institucional –incluso como estrategia de guerra-, que comportan factores subyacentes que ha representado para las comunidades la persistencia del conflicto armado en

sus territorios. Todo lo cual, ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo y en el hacinamiento en los mismos (Caso Alto Andágueda).

En definitiva, el conflicto armado interno se inició y se ha prolongado desde la ruralidad. Las confrontaciones entre los actores del conflicto se han ventilado al interior de los territorios; evento al cual, se han vinculados como factores subyacentes muchos procesos agroindustriales y productivos –incluso con ayuda de agentes del Estado– menoscabando los derechos de goce, disfrute, uso, administración, desarrollo cosmocultural en los territorios ancestralmente ocupados y titulados a las comunidades. Con todo, la justicia transicional puso a disposición de las comunidades étnicas la acción de restitución de tales derechos.

No obstante, sin ningún miramiento la limitación temporal para el ejercicio de la acción de restitución dispuesta en el artículo 75 de la ley 1448 de 2011 fue, como se dijo al iniciar este capítulo, replicada en los artículos 141.3 y 142 del decreto 4633 de 2011 para efectos de la restitución de derechos territoriales indígenas y, en los artículos 107.3 y 108 del decreto 4635 de 2011 para efectos de la restitución de los pueblos afrodescendientes, palenqueros, negros y raizales. Situación que nos lleva a preguntarnos respecto de la constitucionalidad de dichas disposiciones a la luz de los parámetros establecidos en la sentencia C-250 de 2012 o si por el contrario los mismos no serían aplicables y su resultado constitucional sería distinto al desarrollado para la restitución de la propiedad privada.

Lo primero que debe advertirse es que ninguna referencia hace la Corte en su sentencia respecto a la limitación temporal establecida en los decretos-leyes étnicos, por el contrario existe

un marcado estudio de la acción de restitución en su particularidad privada y del desarrollo legislativo de ésta. Por lo que la conclusión inmediata es precisamente que no constituye precedente alguno en la dimensión de la restitución de derechos territoriales la sentencia C-250.

Sin embargo, si por lo abstrato del estudio de Constitucionalidad de la H. Corte, los parámetros allí establecidos, sin desconocer la autonomía y especialidad de la que gozan los decretos leyes, se tuvieran como aplicables los criterios esbozados por el máximo tribunal para defender la constitucionalidad de las normas de los decretos que replicaron la limitación temporal. Llegaríamos a conclusiones aún más protuberantes respecto a la inaplicabilidad de dichos criterios defensores de la limitación temporal.

Existe consenso en los círculos académicos, políticos e institucionales, respecto a los efectos devastadores que el conflicto armado ha tenido sobre los territorios, así mismo, que dicho conflicto ha devastado desde sus inicios la vida de las comunidades, siendo la última década la época más intensa:

Según el Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN) a lucha del movimiento indígena tiene tres fases: La primera corresponde al ascenso del movimiento indígena, y culmina con la fundación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (1979- 1982). La segunda fase corresponde a la consolidación del movimiento indígena y se caracteriza por las acciones de recuperación territorial y por la búsqueda de reconocimiento legal, la cual culmina con la participación en la Asamblea Nacional Constituyente los pueblos indígenas viven un período de expectativas y optimismo por los derechos constitucionales conquistados, que culminará en 1996 con la toma del episcopado y la expedición de los decretos 1396 y

1397 de 1996 que dan origen a la Comisión Nacional de Territorios, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos y a la Mesa Permanente de Concertación. (Villa & Hughton, 2005, p. 21).

Tal como se recuerda, los inicios a los controles territoriales por parte de las recientes fuerzas irregulares datan desde antes de 1991, presencia que antes de decrecer fue en aumento tanto de grupos que compartían la misma filosofía como las contrarias, de modo que en Colombia por ejemplo se registra presencia guerrillera desde 1970 en Chocó y Putumayo, paramilitar en 1987 en Putumayo, sumado a los grandes cultivos de Coca en varias regiones del país, las cuales, siendo ya un factor determinante de las próximas décadas del conflicto.

Hechos como los anteriores, resultan más que importantes para la restitución o reivindicación de los derechos territoriales por parte del Juez Especializado, por ello, el elemento de “Transicionalidad” al que hace referencia la sentencia C-250 resultaría abiertamente inconstitucional, puesto que no brindar una oportunidad de recuperación de los territorios de los que han sido despojados las comunidades, es completamente, contrario a la norma constitucional y a los convenios 107 y 169 de la OIT. Máxime cuando desde la misma Jurisprudencia se sostiene la protección a los territorios ancestralmente ocupados por las comunidades, de los cuales, varias de ellas no tienen acceso, ni control.

Por tanto, el derecho a la restitución no implica solamente la devolución de la titularidad del mismo territorio sino la titularidad de la propiedad, tal como fue explicado en precedencia, la cual persiste en cabeza del Estado como garante de los derechos fundamentales de las comunidades

como parte integrante y diferencial de la nación. No puede por tanto, en nuestra opinión, el Estado Colombiano limitar una obligación internacional.

El sentido de “prescriptibilidad de derechos”, deviene imposible de aplicar si tenemos en cuenta la prohibición de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los territorios colectivos.

Pero quizá, uno de los puntos más controvertibles respecto a los derechos territoriales, es precisamente la existencia de otros medios ordinarios para su defensa, puesto que en ambos decretos se sostiene categóricamente que “Los plazos y procedimientos establecidos en este decreto no implican una renuncia a la reclamación y recuperación de los territorios por las demás vías y mecanismos legalmente establecidos.”

En este sentido, en Colombia para los pueblos indígenas se encuentra el capítulo XIV de la ley 160 de 1994, respecto a la constitución, ampliación de los resguardos indígenas y el saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad. En virtud de dicho capítulo se expide el decreto reglamentario 2164 de 1995, que pone en manos del entonces INCODER (hoy Agencia Nacional de Tierras) como la encargadas de los desarrolladores de los programas y procedimiento administrativos con el fin de dotar de tierras a las comunidades indígenas. Disponiendo para tal fin de las siguientes acciones:

1.- La constitución de resguardos a las comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión, total o parcial, de sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio. En este último evento, la constitución del resguardo correspondiente podrá hacerse en la zona de origen a solicitud de la comunidad. **2.- La ampliación de resguardos constituidos** a comunidades indígenas, cuando las tierras fueren insuficientes para su desarrollo económico y cultural o para el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, o cuando en el resguardo no fueron incluidas la totalidad de las tierras que ocupan tradicionalmente o que constituyen su hábitat. **3.- La reestructuración de los resguardos de origen colonial o republicano**, previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos. Mediante esta actuación administrativa, el Instituto procederá a estudiar la situación de la tenencia de la tierra en aquellos, para determinar el área de la que se encuentran en posesión o propiedad, a fin de dotar a las comunidades de las tierras suficientes o adicionales, de acuerdo con los usos, costumbres y cultura de sus integrantes. **4.- El saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardos** (art. 1).

En el mismo sentido, la ley 70 de 1993 y su decreto reglamentario, para los pueblos palenqueros, negros, afrodescendiente, establece las acciones correspondientes para la adjudicación de las tierras de comunidades negras ocupadas ancestralmente.

No obstante, si por un lado pareciera que el punto queda zanjado en virtud a la existencia de acciones en el derecho interno que sirven para la constitución, ampliación y saneamiento de la propiedad colectiva étnica, ello no es así, ya que, precisamente una de las razones por las cuales

existe la ley 1448 y los decretos mencionados es la insuficiencia e incluso instrumentalización de las leyes 164 y 70 por agentes del Estado permeados por el conflicto. Es decir, existe enorme evidencia en los distintos círculos nacionales, respecto a cómo se retardaban los procesos de titulación a las comunidades mientras que porciones de sus territorios eran titulados a particulares, sin contar que en la actualidad, muchas solicitudes de ampliación se encuentran sin respuesta Estatal.

Casos como el de los resguardos Indígenas Emberakatíos del Alto Andágueda y Chidimato y Pescadito, o los asuntos afrocolombianos de los Consejos comunitarios de Cocomopoca, Cocomasur y La Larga Tumaradó, sin contar los casos insignias de Jiguamiandó y Curvaradó, a través de las vías establecidas en la ley 160 y 70 mencionadas, resultarían frustrados dada la enorme conflictividad vivida en esos territorios: Su historia de conflicto, incluida aquella que data de los años 70 y 80, serían desconocidas por el país, si tales causas no hubiesen sido tramitadas por la acción de transicional. De modo, que la acción de restitución no sólo es una oportunidad de reivindicación de derechos, sino además del reconocimiento y reparación de un pasado que afectó y sigue afectando el derecho fundamental al territorio de las comunidades.

Un caso enigmático, que resulta de gran interés a la tesis que se propone, es el Caso del territorio de Cuti, que se tramita ante el Juzgado Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdó. El resguardo de Cuti, con una extensión de 244.7 ha. Localizado en las riberas del río Cuti en el corregimiento de Gilgal, constituido mediante Resolución No.103 de julio de 1982, cuenta una doble historia de conflicto, la primera es la resistencia de los Emberakatíos y Eyábidas que actualmente ocupan el territorio y la segunda de los Tules (Cunas)

a quienes se les tituló el mismo y quienes tuvieron que entregarlo a los primeros debido al conflicto que se vivía en la zona, sin contar con la formación y consolidación dentro de la mayor parte del territorio indígena del Corregimiento de Gilgal (Unguía –Chocó), como resultado del conflicto, desplazamientos y hacinamiento que se vivía durante la década de los 80 en la región.

Tales procesos, no encuentran una respuesta adecuada ni en las leyes constituidas para tiempos cuyo orden público es el ideado por la constitución, siendo importante la creación de un mecanismo que permita el conocimiento de todas estas violaciones a los Derechos humanos: Como lo es la acción transicional de Restitución. Eso sí con un espectro de aplicabilidad a las situaciones de despojo ocurridas con anterioridad de los años 1990.

Conclusiones:

Desde la perspectiva explicada, se pueden, de cara a las razones de constitucionalidad expuestas por la Corte Constitucional, realizar las siguientes conclusiones:

- a) Que las razones de la naturaleza transicional de la ley 1448, del costo que tendría que pagar el Estado al ampliar la temporalidad, del consenso nacional para acordar el límite temporal y, de datos estadísticos planteados por la Corte, resultan ser insuficientes para sostener la invisibilidad y el trato diferenciado que otorga a los despojados y desplazados de sus propiedades en la década de los 80's. Bastaría preguntarnos por la diferencia que existe entre las víctimas de despojo y desplazamiento de dicha época con las despojadas y desplazadas desde el 1 de enero de 1991.
- b) El hecho de vedar una acción judicial efectiva a un 3% de la población desplazada y despojada, implica una vulneración a los estándares internacionales de acceso a la justicia y recurso judicial efectivo, a la convención americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual ha sostenido la teoría de acceso a la justicia, recurso judicial efectivo (arts. 8 y 25 Convención) y obligaciones generales del Estado (art. 1.1.), como un todo indisoluble.
- c) La obligación del juez de restitución de Tierras de realizar un control convencional frente a los casos en los cuales se evidencien despojos previo al 1º de enero de 1991.
- d) Obligación de la Unidad de Restitución de Tierras de realizar el control convencional

frente a las solicitudes que presenten despojos antes del 1º de enero de 1991.

- e) Posibilidad de inaplicación del término establecido en el artículo 75 de la ley 1448 de 2011, con el propósito de favorecer el derecho fundamental de restitución, en ejercicio del control de convencionalidad.
- f) La posibilidad de las víctimas de despojo anteriores a la fecha indicada a acciones de protección como la tutela o la acción ante el sistema interamericano.
- g) Es inaplicable la sentencia de constitucionalidad C-250 de 2012 a la acción de restitución de derechos territoriales en razón a la autonomía de los decretos y la especialidad de los derechos debatidos.
- h) La constitución nacional establece la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.-

Bibliografía y Referencias

1. Ambos, K., & Malarino, E. (2010). *Justicia de Transición*. Bogotá: Temis.
2. Arbour, L. (25 de octubre de 2006). “*Economic and social justice for societies in transition*”, *Second Annual Transitional Justice Lecture hosted by the New York University School of Law Center for Human Rights and Global Justice and the International Center for Transitional Justice (ICTJ)*. Obtenido de <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/40.1-Arbour.pdf>
3. Bandeira Galindo, G. R. (s.f.). *EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE*. Obtenido de https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.255-274.pdf
4. Benavides Vanegas, F. S. (2013). *Movimientos Indígenas y Luchas por Derechos en Colombia*. Bogotá: Ibáñez.
5. Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
6. Bockford, L. (2004). “*Transitional Justice*”, en *The Encyclopaedia of Genocide and Crimes Against Humanity, vol. 3*. New York.
7. Brewer-Carías, A. R., & Santofimio Gamboa, J. O. (2013). *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Bogotá: U. Externado.
8. Carriazo, M. A. (11 de julio de 2012). *La época de la violencia en Colombia 1948-1957*. Obtenido de <http://maria-ayola.blogspot.com.co/>
9. Carta de las Naciones (CN). (s.f.).
10. Caso Acosta Calderón vs Ecuador, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005 (Corte IDH).
11. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo,

- Reparaciones y Costas., Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154 (Corte IDH).
12. Caso Alto Andàgueda, auto 006 de 4 de febrero de 2013, 2700131210012013-2014-00005 acumulado 2700131210012013-2012-00078 (Juzgado Civil del Circuito Especializado en Restituciòn de Tierras del Chocò).
 13. Caso Alto Andàgueda, sentencia No. 007 de 23 de septiembre de 2014 (Sala Civil Especializada en Restituciòn de Tierras del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia).
 14. Caso Bámaca Velásquez, Senetencia de 25 de noviembre de 2001, Serie C No. 70 (Corte IDH).
 15. Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre d 2007 (Corte IDH).
 16. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Corte IDH).
 17. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú , Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Corte IDH).
 18. Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97 (Corte IDH).
 19. Caso Castillo Paez vs Perú, Sentencia 3 de noviembre de 1997 (Corte IDH).
 20. Caso Cesti Hurtado, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C NO. 56 (Corte IDH).
 21. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Corte IDH).
 22. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 (Corte IDH).
 23. Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de setiembre de 2005 (Corte

IDH).

24. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C No. 37 (Corte IDH).
25. Caso De La Cruz Flores, Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Corte IDH).
26. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172 (Corte IDH).
27. Caso del Tribunal Constitucional., Sentencia de 31 de enero de 2001 (Corte IDH).
28. Caso Fermín Ramírez y Raxacó Reyes vs Guatemala, Sentencia de 9 de mayo de 2008 (Corte IDH).
29. Caso García y Montiel Flores vs México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Corte IDH).
30. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004 (Corte IDH).
31. Caso Ivcher Bronstein, Sentencia 6 de febrero de 2001 (Corte IDH).
32. caso Juan Gelmán vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Corte IDH).
33. Caso Juan Humberto Sánchez Vs Honduras, Sentencia 7 de junio de 2003 (Corte IDH).
34. Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Corte IDH).
35. Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, Senetencia de 26 de mayo de 2010 (Corte IDH).
36. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Corte IDH).
37. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C. num. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. (Corte

- IDH).
38. Caso Ramírez y Raxcacó vs Guatemala, Resolución de cumplimiento de Sentencia (Corte IDH 9 de mayo de 2008).
 39. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Corte IDH).
 40. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C. No. 192 (Corte IDH).
 41. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Corte IDH).
 42. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Corte IDH).
 43. Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle), Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Corte IDH).
 44. Caso Yatama vs Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005 (Corte IDH).
 45. CODHES, UNICEF. (1999). *Un país que huye. Desplazamiento y violencia en una nación fragmentada*. Bogotá: Guadalupe.
 46. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s.f). *cidh.org*. Obtenido de http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescv.sp.htm#_ftn184
 47. Comité de Derechos Humanos. (s.f.). *Observación General No. 23, “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, párr. 3.2. .*
 48. *Constitución política de Colombia de 1991*. (2013). Cendoj.
 49. Contesse, J. (01 de 04 de 2013). *¿La última Palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido

- de <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/>
50. *Convención Americana*. (1969). San José de Costa Rica.
 51. CONVENCION DE VIENA. (1969). *CONVENCIÓN DE VIENA*.
 52. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. (s.f.).
 53. Convenio 169. (s.f.).
 54. Coronado Delgado, S. (2009). *El Derecho a la tierra y al territorio*. Bogotá: Antropos Ltda-Cinep.
 55. Corte Constitucional , Sentencia SU-039 de 1997.
 56. Corte Constitucional, Sentencia T-188 de 1993.
 57. Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993 (Corte Constitucional).
 58. Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998.
 59. Corte Constituconal , Sentencia T-388 de 1993.
 60. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (9 de diciembre de 1994). *Opinion consultiva No. 4*. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.doc.
 61. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de septiembre de 1983). *Opinion Consultiva OC -3/83*. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es.
 62. *Decreto -Ley 4635 de 2011*. (2017).
 63. *Decreto-ley 4633 de 2011*. (2017).
 64. *Decreto-Ley 4634 de 2011*. (2017).
 65. EFIN escuela de formación indígena Nacional . (s.f.). *Derecho de los Pueblos*

Indígenas.

66. Estatuto de la Corte IDH. (1979). *Estatuto de la Corte IDH*. Obtenido de Corteidh:
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>
67. Fajardo, D. (1992). *Tierra, poder político y reforma agraria y rural, cuadernos tierra y justicia*. Bogotá: ILSA.
68. Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
69. Ferrajoli, L. (s.f). *El juez en una sociedad democrática (ensayo)*. Obtenido de
www.dialogosporlajusticia.com
70. Fundacion Konrad Adenauer Stiftung. (2014). *Convención Americana sobre derechos Humanos, Comentario*. (C. Steiner, & P. Uribe, Edits.) Bogotá, Colombia: Temis.
71. Gaceta del Congreso 865 de 2010 . (s.f.). *Congreso de la Republica de Colombia*.
72. Garay, L. J., & Vargas Valencia, F. (2012). *Memoria y reparación: Elementos para una justicia transicional provictimia*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
73. Hayner, B. P. (2011). *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*. (second ed.). .New York.: Routledge.
74. Hitters, J. (2009). *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, *Estudios Constitucionales*, 7(). Obtenido de
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841005>
75. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. (2002). *Protección del conocimiento Tradicional, Elementos conceptuales para una propuesta de Reglamentación -El caso Colombia-*.
76. International Committee of the red cross (ICRC). (junio de 2006). *icrc*. Obtenido de

- https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf
77. Juan Carlos Betancur Trujillo. (2012). Autonomías territoriales de los Pobladores Rurales en los nuevos contextos nacionales e internacionales. En U. PONTIFICIA, *Autonomía Territoriales: Experiencias y Desafíos* (pág. 330). Bogotá.
78. Juárez Castilla, K. (2013). *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: La garantía de tratados*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a2.pdf>
79. KYMLICKA , W. (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Obtenido de [http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54614224af23d-kymlicka%20Las%20pol%C3%ADticas%20del%20multiculturalismo%20caps%20II%20y%20III\(CC\).pdf](http://www.consensocivico.com.ar/uploads/54614224af23d-kymlicka%20Las%20pol%C3%ADticas%20del%20multiculturalismo%20caps%20II%20y%20III(CC).pdf)
80. Noticias Uno. (22 de mayo de 2016). *Youtube: Siete años después de muertos, campesinos vendieron sus tierras a quienes hoy las reclaman*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=HNQAp-e6Uwg>
81. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario* (primera ed., Vol. II). (A. V. Villa, Ed.) Bogotá.
82. Opinión Consultiva OC-9/87 (Corte IDH 6 de Octubre de 1987).
83. Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2004). *Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto*. Obtenido de [S/2004/616.http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616)
84. Organización de los Estados Americanos (OEA). (s.f.). *oas*. Obtenido de

- http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Suriname:
85. Organización Interamericana del Trabajo (OIT). (2005-2007). *OIT*. Obtenido de http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf
86. Pécaut, D. (2004). *Crónica de cuatro décadas de política en Colombia*. Obtenido de https://www.upf.edu/iuhjvv/_pdf/arrels/dossier/rodriguez/rodriguez8.pdf
87. PIDCP. (s.f.).
88. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2011). *Resumen ejecutivo del Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011, titulado “Colombia Rural: Razones para la esperanza”*.
89. Quinche Ramirez, M. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá: Temis.
90. Report Secretary General Transitional justice. (2004). *unhcr.org*, inglés (trasliterada en google.com). Obtenido de <http://www.unhcr.org/protection/ruleoflaw/4506bc494/rule-law-transitional-justice-conflict-post-conflict-societies-report-secretary.html>
91. Revista Semana. (30 de mayo de 2004). *Semana: Los Señores de las Tierras*. Obtenido de <http://www.semana.com/portada/articulo/los-senores-tierras/65846-3>.
92. Rincón Plazas, E. R. (15 de abril de 2013). *¿CÓMO FUNCIONA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?: DEFINICIÓN*. Obtenido de http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/COMO_FUNCIONA_EL_CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf
93. Romero Pérez, X. L. (2011). *Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana*. Bogotá : U. Externado.
94. Ruiz Miguel, C. (1998). *La función consultiva en el sistema interamericano de*

Derechos Humanos ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional? Liber amicorum Hector Fix-Zamudio (Vol. II). San José de Costa Rica.

95. Ruiz, A. (julio de 2001). *Constitución y jurisdicción: por un compromiso del juez latinoamericano. Jueces democracia.* . Obtenido de <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/revJPD41.pdf>
96. Sagüés, N. (19 de febrero de 2009). *El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones Nacionales.* Obtenido de http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf
97. Salazar Carrión, L., Islas Azaïs, H., Serret Bravo, E., & Salazar Ugarte, P. (2007). *DISCRIMINACIÓN, DEMOCRACIA, LENGUAJE Y GÉNERO.* Mexico: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
98. Santa Parra, J. E. (2016). *Justicia Transicional y fin del conflicto, de la Barbarie a la civilidad.* Librería Jurídica Sánchez.
99. Sentencia C-099 de 2013 (Corte Constitucional).
100. Sentencia C-250 de 2012 (Corte Constitucional Colombiana).
101. Sentencia C-438 de 2013 (Corte Constitucional 10 de julio de 2013).
102. Sentencia C-771 de 2011 (Corte Constitucional).
103. Sentencia C-936 de 2010 (Corte Constitucional).
104. Sentencia C-981 de 2002, sentencia C-981 de 2002 (Corte Constitucional).
105. Sentencia de 29 de Mayo de 2013,, 70001312100220120008900 Rad. 0019-2013-02 (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras).

- 106.Sentencia T-315, T-315 de 2016 (Corte Constitucional 20 de junio de 2016).
- 107.Sentencia T-552 de 2003, T-552 de 2003 (Corte Constitucional 2003).
- 108.Teitel , R. (1999). "*Bringing the Messiah Through the Law*", en *Human rights in political transitions*. New York: Hesse & Post .
- 109.UNION EUROPEA. (2014). *Conversatorios sobre Restitución de Tierras y Territorios*. Bogotá: Mapp-OEA.
- 110.Villa, W., & Hughton, J. (2005). *Violencia Política contra los Pueblos Indígenas en Colombia 1974 – 2004*. Bogotá: CECOIN, OIA e IWGIA.
- 111.Voto Concurrente Caçado Trindade , Opinión Consultiva 18/03 (Corte IDH 17 de septiembre de 2003).