

**EL DERECHO A LA REPARACIÓN Y LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN LAS  
COMUNIDADES NEGRAS: EL CASO DE LA ASPERSIÓN CON GLIFOSATO EN SAN  
MARCOS, BUENAVENTURA**

Marcelina Cundumí Díaz

Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario ante  
Organismos, Cortes y Tribunales Internacionales

Asesora: Mg. Andrea Paola Buitrago Rojas

Universidad Santo Tomás

2020

*Dando un paso hacia adelante nos cogimos de las manos  
Sembrando nuestros productos  
Vino la fumigación y acabó con los frutos  
Por eso estamos aquí parados y desanimados  
Ya no queremos rosar, tampoco vamos a sembrar  
Porque manda mi gobierno que nos vuelva a fumigar  
A todos nuestros productos principales el chontaduro  
Como es que hablamos de paz si no estamos bien seguros  
No tenemos más que hacer vámonos a barequiar  
si viene el helicóptero también nos puede bombar.*

*Quiero extenderme un poquito voy a hablar de enfermedad  
Cuidado que con el tiempo también nos pueda matar  
Porque el veneno es muy fuerte  
A mí me quiso matar, me puso a tambalear,  
También me puso a tumbar  
Muchas palmas de chontaduro  
Trajo muchos cucarrones y de eso estoy bien seguro  
Que también comen maduro  
De un chivo que yo corté  
Lo azoté contra las palmas y a todos los machetié  
Porque eso es como matar gente  
Eso es como la ruina o que decimos infierno  
Pero toda la culpa se la echamos al gobierno  
Vámonos a desplazar toda la comunidad  
Vámonos a ir hasta allá  
Estos son nuestros derechos  
Quiero que usted mi gobierno ponga la mano en su pecho  
O se pone a meditar y ve si tengo derechos.*

**Wilson Caicedo, Poeta de San Marcos, Buenaventura.**

### **Dedicatoria**

Primeramente, a Dios por ser mi ayudador, a mi esposo e hijas, en especial a mi hija Daniela y mi hermano Gerardo a mi señora madre porque ella y mi padre, que en paz descansa, me sembraron el interés por la superación; a mi querida asesora, la doctora Andrea Paola Buitrago, por su ardua paciencia y dedicación y por brindarme las herramientas y el conocimiento que hoy me permiten terminar este logro, y finalmente a mis profesores porque sus conocimientos hoy se ven reflejados para complementar este trabajo.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>6</b>
<b>1. La aspersión aérea con glifosato en San Marcos, Buenaventura .....</b>	<b>9</b>
<b>La aspersión aérea con glifosato en Colombia.....</b>	<b>10</b>
<b>Política del glifosato en Colombia.....</b>	<b>11</b>
<b>Debates sobre los efectos del glifosato .....</b>	<b>13</b>
<b>El uso del glifosato bajo el principio de precaución.....</b>	<b>15</b>
<b>El uso del glifosato en el Pacífico colombiano .....</b>	<b>17</b>
<b>Contexto político e histórico de las comunidades negras en el Pacífico colombiano</b> <b>.....</b>	<b>18</b>
<b>Aspersión con glifosato en el Pacífico colombiano: ausencia de consulta previa ....</b>	<b>19</b>
<b>Etnocidio en comunidades negras: el uso del glifosato bajo la política del Plan</b> <b>Colombia.....</b>	<b>22</b>
<b>Aspersión aérea y derechos humanos de las comunidades negras de Colombia:</b>	
<b>Informe del Consejo de Naciones Unidas A/HRC/16/45 del 25 de enero de 2011 .....</b>	<b>24</b>
<b>El caso de la comunidad de San Marcos, Buenaventura, y las aspersiones con</b> <b>glifosato.....</b>	<b>27</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>35</b>
<b>2. El derecho a la reparación y las garantías de no repetición .....</b>	<b>38</b>
<b>Historia del Derecho a la Reparación .....</b>	<b>40</b>
<b>Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas, el derecho a la reparación en</b> <b>escenarios de violación a los D.D.H.H. y al D.I.H.: antecedentes y aplicación en el</b> <b>Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Africano de Derechos</b> <b>Humanos .....</b>	<b>45</b>
<b>El derecho a la reparación en Colombia en contextos de conflicto armado, conflictos</b> <b>socioambientales y grupos étnicos.....</b>	<b>53</b>

El derecho a la reparación en conflictos socioambientales: aportes del Sistema Interamericano para el caso colombiano .....	54
El derecho a la reparación en Colombia en contextos de conflicto armado, pobreza y exclusión: el caso del glifosato .....	58
El derecho a la reparación de grupos étnicos en Colombia.....	63
El derecho a la reparación de grupos étnicos en Colombia en el caso de daños ambientales .....	67
Afro-reparaciones.....	68
Conclusiones.....	75
<b>3. El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte IDH y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre aspersión aérea con glifosato y/o comunidades étnicas .....</b>	<b>81</b>
El derecho a la reparación en Colombia: Corte Constitucional y Consejo de Estado...	81
Jurisprudencia de la Corte Constitucional .....	82
Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	93
Conclusiones .....	111
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	114
Conclusiones .....	131
El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos .....	133
Conclusiones .....	152
Marco comparativo: jurisprudencia sobre el Derecho a la Reparación.....	154
<b>4. El derecho a la reparación: Aplicación al caso de la aspersión aérea con glifosato en San Marcos, Buenaventura .....</b>	<b>159</b>
Referencias.....	178

## Introducción

El trabajo de grado versa sobre el derecho a la reparación y las garantías de no repetición en un caso específico de estudio: las aspersiones con glifosato en San Marcos, Buenaventura. Este tema fue elegido porque la autora de esta tesis pertenece a dicha comunidad, en la que figura como representante del Consejo Comunitario del Corregimiento n.º 8 de Buenaventura. La autora se desempeña como abogada en el ejercicio, representación y liderazgo de la Acción de Grupo que presentó la comunidad para buscar la reparación por los daños que afectaron gravemente el territorio y la comunidad. Lo anterior constituye la principal justificación de este trabajo de grado.

A partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional, interamericana y africana, este trabajo profundizó en las características que debe tener el derecho a la reparación en escenarios de conflictos colectivos de tipo social, político y ambiental, como lo demuestra el caso de las aspersiones con glifosato. Es importante denotar que este derecho asume un enfoque étnico en la medida que las comunidades negras fueron reconocidas por la Ley 70 de 1993, matiz que resultó determinante al momento de estudiar y delimitar los materiales de trabajo e investigación. Además, es importante aclarar que la política de aspersión tuvo por objeto responder a cultivos ilícitos (como el caso de la coca, la marihuana y la amapola). Según esto, el gobierno colombiano no tenía justificación para hacer la aspersión aérea con glifosato en los territorios pertenecientes a las comunidades negras, puesto que a lo largo de la historia de San Marcos nunca se ha cultivado algún tipo de agricultura ilícita.

Este trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primero tiene por objeto describir los hechos y daños ocasionados por la aspersión aérea en San Marcos, Buenaventura. Para una mayor comprensión de las dinámicas y efectos del uso de este herbicida, fue necesario hacer una breve reconstrucción del uso del glifosato en la aspersión aérea en Colombia, mostrando el desarrollo legislativo y administrativos, los debates sobre los efectos en la salud y el medio ambiente y la aplicación del principio de precaución en el uso del

glifosato. Además, se muestran investigaciones sobre el uso, los efectos y el impacto del glifosato en las comunidades negras del Pacífico colombiano, exponiendo los debates sobre la ausencia de la consulta previa y la lectura del Plan Colombia como una política que ha propiciado un etnocidio en las comunidades negras. Se muestra, también, el informe de Naciones Unidas del 25 de enero de 2011 de la experta independiente Gay McDougall sobre las comunidades afrodescendientes, el desplazamiento forzado y el impacto del uso del glifosato.

El segundo capítulo, que corresponde al marco teórico, expone tanto la definición y una breve reconstrucción histórica del derecho a la reparación como los antecedentes y uso de la Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas y la aplicación de sus principios en el Sistema Interamericano y el Sistema Africano. Además, el capítulo explica el desarrollo del derecho a la reparación en conflicto socioambientales, la reparación colectiva, la reparación en grupos étnicos, las relaciones que existen entre el derecho a la reparación y el derecho a la consulta previa en grupos étnicos y el derecho a la reparación en casos de afectaciones al medioambiente. Por último, el capítulo muestra la apuesta teórica y social por la etnoreparación y la afro-reparación.

El capítulo tercero da cuenta de la revisión jurisprudencial realizada sobre el derecho a la reparación en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte IDH y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, mostrando un ejercicio sistemático de síntesis sobre la interpretación, alcance, limitaciones y aplicaciones y desarrollo que ha tenido este derecho en estos tribunales. Para ello, el capítulo describe en orden cronológico los casos estudiados y determina las expresiones del derecho a la reparación, luego muestra conclusiones y aportes al caso de estudio y, finalmente, expone un marco comparativo de los resultados obtenidos en estas sentencias. Es importante aclarar que en el caso de la jurisprudencia nacional fue posible identificar sentencias que mostraran la totalidad de variables de estudio, a diferencia de la jurisprudencia interamericana en la cual el criterio de identificación de la jurisprudencia revisada

fue el derecho a la reparación y las garantías de no repetición en comunidades étnicas; en el caso de la africana, se revisaron solicitudes y/o sentencias disponibles en internet y posibles de traducir.

Finalmente, el cuarto capítulo evidencia la aplicación de los resultados encontrados a lo largo de los anteriores capítulos al caso de estudio, para así poder dar respuesta a la pregunta de esta investigación: ¿cuáles son las características que debe tener la reparación y las garantías de no repetición en el caso de la aspersión con glifosato en el caso de las comunidades negras de San Marcos, Buenaventura, de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Constitucional Colombiana y el Consejo de Estado? Su respuesta se puede encontrar desde la importancia que tiene el desarrollo histórico de la reparación como un derecho humano. Bajo el desarrollo de los principios de la Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), es posible orientar el desarrollo de una reparación que integre medidas que permitan restablecer los derechos de los habitantes de San Marcos, Buenaventura, una reparación que supera un pago económico de los daños ocasionados y contempla la orientación de estos principios. En coordinación con el derecho a la consulta previa, esta orientación permitiría una reparación desde la diversidad étnica y cultural, garantizando nuevamente la vida e identidad colectiva de las comunidades negras en sus territorios, con el goce del medio ambiente, la biodiversidad, la salud de los habitantes, la producción y el ejercicio de las tradiciones y costumbres.

## **1.La aspersión aérea con glifosato en San Marcos, Buenaventura**

Este trabajo de grado versa sobre el derecho a la reparación y las garantías de no repetición en un caso específico de estudio: las aspersiones con glifosato en San Marcos, Buenaventura. El tema fue elegido porque la autora de esta tesis pertenece a dicha comunidad, en donde figura como representante del Consejo Comunitario del Corregimiento n.º 8 de Buenaventura. La autora se desempeña como abogada en el ejercicio, representación y liderazgo de la Acción de Grupo que presentó la comunidad para buscar la reparación por los daños que afectaron gravemente el territorio y la comunidad. Lo anterior constituye la principal justificación de este trabajo.

A partir de la doctrina y la jurisprudencia nacional, interamericana y africana, la tesis busca profundizar en las características que debe tener el derecho a la reparación en escenarios de conflictos colectivos de tipo social, político y ambiental, como lo demuestra el caso de las aspersiones con glifosato. Es importante denotar que este derecho asume un enfoque étnico en la medida que las comunidades negras fueron reconocidas por la Ley 70 de 1993, matiz que resultó determinante al momento de estudiar y delimitar los materiales de trabajo e investigación. Además, es importante aclarar que según la política de aspersión, que tuvo por objeto responder a cultivos ilícitos (como es el caso de la coca, la marihuana y la amapola), el gobierno no tenía justificación para hacer la aspersión aérea con glifosato en los territorios pertenecientes a las comunidades negras, puesto que a lo largo de la historia en San Marcos nunca se ha cultivado algún tipo de agricultura ilícita.

Este capítulo tendrá por objeto hacer una descripción de las aspersiones aéreas con glifosato en San Marcos, Buenaventura, a partir del contexto político en el que se ejerció esta actividad, tanto en el escenario de erradicación de cultivos ilícitos como en el escenario social en el que viven las comunidades negras que habitan el pacífico colombiano y que han sido reconocidas bajo la Ley 70. Para algunos autores (Arboleda, 2016; Martín, 2010; Huezó, 2017; Vallejo, 2018), una lectura política de la aspersión aérea en los territorios de comunidades

negras se enfoca, por un lado, en el desconocimiento de derechos como el de la consulta previa (pues son grupos étnicos) y, por el otro, en la ejecución de una política que terminó por perpetuar relaciones de discriminación y de violencia estructural. Esta fue una política de eugenesia en la que arbitrariamente se decidió quién debía vivir y quien debía morir bajo el desarrollo de una "guerra química" que terminó produciendo un etnocidio. En un informe emitido por Naciones Unidas (McDougall, 2011) sobre la situación de los derechos humanos de las comunidades afrodescendientes que habitan el pacífico colombiano en el periodo en que se produjeron las aspersiones en San Marcos, Buenaventura, se destaca la connotación política dada al desplazado que migró de su territorio con ocasión de la aspersión aérea.

Este capítulo hace una descripción del contexto en el que se encontraba la comunidad al momento de sufrir las aspersiones, así como los daños, efectos y consecuencias en el medio ambiente, la salud y el desarrollo de la vida personal y comunitaria. Esta investigación versa sobre el derecho a la reparación y las garantías de no repetición en el caso de estudio, así como a otros casos similares en los que la aspersión con glifosato haya generado graves consecuencias sobre el territorio y la vida de grupos étnicos como las comunidades negras de San Marcos, Buenaventura.

### **La aspersión aérea con glifosato en Colombia**

La aspersión aérea en Colombia, cuyo objeto es destruir las plantaciones de cultivos ilícitos de forma aérea, es una política resultado de las estrategias que ha liderado el gobierno colombiano para responder a la lucha contra la producción de drogas, el desarrollo del narcotráfico y la financiación de grupos armados al margen de la ley. Esta práctica, sin embargo, ha sido fuertemente debatible, debido a los efectos que ha generado en el medio ambiente y en la salud de los seres humanos. El glifosato no solo ha caído sobre fuentes hídricas (que son debidas por los pobladores), sino, además, sobre las mismas personas (en la piel y los ojos, por ejemplo), y cuya inhalación puede llegar a generar efectos en el sistema respiratorio. Se han registrado casos de relación entre cáncer y aspersión aérea que han

conducido a un debate político, social y científico sobre la política de aspersión, como a continuación se documenta.

### **Política del glifosato en Colombia**

La aspersión con glifosato en Colombia inició en 1984 a partir de la política del expresidente Belisario Betancur, que buscaba fumigar cultivos ilícitos de coca y amapola favorables tanto a grupos armados al margen de la ley como al narcotráfico. En 1992, de acuerdo con Dejusticia (Rodríguez, 2019), se creó la política del Consejo Nacional de Estupefacientes, que consistió en utilizar la aspersión con glifosato en los cultivos de amapola en Colombia. Mediante la Resolución 001 del Consejo Nacional de Estupefacientes de 1994, se construyó como política oficial gubernamental el Programa de erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato. Esta política fue continuada por el Plan Nacional de lucha contra las drogas en el periodo 1998-2002.

Desde 1992, por medio del Consejo Nacional de Estupefacientes, el gobierno colombiano, como parte de sus políticas de lucha contra las drogas, autorizó, después de haber evaluado diferentes opciones, la aspersión de un herbicida sobre unas coordenadas delimitadas previamente por los órganos de control del Estado. El agente químico usado para esta labor fue el glifosato, ingrediente activo del herbicida 'roundup', producido y comercializado por la empresa estadounidense Monsanto. Según estadísticas de esta compañía, los productos que usan, como el glifosato, son los más eficaces para el control de malezas, productos que se encuentran, además, registrados y avalados en más de 130 Estados.

En 2002, la Defensoría del pueblo presentó un informe en el que manifestó que la manera como se venía ejecutando el proceso de erradicación de los cultivos ilícitos con químicos desconocía profundamente las disposiciones jurídicas que regulan la materia y que pretenden salvaguardar la salud de los habitantes, así como la protección y conservación del medio ambiente. En 2003, por medio de la Resolución 013 de 2003, se autorizó el uso de Glifosato sobre parques naturales nacionales, teniendo en cuenta unos criterios para su

adecuado uso.

Mediante Resolución 99 del 31 de enero de 2003, el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial decidió ajustar la parte motiva de la Resolución 1065 del 26 de noviembre de 2001, en aras de cumplir con la recomendación emitida por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) relacionada con el incremento de la dosis a 10.4 litros/ha de la formulación del Glifosato. Tiempo después, por medio de la Resolución 1054 del 30 de septiembre de 2003, el Plan de Manejo Ambiental fue modificado con el objetivo de incorporar en su ejecución, además de la Dirección Nacional de Estupefacientes, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, al Instituto Nacional de Salud, a la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y al entonces Ministerio del Interior y de Justicia.

En 2007, el Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante Resolución 008 del 02 de marzo de 2007, reiteró sus facultades relacionadas con la erradicación de cultivos ilícitos. Por su parte, la Resolución 672 del 4 de julio de 2013 autorizó la cesión del Plan de Manejo Ambiental a la Dirección Nacional de Estupefacientes, hoy en liquidación, para que fuera ella quien llevara a cabo la ejecución de la actividad denominada “Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con el herbicida Glifosato” (PECIG) en el territorio nacional.

En 2015, la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer ubicó dentro de sus trabajos de investigación la posibilidad de determinar al glifosato como un tipo de herbicida perteneciente al grupo de agentes cancerígenos. Por este motivo, la Agencia Nacional de Licencias Ambientales suspendió el uso del glifosato en las políticas de aspersión el 30 de septiembre del 2015 mediante la Resolución 1214. El 29 de junio de 2016, el Consejo Nacional de Estupefacientes mediante la Resolución 009 determinó que el programa de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato debería realizarse mediante fumigación terrestre en zonas focalizadas y determinadas previamente.

### **Debates sobre los efectos del glifosato**

Con ocasión de los efectos en la salud que algunas personas y/o comunidades manifiestan han tenido por la aspersión aérea en sus territorios, ha sido necesario el desarrollo de investigaciones científicas en áreas como la medicina que permitan determinar los posibles efectos colaterales en la salud y el medio ambiente de la aspersión aérea. Por ello, a continuación se muestran algunos de los estudios científicos que documentan: primero, una clara correlación en el ADN y la contaminación hídrica con glifosato, segundo, que la cantidad del glifosato es lo que determina estos efectos y, tercero, que la composición usada en las aspersiones aéreas en Colombia es mínima, por lo cual el riesgo en la salud es mínimo.

Monroy et al. (2005) afirman que la exposición directa y la concentración del glifosato presentan un riesgo para la salud de los seres humanos, puesto que pueden alterar la estructura del ADN de células de vegetales y luego extender este problema a mamíferos. Estudios científicos advierten que la exposición de los seres humanos al Glifosato ha sido vinculada a varios efectos crónicos, como los reproductivos (defectos en el nacimiento), y efectos agudos por el uso directo del producto de los agricultores o por la exposición de los habitantes, como lo señala la investigación “Citotoxicidad del glifosato en células mononucleares de sangre periférica humana” (2007) de los investigadores Adriano Martínez, Ismael Reyes y Niradiz Reyes de la Corporación Universitaria Rafael Núñez de Cartagena, Colombia.

Paz-y-Miño et al. (2007) desarrollaron un trabajo con personas expuestas al glifosato, en el que ubicaron reacciones registradas en las historias clínicas como dolor intestinal, vómito, diarrea, fiebre, palpitaciones cardíacas, dolores de cabeza, mareos, insomnio, depresión, ardor en los ojos y en la piel, dificultades respiratorias y enfermedades y brotes en la piel (p. 457). Los autores se ocuparon de desarrollar un trabajo sobre posibles afectaciones genéticas producidas por la aspersión aérea con glifosato en la frontera entre Ecuador y Colombia, mediante un ejercicio de dos grupos focales de población expuesta al glifosato y población no

expuesta al herbicida. Paz-y-Miño et al. encontraron daños en el ADN en el grupo focal que había sido expuesto al glifosato a diferencia del que no, lo que permite demostrar la alta correlación que existe entre glifosato y cáncer. Sin embargo, los investigadores muestran la necesidad de hacer más trabajos que demuestren la influencia del glifosato en el material genético.

Por el contrario, trabajos como el de Solomon et al. (2007) demostraron que la exposición directa de personas por la aspersión aérea con glifosato en Colombia, al tener contacto con la piel, la alimentación, la ingesta de agua e inhalación, es una situación con casos poco frecuentes, pues la fórmula por la cual se usa este herbicida es baja y no demuestra toxicidad en insectos, mamíferos y/ o animales acuáticos mamíferos. Por tanto, la exposición directa no implica riesgo para la salud de las personas.

No obstante, la Universidad Nacional de Colombia demostró, en una investigación denominada "Contaminación de las aguas con Glifosato y sus efectos tóxicos en ictiofauna nativa de Colombia" (González, 2012), el impacto que puede tener el Glifosato en los suelos y cultivos. El estudio demuestra que el químico, al interactuar con los componentes del suelo, provoca una serie de impactos ambientales como la reducción de la nutrición de las plantas y el incremento de su vulnerabilidad a las enfermedades. Además, el estudio establece que el Glifosato puede lixiviarse hacia aguas superficiales y subterráneas, acabando con la vida silvestre y posiblemente con el agua potable. Con ocasión de la erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato, pueden producirse efectos colaterales que afecten los cultivos lícitos aledaños. A través de la Resolución 1065 del 26 de noviembre de 2001, el entonces Ministerio del Medio Ambiente impuso el Plan de Manejo Ambiental presentado por la Dirección Nacional de Estupefacientes para la actividad denominada "Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la Aspersión Aérea con el herbicida Glifosato" (PECIG) en el territorio nacional.

### **El uso del glifosato bajo el principio de precaución**

Las aspersiones con el mencionado herbicida han generado miles de quejas, referentes a las afectaciones de los cultivos lícitos, de la flora nativa, de los animales (domésticos y silvestres), del ambiente y de la salud humana. Aunque la evaluación de riesgo del herbicida y su clasificación toxicológica fue expuesta a la comunidad como un producto de bajo riesgo, el Ministerio de la Protección Social decidió promover un estudio en aras de recolectar evidencias epidemiológicas que ayudaran a una comprensión mucho más completa sobre los efectos nocivos que podría ocasionar la aplicación de la mezcla utilizada.

Dado lo anterior, es necesario atender al principio de precaución en el desarrollo de las prácticas de aspersión, el cual, en un momento determinado, buscó ser conjurado por medio de estudios que, por parte de agencias de E.E.UU., afirmaban que el uso del herbicida era seguro y que no generaba consecuencias para los humanos. Dichas premisas se mantuvieron por una década, tiempo dentro del cual se desarrollaron varios rocíos de herbicida de manera permisiva y constante por parte del Estado, amparado precisamente en esos conceptos de seguridad.

De acuerdo con De Cózar Escalante (2005), el principio de precaución, también denominado principio de cautela, consiste en una protección especial y asegurada que se le debe dar al medio ambiente y/ o a la salud humana en escenarios en los que existan dudas e incertidumbres sobre los efectos y daños que se puedan generar en el desarrollo de políticas públicas. A nivel jurídico, ha existido una importante aceptación del principio de precaución a lo largo de las últimas tres décadas, que demuestra un importante escenario internacional de aplicación y obligatoriedad de este principio. De Cózar (2005) resume este escenario en tres gráficas, en las que se destaca como primer instrumento internacional, haciendo referencia a dicho principio, el Protocolo de Montreal de 1987 sobre sustancias que agotan la capa de Ozono. También se destaca la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también conocida como "Declaración de Río" (Naciones Unidas, 1992a), cuyo principio 15 afirma:

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

De Cózar (2005) también cita a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, 1992b), que en el artículo 3.3 estipuló:

Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.

Además, el autor registra el "Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización seguras de organismos vivos modificados", cuyo preámbulo explica:

Reafirmando el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conscientes de la rápida expansión de la biotecnología moderna y de la creciente preocupación pública sobre sus posibles efectos adversos para la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.

Entre otros documentos, el autor destaca el "Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes". (Secretaría del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, 2009), que en su preámbulo afirma:

Reafirmando el principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que estipula que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales (p. 4).

En el caso de Colombia, el principio de precaución aparece situado en el debate sobre el uso del glifosato, especialmente en el debate sobre los efectos a la salud y al medio ambiente, tanto por investigaciones que demostraron daños como por investigaciones que mostraron la ausencia de correlación entre glifosato y posibles efectos. Ante la duda, prima la importancia de proteger el medio ambiente y la salud, además de dar fin a esta política, como se expresó en la Sentencia T-080/17, en la que se argumentó:

El principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño generado o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual generalmente ocurre por la falta de certeza científica absoluta acerca de las precisas consecuencias de un fenómeno, un producto o un proceso.

### **El uso del glifosato en el Pacífico colombiano**

Dentro de los territorios señalados que sufrieron aspersion aérea con glifosato se enlista el Pacífico colombiano, una región con una notable presencia de comunidades étnicas, tanto pueblos indígenas como comunidades afrodescendientes, que bajo un legado histórico han habitado estos territorios. Inicialmente, el olvido y la marginalización por parte del estado de estos pueblos y comunidades permitieron la llegada de grupos armados al margen de la ley y

de empresas extractivistas que modificaron la vida ancestral en dichos territorios. Uno de los efectos de esta llegada fue la presencia de cultivos de coca, cuya producción, para algunos grupos étnicos, está ligada a conocimientos y sabidurías ancestrales y, para otros, es el resultado de la coacción de la violencia. También hay comunidades como las de San Marcos, Buenaventura, que coexisten con los grupos armados, y cuyos procesos de resistencia colectiva y de unión comunitaria han logrado responder negativamente a estas políticas, produciendo cultivos lícitos como el chontaduro. No obstante, el uso de este herbicida ha desconocido esta realidad, puesto que ha afectado gravemente a la totalidad de territorios, población y naturaleza.

### **Contexto político e histórico de las comunidades negras en el Pacífico colombiano**

De acuerdo con Nina de Fredemann y Jaime Arocha (1986), la historia de las comunidades negras que habitan en el Pacífico está relacionada con la colonización y la trata negrera, a partir de lo cual se entienden los procesos de rebelión de esclavos, ligados al cimarronaje y al palenque, que condujeron a la libertad de estos pueblos en territorios baldíos.

De acuerdo con Buitrago, Cundumí, Yate y Yaya (2019), dentro de las luchas de libertad y resistencia es importante relacionar “la fuga de esclavos que huían de sus amos y se escondían en la selva donde se encontraban con indígenas, quienes les enseñaron formas de supervivencia en este espacio salvaje y los resguardaron allí” (p. 103). Sin embargo, en la década de los ochentas el Estado colombiano empezó a gestar proyectos de desarrollo, ubicando el Pacífico como un territorio primordial para el ejercicio del extractivismo. La gestión del Estado se vio acompañada por la llegada de grupos armados como las FARC-EP y paramilitares que iniciaron una serie de disputas por el dominio de los territorios en el Pacífico, debido a su ubicación geoestratégica para la producción y/o el tránsito de drogas y armas. Dichas disputas han conducido a la pobreza, violencia y desplazamiento de las comunidades que habitan estos territorios, lo cual ha implicado la vulneración de los derechos de propiedad

colectiva reconocidos bajo la Ley 70 de 1993.

La región presenta una serie de disputas de carácter histórico que en los últimos años se han visto intensificadas por el conflicto social-armado. Allí convergen multiplicidad de fuerzas que configuran, a través de sus correlaciones, el mapa político y de poder: comunidades afro-descendientes, pueblos indígenas, campesinos, colonos, fracciones de capital, Estado y grupos armados. Las alianzas y contradicciones intersectoriales producen lugares y revelan las aspiraciones territoriales en el espacio geográfico. Es por esa razón que el eje central de las conflictividades gira en torno al control del territorio y de las poblaciones que lo habitan. En ese marco se constituyen dos de las principales lógicas de poder: la primera es formulada por las fuerzas que conciben al Pacífico en términos geoestratégicos, buscan integrarlo a los mercados nacionales e internacionales, lo asumen como una plataforma para la reproducción de la guerra y como un escenario para la acumulación. La segunda lógica, impulsada principalmente por las comunidades étnicas, se orienta por la construcción alternativa de territorio y la territorialidad mediante procesos organizativos autónomos. La dinámica del conflicto ha obstaculizado la consolidación territorial de los procesos organizativos locales, la vigilancia, protección y control autónomo de sus territorios, ha dificultado el proceso de titulación colectiva y ha quebrantado los principios básicos para el reconocimiento de la identidad y de las autoridades locales (Álvarez, Moreno, Ordóñez, Moore, Naranjo y Jiménez, 2013, p. 12).

#### **Aspersión con glifosato en el Pacífico colombiano: ausencia de consulta previa**

Stella Rodríguez (2008) documenta la existencia de cultivos ilícitos en el Pacífico colombiano a partir del contexto de la presencia y las confrontaciones de grupos armados que buscan asumir el poder y control en el territorio y la población. El favorecimiento del cultivo de la hoja de coca desde la década de 1980 por parte de estos grupos condujo al desarrollo de la aspersión aérea en estos territorios. Una de las zonas del país en las que se llevó a cabo de

manera periódica aspersiones con glifosato en 2015 fue el departamento de Chocó, afectando tanto la salud como el entorno de la población y obligando a algunas poblaciones a desplazarse hacia otras áreas en las que pudieran cultivar sus alimentos.

Es importante aclarar que los programas de socialización de las aspersiones con glifosato fueron insipientes, sin capacitación para los pobladores sobre los efectos reales del precitado químico y sin explicación clara de la temporalidad de estos, particularmente en el suelo de las zonas afectadas. Lo anterior le impidió a las comunidades que dimensionaran los efectos del químico en el ambiente o, incluso, que participaran de los programas de aspersión aéreas dispuestos por el gobierno nacional para ser implementados a través de los entes territoriales.

De acuerdo con Alexander Huevo (2017), el Estado Colombiano ha desarrollado aspersiones aéreas con glifosato en cultivos ilícitos como estrategia para contrarrestar el conflicto armado interno. Este ha sido un tema de gran controversia, pues guarda una lectura de correlación sobre la afectación étnica en comunidades negras que habitan el Pacífico colombiano. Además, la ausencia del desarrollo de la consulta previa afectó gravemente los derechos territoriales de las comunidades negras. Huevo (2017) parte de recordar la exclusión histórica en la que han vivido y se han organizado las comunidades negras que habitan el pacífico colombiano, causada por las creencias y prejuicios sociales, basados en la ignorancia, de lo que implica la vida e identidad de grupos étnicos en territorios que, a su vez, han sido determinados con una carga de ilegalidad e inferioridad por parte del gobierno y el Estado colombiano.

En otras palabras, las comunidades negras no se consideraron bajo los parámetros que reconocieron a algunas comunidades indígenas con derechos territoriales y políticos especiales desde 1890 (Arocha 1992, 41). De hecho, históricamente los negros se han caracterizado como ocupantes ilegales de la región del Pacífico, debido en parte al hecho de que los asentamientos negros libres, constituidos por esclavos escapados y

esclavizados, nunca fueron reconocidos como territorios y debido a la legislación destinada a proteger las tierras indígenas de la invasión de los colonos negros. Las comunidades negras de la región del Pacífico tuvieron que establecer que sus reclamos territoriales se basaban en patrones tradicionales de uso de la tierra que datan de generaciones, a pesar de la legislación nacional que negaba esta historia. (Huezo, 2017, p. 45).

Este tipo de discriminación se ha visto reflejada a lo largo del desarrollo de la política antidrogas y del enfrentamiento del Conflicto armado en Colombia mediante la aspersión aérea, debido a que la ubicación geográfica del Pacífico colombiano, y dada la violencia y discriminación estructural que ha existido allí, se ha constituido como un territorio que sirve de corredor para la exportación de cocaína.

La morfología de la costa sur del Pacífico, repleta de estuarios y manglares, atravesada por innumerables ríos y afluentes que penetran profundamente en las selvas tropicales, facilita el desplazamiento de pequeñas embarcaciones rápidas con las que se transporta el alcaloide a América Central y, desde allí, a América del Norte. Al mismo tiempo, el continuo flujo de buques de carga que transportan madera procedente de las docenas de aserraderos camufla las drogas que se dirigen al puerto de Buenaventura. (Huezo, 2017, p. 270).

Esto lo demuestra el mapa elaborado por Huezo (2017) sobre el pacífico colombiano, la presencia de grupos étnicos (pueblos indígenas y comunidades negras) y producción de coca en 2013 a partir de su investigación en Colombia. Allí se puede ubicar los cultivos de coca y la correlación que estos tienen con los grupos étnicos.

[imagen del mapa]

Este mapa permite verificar el desarrollo y la localización de la aspersión aérea con

glifosato en territorios donde se ubica el cultivo de coca. Sin embargo, dado que estos territorios son de grupos étnicos, el gobierno colombiano estaba obligado a desarrollar una consulta previa, que nunca se desarrolló en esta estratégica de lucha contra las drogas y el narcotráfico. Huerdo (2017) termina por mostrar que las comunidades negras del pacífico colombiano tienen derechos que son desconocidos en el momento en el que el Estado colombiano desarrolla deliberadamente políticas que afectan los derechos, el territorio y la vida de estos grupos.

### **Etnocidio en comunidades negras: el uso del glifosato bajo la política del Plan Colombia**

Arboleda Quiñonez (2016) evidencia en su trabajo "Plan Colombia: descivilización, genocidio, etnocidio y destierro afrocolombiano" el impacto del Plan Colombia como una política que tiene un efecto "genocida" y "etnocida", en el que se encubren prácticas de racismo y eugenesia y cuyo efecto es la muerte y el destierro de las poblaciones afrocolombianas bajo el "nombre del desarrollo, la democracia, los derechos humanos y la paz". El autor sustenta que el Plan Colombia tenía por objeto acabar con las guerrillas de las FARC-EP, para lo cual se desplegaron actividades que no asumieron las víctimas ni las consecuencias. Los estados fronterizos incrementaron la seguridad para evitar el paso de los grupos guerrilleros a sus territorios, como el caso de Brasil, Ecuador y Perú. Se registró un incremento significativo de las migraciones en el Ecuador en el 2005 (cerca de 40.000 colombianos refugiados), así como el desarrollo de fumigaciones aéreas con glifosato en la frontera colombo-ecuatoriana. Además de los efectos generados en la salud y en la producción agrícola, se produjo una fuerte discusión entre los estados.

Bajo la política de la aspersion aérea, se desarrollaron importantes informes por la Contraloría en el 2003 en los que se registró una disminución del 30% de los cultivos de coca, pero, de manera paralela, una "falta de certeza" de los efectos que dejó el glifosato sobre las personas, el medio ambiente, los ecosistemas, la destrucción de plantas, especies vegetales

en peligro de extinción y una importante alteración del hábitat. Bajo este contexto, Arboleda Quiñonez (2016) argumenta que el desarrollo del Plan Colombia produjo el despliegue de la aspersión con glifosato como un ejercicio de guerra química, cuyo efecto directo fue

un proceso de desterritorialización y despojo, amén del tejido social y comunitario, de la cultura poco valorada por los discursos de atención a la “crisis humanitaria”. Una guerra química, como lo hemos dicho, cuyas consecuencias de deterioro genético han sido integrales para los humanos y sus entornos de vida, con los cuales estaban ligados, conectados, ombligados en el caso de las comunidades afrodescendientes de este territorio-región focalizado por el Plan Colombia (Arboleda, 2016, p. 80).

Siguiendo el autor, el desarrollo de esta política trajo como consecuencia masacres, destierros y despojos que fueron previsibles para Colombia y Estados Unidos, lo que significó culturalmente una construcción de la identidad de las poblaciones afrodescendientes que vivían en los territorios asperjados de poblaciones como "colaboradoras de la guerrilla y el narcotráfico, por lo tanto, delincuentes y culpables" (2016, p. 81), contribuyendo así con un discurso racista que afianza la blancocracia. Arboleda hace una lectura de la aspersión aérea sobre los territorios de afrodescendientes desde una lógica en la que el etnocidio y genocidio es el resultado de un ejercicio de eugenesia: el glifosato llevó a la muerte física y cultural de grupos étnicos, en la medida que se anuló la posibilidad de vida tradicional en el territorio y se eligió la población que merece vivir y las que merecen morir bajo dinámicas del conflicto armado.

El etnocidio descivilizador es el problema de las minorías, que compromete en la interdependencia a las mayorías. Su exterminio destruyó la base y el tejido material y las prácticas de significación que redundan en construcciones simbólicas, de identidad e identificación. Es decir, clausuró las condiciones de posibilidad habituales de reproducción biológico/cultural de afrodescendientes, indígenas y campesinos. De esta manera destruye su vincularidad de procreación e invención de la vida, tejida durante

siglos en estos territorios, lo que le da sentido colectivo, lenguajes de territorialidad, expresión de civilizaciones integradas a un entramado cósmico, del que no se consideran la parte más importante, cuya filosofía y espiritualidad expresa la conciencia de garantizar la vida del entorno para garantizarse la vida; en lo que están incluidos los ancestros invisibles, los nacidos y los que están por nacer. Es la responsabilidad y el compromiso ancestral con la vida en su multiplicidad. El pensamiento/acción de “los familiares”, hijo del sistema de pensamiento muntú, congo-bantú africano, entre afrodescendientes del Pacífico colombiano, ecuatoriano y peruano, cuando menos (Arboleda, 2015). (Arboleda, 2016, p. 84).

**Aspersión aérea y derechos humanos de las comunidades negras de Colombia: Informe del Consejo de Naciones Unidas A/HRC/16/45 del 25 de enero de 2011**

El Informe del Consejo de Naciones Unidas, emitido por la experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Gay McDougall (2011), resulta pertinente, puesto que desarrolla una descripción del contexto de derechos humanos en el que se encontraban las comunidades negras (San Marcos, Buenaventura) en la época en que se desarrollaron las aspersiones aéreas (2009-2011) y la discusión y los efectos que ha tenido para la población afrodescendiente que habita en el pacífico colombiano. El informe aborda dos temas muy importantes para el desarrollo de este trabajo: (i) el derecho de las comunidades afrodescendientes a la propiedad y a la ocupación del territorio colectivo y (ii) el fenómeno del desplazamiento forzado como la principal causa de vulneración de derechos humanos de estas comunidades.

En cuanto al primer aspecto, McDougall comienza recalcando el marco jurídico que reglamenta los asuntos concernientes con el derecho a la igualdad y a la propiedad de las comunidades afrodescendientes. Además de los artículos constitucionales que se nombran, es pertinente centrarse en la Ley 70 de 1993, que es el instrumento jurídico por excelencia si de derechos de las comunidades afro se habla. Dicha Ley, en palabras de la autora, “establece una

amplia variedad de derechos colectivos e individuales, como el derecho a la educación y a la protección de la identidad cultural”, puesto que, como punto de principal enfoque, se reconoce el territorio colectivo como un espacio "inalienable, imprescriptible e inembargable" (párrs. 8 y 9).

McDougall, de forma paralela, señala la importancia de estos aspectos legales, dado que es consciente de lo imprescindible que es, para las comunidades afro, espacios libres y seguros en los que se pueda interactuar y continuar con las costumbres ancestrales y culturales, puesto que no hay más espacios en todo el territorio nacional en los que se puedan realizar dichas prácticas. Sin embargo, la autora se topa con una cruda realidad, al constatar que, en la realidad, dichos instrumentos legales no se aplican; por el contrario, son mayormente ignorados. Se puede constatar que el racismo y la discriminación siguen siendo problemáticas profundas en la sociedad colombiana; luego de realizar numerosas entrevistas, la autora señala que los líderes de las comunidades afrodescendientes destacan una enorme discriminación estructural, en cuanto a aspectos como el acceso a educación, empleo y vivienda. Por esta razón, explica la autora, no es raro que mayormente la población afrodescendiente se encuentre ubicada en los barrios más pobres de las ciudades, puesto que la discriminación se vuelve un factor del confinamiento de estas personas en dichos lugares.

De igual forma, la autora deja entrever que el Gobierno Nacional tiene gran implicación en las problemáticas en las que viven las comunidades afro, dado que, además de la inoperancia en la aplicación de las normas, los informes y datos estadísticos que manejan son igual de precarios, por lo que no tienen los insumos suficientes para determinar el número de personas afectadas. Se desencadena, entonces, un fallo en todo el sistema de las políticas públicas, puesto que, por un lado, los recursos destinados no alcanzan a generar resultados óptimos y, por otro, quedan de lado miles de personas que ven cómo el abandono del Estado promueve tanto la movilización de organizaciones al margen de ley como la vulneración de los derechos humanos y el despojo a las comunidades afro de sus territorios.

Lo anterior le sirvió a McDougall (2011) para traer a colación el segundo aspecto, el desplazamiento forzado. Ella comienza señalando que el conflicto armado colombiano tuvo gran desarrollo en los territorios afrocolombianos, y recalca que los vestigios de dicho conflicto siguen persistiendo y azotando a la población afrodescendiente, dado que disidencias y nuevos actores armados resurgieron para seguir victimizando, matando y secuestrando a esta población vulnerable y despojándola de sus tierras mediante el uso de la violencia. Por esta razón, miles de personas afro se ven obligadas a huir de sus tierras para buscar “seguridad” en las ciudades y en entornos urbanos hostiles.

Más adelante McDougall (2011) reconoce que los territorios de estas comunidades tienen una importancia estratégica para los grupos armados ilegales dedicados a la producción y el tráfico de estupefacientes. Por ello, el Gobierno Nacional optó por utilizar sustancias nocivas como el glifosato para erradicar los cultivos ilícitos, un uso que afectó no solo a las personas, sino, además, a la tierra fértil. Aún más quedaron perjudicadas las comunidades afrodescendientes que viven de la agricultura, lo cual provoca desplazamientos masivos y aumento de los índices de pobreza en las ciudades. A pesar de la evidente causa de desplazamiento por parte del Gobierno Nacional, la autora señala que él mismo no reconoce las fumigaciones como causa de los desplazamientos, por lo que los desplazados internos no tienen derecho a ser reconocidos como tales y no pueden acceder a los programas de asistencia que existen en el país para los desplazados. El argumento, entonces, consiste en que el desplazamiento con ocasión de la aspersión aérea no es un tipo de desplazamiento forzado, ya que no lo provoca un grupo armado, y la población migra del territorio al asumir las consecuencias de haber participado en la producción de cultivos ilícitos.

En aras de demostrar la cruda realidad en la que persisten las comunidades afrodescendientes, McDougall (2011), con cifras obtenidas de varias ONG, destaca que un total de 252.541 personas habían sido desplazadas de territorios colectivos afrocolombianos situados en 50 municipios. Y esto ocurre porque las regiones donde se ubicaban estos

territorios son estratégicamente importantes para los diferentes grupos armados; regiones ricas y de gran biodiversidad fueron posteriormente objeto de "megaproyectos" agroindustriales. En consecuencia, las poblaciones siguieron siendo desplazadas por paramilitares, por narcotraficantes y por quienes deseaban apropiarse ilegalmente de sus tierras para destinarlas a la explotación agrícola o ganadera.

Por último, McDougall (2011) establece que, pese a que Colombia tiene instrumentos jurídicos destacados en la promoción y protección de los derechos de los afrocolombianos, lo cierto es que, en la práctica, su aplicación es insuficiente, las medidas adoptadas no son eficaces y muchas comunidades siguen siendo desplazadas y despojadas de sus territorios. De igual manera, la autora señala que el desplazamiento forzado es una realidad actual que sigue afectando el desarrollo de las comunidades afrodescendientes, recordando dos elementos: primero, la apropiación de sus tierras es una violación a los derechos humanos de las pueblos y, segundo, que es deber del Estado no sólo proteger la seguridad de los mismos, sino también garantizar que aquellos afectados tengan derecho al acceso de mecanismos sencillos y sin obstáculos para alcanzar "la verdad, la justicia y la reparación" como derechos propios de las víctimas del conflicto armado.

### **El caso de la comunidad de San Marcos, Buenaventura, y las aspersiones con glifosato**

[Fotografías de San Marcos, Buenaventura]

El corregimiento n.º 8 se encuentra ubicado en el pacífico colombiano, específicamente en la zona rural de Buenaventura. Está conformado por las veredas de Guaimía, Potedo, Limones, Zacarías, Aguas Claras y San Marcos, territorios reconocidos como propiedad colectiva con ocasión de la Ley 70 de 1993 por tratarse de una comunidad étnica, pues son comunidades negras que viven de manera ancestral y colectiva. En San Marcos habitan cerca de 180 familias numerosas que en total completan los 650 habitantes en la vereda, cifra que ha

disminuido pese a la violencia y los desplazamientos forzados.

[Imagen tomada de <https://pasaportepedagogicovirtual.wordpress.com/2011/12/11/salida-pedagogica-al-lago-calima/>]

A lo largo de la historia, estas comunidades han subsistido económicamente de la pesca, la minería artesanal y la agricultura, especialmente de la siembra de cultivos de “pan coger” como el chontaduro, el plátano, el banano, la caña, la papachina y el árbol de pan. En términos de política, a la luz de la Ley 70 de 1993, las comunidades están divididas en Consejos Comunitarios, y por cada uno se elige un Representante Legal de la misma comunidad por un periodo de cuatro años.

Dentro de sus prácticas y costumbres ancestrales se encuentran, principalmente, los arrullos o chigualos, los alabaos, los cánticos, el comadreo, la partería y el uso medicinal de las plantas; originariamente, los miembros de las comunidades han sido devotos de la fe cristiana como fieles de las religiones católica y cristiana. La conexión con el territorio ha sido siempre importante para las comunidades negras que habitan en el corregimiento n.º 8 y, en particular, en San Marcos, pues ha sido una población que ha luchado constantemente y ha resistido para que sus prácticas ancestrales no se pierdan y personas externas a su comunidad no intervengan en ella de manera negativa.

El territorio se caracteriza como una comunidad de extrema pobreza. En cuanto a educación, solo existen escuelas rurales, no hay puestos de salud, ni parques o canchas deportivas; tampoco hay prestación de servicios básicos como el acueducto y las personas carecen de una vivienda digna.

El corregimiento ha sido blanco constante de actores armados al margen de la ley con ocasión del Conflicto armado colombiano, pues, dado el abandono estatal en toda la zona rural de Buenaventura, guerrillas como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), las antiguas

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) y grupos paramilitares como las Auto Defensas Unidas de Colombia (AUC) perpetraron una serie de masacres a lo largo del territorio. Principalmente, en 2000 y 2003 se produjo el asesinato de múltiples habitantes de las veredas de Sabaletas y Llano Bajo, a tan solo 10 minutos de donde habita la comunidad negra de San Marcos, a manos de más de 100 hombres militantes del frente paramilitar de las AUC. A causa de esto, se generó una oleada de desplazamientos de cerca de 3.200 personas ante la amenaza de muerte de estos grupos armados.

Tenemos el ejemplo cuando mataron a muchas personas nos desplazamos por eso, y hay más inconvenientes, se han visto y que aún siguen pasando actualmente.

Cuando se notó la presencia de grupos al margen de la ley hubo desplazamientos, solo por querer sacarnos de nuestro lugar de vida, tal motivo llevo a que muchos dejáramos lo poco que con tanto esfuerzo habíamos ido construyendo<sup>1</sup>.

En 2001 la apertura de unas compuertas de la EPSA permitió el flujo de 500 mil metros cúbicos de sedimentos que contaminaron el río Anchicayá, una fuente hídrica que rodea el territorio. La muerte de los peces afectó fuertemente la pesca en la región, escenario bajo el cual se presentó una demanda que, aunque fue fallada a favor en primera y segunda instancia, a la fecha está en el despacho de los magistrados del Consejo de Estado. A su vez, “la justicia internacional también tiene conocimiento del tema. En junio de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abrió el caso Anchicayá contra Colombia” (Sánchez, 2019, párr. 26), pero a la fecha material y moralmente no se ha hecho nada, las víctimas no han sido indemnizadas.

A pesar de los hechos victimizantes de los que fueron objeto los habitantes de las comunidades, se vuelve a cultivar chontaduro y se convierte en el producto que permite la resistencia en el corregimiento, dada la prosperidad económica y la unión cultural que este

---

<sup>1</sup> Las citas que de aquí en adelante expresen testimonios son retomadas de entrevistas que se hicieron durante la construcción de testimonios para la Acción de grupo a finales del año 2018 en Buenaventura.

genera, tanto por su proceso de producción, recolección y venta como la serie de festividades que esta dinámica permite, como, por ejemplo, el reinado del chontaduro. Pero, en 2009 se inician las aspersiones con glifosato en el territorio a pesar de que los habitantes de San Marcos nunca han cultivado productos ilícitos. Estas aspersiones se extienden hasta 2011, dejando muerte, enfermedad y, sobre todo, la extinción del chontaduro y la infertilidad de la tierra, como se describirá más adelante.

La forma de aplicar el glifosato sobre los cultivos ilícitos no es efectiva ni precisa. Al ser un líquido esparcido mediante avionetas, por los vientos y lluvias “van a parar a los cultivos lícitos, de los agricultores, a las fuentes hídricas y a las zonas habitadas” (Redacción APP, 2019, párr. 6). Los efectos colaterales de la aspersión con Glifosato es la infertilidad de los suelos para cultivos, que causa la desaparición de muchos de los productos agrícolas tradicionales que se cultivaban en dichas regiones, como, por ejemplo, chontaduro, banano, plátano, caña, yuca, papachina, ñame, borojó, etc. Esto quedó demostrado en los estudios de suelos que se realizaron en el territorio para interponer la acción.

(...) pues la que opinión que tengo es que es algo malo porque afecta a la comunidad y a la agricultura.

pues los que opino es que esto a hecho mucho daño en el territorio por que la comunidad no tiene nada de pan coger porque eso termino con todo, aun la papa china que está en la tierra un se secaba, los quedaron destruidos totalmente, mucha gente sea salido del río y se han venido a las bocanas como humanes la comba encanto fraiguan guayabal punta bonita y otros a Buenaventura, en busca de trabajo.

Por la ausencia de los productos denominados como “pan coger”, los accionantes se han visto en la obligación de cambiar sus fuentes de alimentación y, en gran medida, avocados a comprar los alimentos en la cabecera municipal, lo que afecta gravemente las tradiciones y la cultura de la comunidad, y obviamente la economía colectiva. Se afectó la soberanía alimentaria porque anteriormente los miembros de la comunidad tenían todos estos productos

en sus propias fincas y ahora les toca comprarlos. En otras ocasiones, cuando la comunidad no tiene los suficientes recursos, debe pasar necesidades.

Aun las tierras han quedado contaminadas, en muchos lugares se siembra el pan coger y no se produce se mueren las raíces, hay que sembrar en algunas partes con abono y eso antes no se Asia ya que la tierra era fértil debido al glifosato la tierra perdió su fertilidad».

Sí, porque el suelo quedo infectado ya no se puede sembrar porque no se da nada de lo que sembramos a causa de este fuerte veneno.

Sí, claro, porque queriendo terminar con su proceso de la coca se les olvido que todas las personas que estamos en la zona rural vivimos del pan coger, las hojas de borojó se tornaron de color café y la tierra seca, las palmas de chontaduro se secaron y las que estaban en proceso de crecimiento se pasmaron.

Estas afectaciones también produjeron contaminación en las fuentes hídricas, dado que las aspersiones cayeron encima de numerosos ríos (en gran parte de esta región se encuentran muchos de estos), de acuerdo con los estudios realizados por la Universidad Nacional de Colombia (Sicard et al., 2005). Las aspersiones que se realizaron ocasionaron afectaciones a la salud de las personas, ya que durante los días que se realizó la aspersión, estas manifestaron sentir dolores de cabeza, daño de estómago y vómito, y, en algunos casos, se ha visto el surgimiento de cáncer e infertilidad.

En la salud causo enfermedades como, rasquiñas, granos y no podíamos bañarnos en el rio por causa de esta fumigación.

Pues en la salud han existido muchas enfermedades, desde el momento en que se realizó la fumigación con el glifosato, enfermedades como hipertensión, diabetes, personas que han sufrido de los pulmones, brotes en la piel, complicaciones en la vista, entre otras enfermedades.

Sí, la presión se me altero y luego le dan dolores de cabeza y dolores de estómago, en conclusión, nos dejó mal en nuestra salud.

En la salud, en las personas se presentó brotes de granos en la piel, dolor de estómago y mucho dolor de cabeza, en el territorio la tierra se colocó seca incapaz de volver a producir y nuestra vida cotidiana no volvió hacer la misma porque vivíamos del pan coger.

Otra de las afectaciones fue la parte cultural, toda vez que cambiaron las costumbres de los habitantes, a quienes les tocó cambiar la vocación agrícola porque vivir actualmente de la tierra es muy difícil en esta zona. La comunidad pasó a ser dependiente de la oferta y la demanda del mercado. Se realizaron desplazamientos forzados en las zonas afectadas con las aspersiones, porque, al ser infértil la tierra, las personas tuvieron que buscar un mejor sustento en las cabeceras municipales. Hasta la fecha siguen estando presentes los desplazamientos en las zonas.

Por causa de glisofato nos quedamos sin cultivos y todo se perdió acusa de este veneno.

Pues ahorita en este momento las comunidades están sufriendo por que la economía en el territorio antes era en chontaduro y los otros pan coger, en este momento la economía esta total mente destruida.

La siembra de banano, plátano, chontaduro, borojo, caimito, guayaba bacao esto se secó por la fumigación con el veneno es muy poco lo que seda y actualmente la situación económica está muy complicada porque no hay como producir y por la falta de ayudas.

Los testimonios de la gente que habita la región apuntan a que las palmas de chontaduro empezaron a secarse y a dejar de producir frutos, casi inmediatamente después de la aspersión con glifosato por medio de avionetas. Según los habitantes, la descripción anterior del deterioro de los cultivos no fue el único problema, dado que la aspersión trajo una consecuencia muy grave para las palmas, la llegada del insecto Picudo (también llamado cucarrón), una plaga que hasta el presente ha sido imposible exterminar.

Las poblaciones afectadas no han recibido apoyo de las alcaldías municipales para determinar los daños causados, y tampoco fueron instruidas respecto a la forma de proceder por medio de un proceso. Los hechos mencionados en los puntos anteriores generaron graves perjuicios de índole material, inmaterial, moral, daño a la vida en relación, daño fisiológico, entre otros, a los habitantes de las comunidades.

Las entidades estatales, con su actitud negligente y omisiva, ocasionaron daños a los habitantes, por un lado, al no controlar y prevenir la contaminación e infertilidad de la tierra por las aspersiones realizadas. Por otro lado, tampoco activaron los mecanismos legales para su control cuando expidieron los permisos para tal fin y permitieron su ejecución indiscriminadamente sobre los cultivos que permitían la alimentación de los habitantes de la región, sin los controles necesarios para evitar la contaminación de los ríos.

Pues claro que el Estado debe reparar ya que esto depende del gobierno y es el que tiene la competencia en estos asuntos, porque la esperanza de las comunidades es la de la reparación.

Nuestras fincas fueron afectadas y esas eran nuestra esperanza de vida ya que de ahí dependíamos económicamente.

Por supuesto que deben reparar porque todos vivíamos de lo que vendíamos del pan coger, nuestra tierra nunca más volvió hacer la misma, no contamos actualmente con ninguna ayuda de parte del gobierno en absoluto.

En cuanto a los daños causados por las aspersiones, puede contarse el hecho de que a las comunidades no les fueron socializados los planes de las aspersiones, aun sabiendo que son pueblos que tienen títulos colectivos de propiedad y debe ser respetado su derecho fundamental a la consulta previa.

Es importante diferenciar dos tipos de daños: uno, el daño causado por la fumigación con glifosato, que, de acuerdo con las declaraciones de los líderes de las comunidades, corresponde con la muerte de los cultivos, plantas y animales silvestres; problemas de salud

como alergias, vómitos, manchas en la piel, dolor de cabeza, y la contaminación de las aguas. Otro de los daños es la omisión por parte de las entidades del Estado, toda vez que, a través de los años, las comunidades siguen viviendo los daños como la plaga del cucarrón, la infertilidad de los suelos, la escasez de los alimentos, la falta del mínimo vital y, como consecuencia de ello, el desplazamiento forzado. De manera generalizada, en las comunidades existen condiciones precarias de supervivencia física y de existencia económica. Aunque los daños siguen presentes en la comunidad, las entidades del Estado aún no han brindado acompañamiento para mitigar las consecuencias de dichas aspersiones.

Conforme a lo anterior, la autora de esta tesis presentó una acción de grupo como representante legal del corregimiento n.º 8 de Buenaventura y como defensora y estudiante de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos ante Corte, Organismos y Tribunales Internacionales relacionando los hechos en mención. La acción de grupo busca la protección y amparo constitucional por la vulneración de los derechos a la vida y dignidad humana e intereses colectivos conforme a la Ley 472 de 1998:

Artículo 4.a El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias

Artículo 4.c La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

Artículo 4. f La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

Artículo 4. g La seguridad y salubridad públicas;

Artículo 4. h El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

#### Artículo 4. i La libre competencia económica.

La acción de grupo presentada bajo este contexto en el primer semestre de 2019 buscó demostrar la continuación de los daños ocasionados y la importancia de obtener algún tipo de reparación, a pesar de presentarse después de los 2 años que fija la ley de caducidad, toda vez que la organización de la comunidad, la construcción probatoria y la certeza de los efectos del glifosato en el territorio, la agricultura y la salud se consolidaron después de desarrollar diversos estudios científicos que permitieron fijar la correlación que existe con el glifosato. Es por esto que, para efectos de contabilizar la caducidad, se requirió tener como fecha el momento en que tuvimos conocimiento de los efectos reales del glifosato en los cultivos y la perduración de dicho herbicida en los suelos ocupados por las comunidades afectadas. Ese conocimiento solo se logró tras la eficiente comunicación de los resultados de las pruebas geológicas practicadas al suelo a las poblaciones afectadas, la cuales arrojaron que aún perduraban los efectos dañinos en los suelos que eran ocupados por las comunidades que se hoy reputan víctimas.

A la fecha, el proceso está en trámite a la espera de un fallo, bajo el cual se identifica la necesidad de la lectura de la reparación como derecho, incluyendo las garantías de no repetición, que se hacen tan necesarias con ocasión de los debates y las políticas que ha fijado el gobierno de turno que busca continuidad y reinicio de las fumigaciones.

#### **Conclusiones**

a. La aspersión con glifosato en Colombia es una política estatal que inicio en 1984 bajo la administración del expresidente Belisario Betancur y que buscó fumigar cultivos de coca y amapola. Esta política se extendió y se acentuó bajo el denominado Plan Colombia, que fue una alianza estratégica entre Estados Unidos y Colombia para responder al conflicto armado y el narcotráfico mediante actividades como la aspersión aérea con glifosato. Esta política determinó los territorios sobre los cuales se ubicaba la producción de cultivos ilícitos y los lugares sobre los cuales se desarrollaría esta práctica de aspersión. Dentro de esos lugares se

destacó el Pacífico colombiano, lugar donde habitan grupos étnicos tanto indígenas como comunidades negras con los cuales nunca se desarrolló una consulta previa sobre el ejercicio de esta política de aspersión.

b. Las comunidades negras han vivido en los territorios del Pacífico colombiano debido a la historia de esclavitud en tiempo de colonización y al desarrollo de prácticas que llevaron a la libertad y ocupación de estos territorios, donde pudieron vivir y practicar su cultura sin tener algún tipo de título. La ley 70 de 1993 fue la primera legislación en Colombia que reconoció a las comunidades negras la propiedad colectiva de estos territorios, otorgándoles una especial protección a la propiedad y a ellas mismas por ser grupos étnicos. Sin embargo, ha existido una violencia estructural que ha vulnerado el reconocimiento de estos derechos, dado que la ausencia del Estado propició la llegada del narcotráfico, grupos armados y empresas extractivistas a estos territorios.

c. La aspersión con glifosato en el Pacífico colombiano ha afectado especialmente a las comunidades negras, puesto que generó afectación en el territorio, el medio ambiente, los recursos, una alteración en el hábitat, efectos en la salud de las personas y desplazamiento. Esto conduce a una lectura política en la que algunos autores han calificado la aspersión como una práctica que ha propiciado el etnocidio de estas comunidades.

d. En materia de derechos humanos, hay que destacar una visita e informe relevantes que dan cuenta del contexto político en el que habitan las comunidades negras que se resisten al desplazamiento y aquellas que se han desplazado con ocasión del glifosato y la presencia de grupos armados. En el caso del desplazamiento ocasionado por aspersiones aéreas con glifosato se destaca el debate político que existe sobre el rechazo a desconocer la condición de desplazados y con ellos el acceso a programas especiales de protección a las personas que han migrado de su territorio por el efecto de este herbicida.

e. La comunidad negra de San Marcos, Buenaventura, es un ejemplo de este contexto político y ambiental, pero con la especificidad de que la comunidad no ha cultivado ningún

producto ilícito tal y como lo demuestra el mapa de Alexander Hueso (2017) y los testimonios de los habitantes de este territorio. El uso del glifosato como política afecta tanto los derechos de los grupos étnicos como de los campesinos que se han visto obligados a cultivar estos productos ilícitos con ocasión del desarrollo del conflicto armado y el narcotráfico en sus territorios. En el caso en que los cultivos ilícitos eran inexistentes se incrementa la gravedad, ya que esto evidencia el desarrollo de una política que de forma indiscriminada ejecutó la aspersión aérea en el Pacífico colombiano afectando a grupos étnicos como los afrodescendientes.

f. La historia de San Marcos evidencia varias afectaciones: la contaminación del río Anchicayá, asesinatos selectivos por la presencia de grupos paramilitares y la aspersión aérea, que de forma recurrente manifiestan un escenario de impunidad que ha conducido gravemente al desplazamiento de la población. El caso de la aspersión aérea con glifosato es el que se discute en esta tesis con ocasión del desarrollo de una Acción de grupo que se encuentra en proceso, así como la posibilidad política de reactivar la aspersión aérea, intención manifestada por el actual presidente de la República. La descripción de los efectos de la aspersión aérea (como la infertilidad del territorio, la imposibilidad de la producción agrícola, la llegada del cucarrón picudo, las afectaciones en la salud y en la cultura y el desplazamientos) tiene la finalidad de ubicar el contexto del caso y los hechos bajo los cuales se construye esta investigación, que versa sobre el derecho a la reparación y las garantías de no repetición en el caso de la aspersión aérea con glifosato en grupos étnicos, especialmente comunidades negras.

## 2. El derecho a la reparación y las garantías de no repetición

El derecho a la reparación es una categoría jurídica que internacionalmente ha sido utilizada para describir las medidas que pueden y deben asumirse para resarcir un daño. Esto lleva a la necesidad de pensar un sistema de justicia que tenga por objeto ubicar al perjudicado en la situación anterior del daño o, en su defecto, a la situación más cercana en la que se encontraba antes de que ocurriera el daño. Existen diversos tipos de daños, contextos específicos y diversidad de víctimas que obligan a desarrollar una lectura contextualizada y aterrizada en cada caso sobre lo que implica la obligación de reparar. Es por esto por lo que autores como De Greiff (2006) muestran la necesidad de hacer una lectura de las diferentes formas de reparación que existen: restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición. Estas formas corresponden respectivamente a definir y comprender la reparación como “restablecer a la víctima a su *statu quo* ante, y compensar los daños sufridos, proveer atención social, médica, psicológica y el cese de las violaciones” (Nanclares y Gómez, 2017, p. 75).

Duque y Torres (2015) exponen la importancia que tienen las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la construcción de paz. Los autores afirman que la justicia transicional busca crear mecanismos temporales para enfrentar la comisión de crímenes y la violación de los derechos humanos en la coyuntura del conflicto armado. Las garantías de no repetición son uno de los elementos que hacen parte de los procesos de justicia transicional, las cuales buscan la no reiteración de los hechos violatorios de derechos humanos. Las garantías de no repetición deben dejar de ser un mecanismo temporal para convertirse en instrumentos permanentes dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, ya que estas medidas se han vuelto indispensables tanto para garantizar el goce de los derechos humanos que se vieron vulnerados como para alcanzar una efectiva reconstrucción del tejido social.

Duque y Torres definen la reparación como un instrumento con el que el Estado intenta resarcir los daños causados a la víctima, permitiendo así la realización de la justicia, la

reconstrucción al estado original de las víctimas y la garantía de que los hechos victimizantes no volverán a ocurrir:

Para la reparación es indispensable que existan indemnizaciones no pecuniarias de los daños causados, esto es “la garantía de no repetición de los hechos lesivos”, porque la reparación es la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas y la garantía de no repetición de los hechos lesivos (2015, p. 256).

Los autores afirman que la función predilecta de las garantías de no repetición, como instrumento de la justicia transicional, radica en la construcción de bases sociales y jurídicas sólidas, con el fin de evitar el resurgimiento de nuevos actos violentos que traigan consigo violaciones a los derechos humanos de las víctimas que históricamente se han visto afectadas por este flagelo.

Las garantías de no repetición, como elemento de la justicia transicional, son las encargadas de construir los lazos de reconciliación, evitar el surgimiento de nuevos actores armados conseguir legitimar nuevamente el Estado Social de Derecho, las instituciones y la democracia, lo que a su vez es una obligación del Estado (Duque y Torres, 2015, p. 264).

Para el caso de estudio de esta tesis, es importante denotar el alcance que debe tener la reparación como derecho que permite el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la aspersión aérea con glifosato, que el Estado colombiano ha desarrollado bajo el contexto del conflicto armado y que ha generado graves afectaciones sobre el medio ambiente y comunidades étnicas, como las comunidades afrodescendientes de San Marcos, Buenaventura. Para ello, a continuación se mostrará, a modo de antecedentes teóricos y bibliográficos, en primer lugar, una reconstrucción del derecho a la reparación a partir de una lectura sobre la historia del derecho a la reparación; en segundo lugar, la Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas sobre el derecho a la reparación en escenarios de violación a los D.D.H.H. y al D.I.H., sus antecedentes y su aplicación en el Sistema Interamericano de

Derechos Humanos y el Sistema Africano de Derechos Humanos. En tercer lugar, se ubicaran trabajos realizados en relación con el derecho a la Reparación en contextos de conflictos socioambientales, conflictos armados y grupos étnicos a partir del estudio de casos emblemáticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicable a Colombia, así como el desarrollo de la reflexión en Colombia sobre el derecho a la reparación por los daños ocasionados por la aspersión aérea con glifosato en grupos étnicos que viven en condiciones de pobreza y exclusión. En cuarto lugar, se estudiarán las implicaciones que tiene ubicar el derecho a la reparación en grupos étnicos en Colombia, atendiendo escenarios de reparación colectiva y afectaciones del medio ambiente. Dentro de este numeral se desarrollará la construcción teórica realizada por autores y líderes de movimientos sociales sobre las "afro-reparaciones" como categoría propia de las comunidades afrodescendientes de Colombia que buscan construir un marco de reparación que atienda tanto al legado histórico de la identidad negra como al impacto y las lógicas de discriminación estructural. Estas lógicas han sido propiciadas por el Estado y han favorecido el desarrollo del conflicto armado y la explotación de recursos de manera paralela, generando graves consecuencias como el desplazamiento forzado. Además, se exponen ejemplos de afro-reparaciones como el canto, las reparaciones especiales que requiere la mujer negra en Colombia y la apuesta por tribunales afrodescendientes en contextos de aspersión aérea con glifosato. Finalmente, se ubican, a modo de conclusión, las características del derecho a la reparación estimadas a lo largo de esta revisión que resultan aplicables al caso de estudio.

### **Historia del Derecho a la Reparación**

La reparación es concebida como una consecuencia de la responsabilidad que tiene alguien por cometer un acto dañoso contra otra persona. Nanclares y Gómez (2017) muestran el desarrollo histórico de esta categoría jurídica, cuyo origen está en las primeras expresiones encontradas en la Ley de Talión, en la que la víctima no podía buscar más que una reparación equivalente al daño sufrido; la reparación consistía en mutilaciones o la muerte. "En principio,

las consecuencias consistían en la muerte y sufrimiento o mutilaciones físicas que infligía la víctima o su padre al causante del daño” (Nanclares y Gómez, 2017, p. 61).

Más tarde, con la Ley de las XII Tablas se ve reflejado el tránsito de la voluntariedad a la obligatoriedad de la compensación, en la que el responsable debía pagar un dinero a cambio de que se le librara de las penas corporales. Con la legislación decenviral se tipifican las conductas que dan lugar a la respectiva acción de reparación, que se convierte, además, en una compensación medida respecto al tipo de persona a quien se infringía el daño.

En la *Instituta* de Justiniano se consagraron cuatro delitos privados: el *furtum* (hurto), la rapiña, la *iniuria* y, el *damnum iniuria datum*. Delitos como el *furtum* establecían a modo de reparación el valor del cuádruple o del duplo del perjuicio, según la modalidad del hurto (manifiesto o no manifiesto); estos valores correspondían únicamente al valor de la pena, pues además se contaba con la posibilidad de perseguir la cosa. En el delito de rapiña, el agresor estaba obligado a restituir el cuádruple e la cosa; dicho valor incluía la persecución de la cosa de tal suerte que la pena obedecía al triplo (Molinas, 1889). (Nanclares y Gómez, 2017, p. 61).

Desde aquí empezamos a ver un problema en la parte penal y civil. La penal buscaba el castigo y la civil la reparación, pero, debido a que las reparaciones consistían en generarle una afectación al responsable del daño a reparar, la línea entre la pena penal y la civil no era clara, por lo que la Ley Sállica optó por facultar a la familia de la víctima a que escogieran entre la compensación o la Vendetta; así, se lograba la función sancionaría e indemnizatoria que se buscaba. El código civil francés se apartó de la tradición romana de buscar una reparación de manera casuística, y propuso algo más general: que la medida de la reparación fuera estrictamente proporcional a la medida del perjuicio sufrido. Además, cabe mencionar que desde el inicio del siglo XX empiezan a tomar fuerza los seguros de daños y se amplía la categoría de daños que se pueden reparar, y esto, a su vez, nos acerca más a la reparación integral.

Posteriormente surgen las múltiples definiciones sobre la reparación construidas por autores como Fisher (1928), Mazeaud (1977), Cupis (1975), Gherzi (1995) (Nanclares y Gómez, 2017), que asumen de manera común que reparar es volver las cosas al estado anterior, es decir, ubicar al perjudicado en la situación más próxima anterior al daño sufrido. La reparación, entonces, es la consecuencia de la responsabilidad que se le imputa a un sujeto por un daño que hizo.

Reparar es volver las cosas al estado anterior, es decir, ubicar al perjudicado en la situación anterior o más próxima, previa al acaecimiento del daño; este argumento se concreta en el deber de resarcir impuesto al responsable de un daño causado contra derecho, el cual se encamina a la reintegración del interés lesionado. Como puntos de encuentro, y para el análisis objeto de este escrito, se observa que la reparación surge de un vínculo obligacional que se origina del acaecimiento de un daño que le es imputable a quien es encontrado responsable (Nanclares y Gómez, 2017, p. 64).

Existe un desarrollo de diversas teorías sobre la necesidad de plantear el concepto de reparación integral (que diferencia la reparación de la reparación integral), ya que el adjetivo "integral" indica que se exige un comportamiento más estricto por parte de quién tiene la obligación de reparar el daño. Es decir, ya no solo se abarca el daño desde un punto de vista monetario, no se le pone solo un precio a la reparación, sino que se busca que se repare cada punto que se vio afectado, teniendo en cuenta la tipología de daños resarcibles. Nanclares y Gómez (2017) hacen énfasis en mostrar que la reparación integral asume la importancia de integrar la variabilidad del daño, tanto por la magnitud como por la cantidad de víctimas que se pueden vincular a una acción.

La CIDH ha optado por una noción amplia de reparación que integra la concepción de la reparación integral como derecho que surge del incumplimiento de las obligaciones internacionales que tienen los estados en materia de derechos humanos. Aquí el modo en que se realizó el daño es determinante para medir el tipo de reparación que se debe dar hablando

de bienes jurídicamente tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos. Para que exista la reparación, para la CIDH, es necesario que confluyan los elementos de "justicia, oportunidad y suficiencia"; debe tenerse en cuenta la participación de las víctimas atendiendo sus necesidades y expectativas en función de una reparación "diferencial, preferencial e integral".

Para la CorteIDH, intérprete legítimo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), la reparación es "el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido" (tal como se expone en el caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, 1998, p.11). La reparación es consecuencia de la violación por parte de un Estado de un compromiso internacional, por tal razón, las medidas resarcitorias serán acordes con el Derecho Internacional, en otras palabras, al derecho de gentes. Este carácter universal de la obligación de reparar otorga relevancia a la jurisprudencia de la CorteIDH, la cual desarrolla su contenido, señalando que la reparación del daño es la plena restitución (*restitutio in integrum*) (Nanclares y Gómez, 2017, p. 66).

Autores como Uprimmy y Saffon coinciden en la idea de que proponer reparar individuos que se encontraban en condiciones de extrema desigualdad desde antes de que ocurriera el daño es inútil (Nanclares y Gómez, 2017). Por lo que, con este tipo de reparación no solo se busca que se repare el daño que se causó, sino que se ayude a enfrentar las condiciones que dieron pie a que ese daño se efectuara, y de esa forma se previenen daños futuros. Podemos encontrarlo el concepto en palabras de la CIDH como: "el concepto de 'reparación integral' (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos de la violación que la produjo" (Nanclares y Gómez, 2017, p. 67).

Si bien encontramos que las palabras "reparación transformadora" existen en algunas normas colombianas, no se puede entender igual que la propuesta de Uprimmy y Saffon, puesto que las normas colombianas se encuentran atadas según las facultades que se le

entregan al Gobierno Nacional y siempre teniendo en cuenta que existe un marco de políticas públicas que buscan la prosperidad general de los colombianos. Es por esto por lo que la reparación integral se diferencia de la reparación que puedan tener las víctimas por medio de políticas públicas.

No obstante, es necesario una clara diferenciación entre la reparación como deber de los estados en relación con un daño ocasionado y los programas de cubrimiento masivo, ya que se ha dejado claro que los programas sociales que lleva a cabo el gobierno de Colombia son aparte de las reparaciones que deben obtener las víctimas del conflicto armado. En este punto se encuentra un gran problema, y es que muchas de las reparaciones que se tienen que dar son incuantificables; de poder contarse, corresponderían a cifras irrealizables. Se ubican tres caracterizaciones: reconocimiento, confianza cívica y solidaridad social. El reconocimiento hace referencia a la aceptación por parte del Estado que hay personas que sufrieron unos daños por su culpa. La confianza cívica es la forma como las víctimas perciben el compromiso que adquiere el Estado y los propios ciudadanos en restablecer relaciones de igualdad y respeto que se transgredieron con el daño. La solidaridad social es la capacidad que tienen unos individuos de ponerse en el lugar de otro, es el reconocimiento de las víctimas por parte de las personas tradicionalmente privilegiadas.

En Colombia se ha visto cómo es imposible realizar una reparación a muchas de las víctimas, ya que no es cuantificable, que, de serlo, desborda la capacidad del Estado para repararlas. Por tanto, la única solución es la política de la reparación, que consiste en un compromiso entre sociedad y Estado para crear una sociedad más justa e igualitaria para todos.

La reparación debe responder al impacto real del daño en la vida de la víctima, lo que conlleva a reintegrar el interés lesionado, compensar los perjuicios sufridos y proveer atención médica, social y psicológica; es cesar y garantizar la no repetición del daño (Nanclares y Gómez, 2017, p. 74).

Es por ello por lo que se propone la necesidad de asumir, como resultado del desarrollo histórico del concepto de reparación, una lectura de la "reparación en contexto", la cual hace referencia a acciones que puede tomar el Estado en cuanto a celeridad de los procesos, expedición de normatividad y celebración de convenios. Toman especial fuerza aquellas reparaciones no pecuniarias, pero se hace especial énfasis en no perder de vista el posible enriquecimiento o empobrecimiento de la víctima.

**Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas, el derecho a la reparación en escenarios de violación a los D.D.H.H. y al D.I.H.: antecedentes y aplicación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Africano de Derechos Humanos**

El 16 de diciembre de 2005 la Organización de Naciones Unidas emitió la Resolución 60/147 en la que se exponen los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". Allí se recordaron principios y directrices básicas en materia de derechos humanos, destacando "la obligación de respetar" las normas internacionales de D.D.H.H. y del D.I.H. y adoptando disposiciones internas en las que se cuentan el deber de investigar violaciones "de forma eficaz, rápida, completa e imparcial" (Naciones Unidas, 2007, p. 220), otorgar un acceso equitativo y efectivo de justicia a las víctimas y proporcionar recursos eficaces, incluyendo la reparación. Además, en la Resolución se describe la importancia que tienen las leyes nacionales de cada Estado en la aplicación de la prescripción, la cual no opera sobre violaciones a crímenes del derecho internacional y en "otros tipos de violaciones que no constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, incluida la prescripción de las acciones civiles y otros procedimientos, no deberían ser excesivamente restrictivas" (Naciones Unidas, 2007, p. 222).

En el numeral noveno de la Resolución, la "Reparación de los daños sufridos", se afirma que la reparación responde a escenarios de violaciones a las normas internacionales de

derechos humanos o a graves violaciones del D.I.H. con ocasión de la acción y/ u omisión de un Estado, lo cual genera la obligación internacional de reparar de forma "adecuada, efectiva y rápida" (Naciones Unidas, 2007, p. 223).

Los principios sobre los cuales se desarrolla la reparación son "restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición" (Naciones Unidas, 2007, p. 225). La restitución consiste, en caso de que sea posible, en "devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta" (Naciones Unidas, 2007, p. 225). Esta se ubica en escenarios de "restablecimiento de la libertad, el disfrute de derechos humanos, identidad, vida familiar y ciudadanía, regreso al lugar de residencia, reintegración del empleo y devolución de bienes" (Naciones Unidas, 2007, p. 225). La indemnización consiste en "el pago de perjuicios que económicamente hayan sido cuantificados por las violaciones a los derechos humanos y al D.I.H., de forma apropiada y proporcional" (Naciones Unidas, 2007, p. 225). Se enumeran a modo de ejemplo los siguientes perjuicios:

- a) El daño físico o mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) Los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales. (Naciones Unidas, 2007, p. 225).

La rehabilitación consiste en la atención "médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales" (Naciones Unidas, 2007, p. 225) que requiera la víctima. La satisfacción comprende (de acuerdo con cada caso) las siguientes medidas:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de

las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles. (Naciones Unidas, 2007, pp. 225-226).

Las garantías de no repetición tienen por objeto que no se repita la violación a las normas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por lo que buscarán la prevención de la repetición de la situación que ocasionó el daño; de acuerdo a cada caso, deben atender a las siguientes medidas:

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) La promoción de la observancia de

los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan. (Naciones Unidas, 2007, pp. 226-227).

Esta Resolución tiene como antecedentes "Las directrices de Van Boven 1997. Revisión de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a obtener reparación" (ONU E/CN.4/1997/104). Allí se afirma que los estados tienen la obligación de reparar en escenarios en que se han propiciado violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; además, debe buscar "soluciones de justicia" y eliminar las consecuencias de los perjuicios padecidos, evitando nuevas violaciones. Allí se ubican los principios de reparación: "restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición" (Van Boven, 2007, p. 316). En las directrices también se registra la obligación de publicidad que tienen los estados para dar a conocer "los procedimientos disponibles para reclamar reparación" (Van Boven, 2007, p. 316). La reparación se aplica tanto individual como colectivamente, aplicable a las víctimas, parientes cercanos y personas a cargo de la víctima; la prescripción "no será aplicable durante los períodos en los cuales no funcionen recursos eficaces ante violaciones de derechos humanos o del derecho humanitario internacional" (Van Boven, 2007, p. 316).

Otro antecedente importante de dicha Resolución son las denominadas "Las directrices de Joinet" de 1996, que tratan la cuestión de la impunidad de los autores de "violaciones de los

derechos humanos (derechos civiles y políticos)" (Joinet, 2007, p. 69), expresadas en la Resolución 1996/119 de la Subcomisión (ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1). Allí se ubican los principios del derecho a la reparación: la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, cuya definición y alcance fue descrito anteriormente.

Finalmente, a modo de antecedentes, se destacan "Las directrices Bassiouni" de 1999 (ONU E/CN.4/1999/65) y 2000 (ONU E/CN.4/2000/62) sobre el "derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (Bassiouni, 2007a, 2007b). En la primera directriz se hace una comparación entre la propuesta de Joinet y Van Bonet, a fin de determinar elementos que en el derecho internacional requieren resolverse para dar una mayor precisión y concordancia con lo que implica el derecho a la reparación. Mientras que en la segunda se describe la propuesta de Bassiouni sobre la reparación. En ella se argumenta la importancia de plantear la proporcionalidad entre el daño y la reparación y la obligación que tiene el Estado de reparar, en caso de que haya sido su responsabilidad, y de proveer el cumplimiento de la reparación, en el caso de que la responsabilidad fuese de un tercero. Aparecen nuevamente los principios que debe atender la reparación "la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición" (Bassiouni, 2007a, p. 335), así como la aplicación del principio de no discriminación a lo largo de los procesos de reparación "por motivos de raza, color, género, orientación sexual, edad, idioma, religión, creencia política o religiosa, origen nacional, étnico o social, situación económica, nacimiento, situación familiar o de otra índole o impedimento físico" (Bassiouni, 2007b, p. 369).

La aplicación de estas directrices y principios observados en estas resoluciones en materia del derecho a la reparación, a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ha ocurrido dentro de los distintos sistemas de derechos humanos que reconocen las funciones de la Naciones Unidas e integran y actualizan estas disposiciones en la práctica jurídica, como el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del

## Sistema Africano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la reparación desde una perspectiva universal, asumido en el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969):

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. 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 las 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.

Esto se ha ubicado en la jurisprudencia al buscar la reparación del daño mediante los principios de la reparación "restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición", lo cual tendrá un desarrollo más específico atendiendo a las necesidades y variables del caso de estudio en el siguiente capítulo. Bajo esta perspectiva se ha adoptado un enfoque en el que la reparación permite la participación de las víctimas en el diseño y orientación de la reparación, atendiendo a las necesidades de cada caso. Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) manifestó la importancia de entender la reparación de una forma "diferencial, preferencial e integral. Medidas que no pueden confundirse con la asistencia humanitaria y satisfacción de otras necesidades por parte del Estado" (Nanclares y Gómez, 2017, p. 66).

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se caracteriza por tener derechos individuales y colectivos de forma simultánea, resultado de las ideologías políticas socialistas que existían en estados como Mozambique al momento de su promulgación y

aprobación el 27 de junio de 1981 en Nairobi, Kenya. Esta Carta Africana tiene como eje la promoción de los derechos humanos y de los pueblos, garantizando su protección en África. No obstante, esta Carta no incluye de forma expresa el derecho a la reparación de las víctimas. Esto ha implicado que las primeras sentencias no desarrollaran tal derecho, por lo que la determinación y caracterización de la reparación se ajustó a cada caso especial en conformidad con la solicitud de los peticionarios.

Actualmente, la reparación no figura como un tema destacado en la agenda de la Comisión. Sigue habiendo lagunas entre su jurisprudencia y las normas internacionales, como las que se reflejan en los Principios y directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho a un remedio y reparación para las víctimas de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario de 2005 ('UN Basic Principios y Directrices '), los Principios de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a un remedio y reparación ('Principios de Nairobi ') de 2007, y el Comentario General No. 3 del Comité contra la Tortura: Implementación del Artículo 14 por los Estados Partes ('General Comentario No.3 ') adoptado en diciembre de 2012 (Abashidze, Kiburia y Solntsev, 2016, pp. 3-4).

Lo anterior se ha visto a lo largo del desarrollo jurisprudencial en casos como el de un fallo de abril de 1994, en el que se llevó a cabo un juicio en relación con "secuestro, arresto y malos tratos" a activistas de la oposición en Malawi. La Comisión aludió a la importancia de la reparación de estos abusos por parte del Estado, el cual, a la final, no estimó ninguna medida para reparar a las víctimas. En diciembre de 2011 se desarrolló un caso de cuatro víctimas de agresión sexual (ocasionada por la policía antidisturbios) contra Egipto, en el que la Comisión, dentro de las medidas, solicitó al Estado un valor por compensación en relación con la solicitud de las víctimas. El fallo de la Comisión, sin embargo, reconoció parcialmente el derecho a la reparación, destacando las garantías de no repetición. De esta manera, a partir de la Comisión hay una práctica de creación evolutiva del reconocimiento y los principios internacionales que

determinan el derecho a la reparación.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 ("Carta Africana" o "CADHP") no contiene un artículo específico sobre la obligación de los Estados de pagar la reparación en caso de alcanzar los derechos consagrados en la Carta. Sin embargo, esto no significa que el derecho a la reparación de las víctimas no esté reconocido en la Carta. El artículo 1 de la Carta obliga a los Estados partes a "reconocer los derechos, deberes y libertades consagrados en la Carta y ... a adoptar medidas legislativas u otras medidas para hacerlos efectivos". El artículo 7 (1) (a) establece que cada individuo tendrá el derecho a que se escuche su causa, incluido "el derecho a recurrir ante los órganos nacionales competentes contra actos de violación de sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las condenas, leyes, reglamentos y costumbres vigentes". La Comisión Africana ha interpretado el artículo 7 (1) incluir el derecho de las víctimas a un recurso, señalando: [L] a protección que brinda el Artículo 7 no se limita a la protección de los derechos de las personas arrestadas y detenidas, sino que abarca los derechos de cada individuo a acceder a los órganos judiciales competentes para que se escuchen sus causas y se les otorgue un alivio adecuado. (Abashidze, Kiburia y Solntsev, 2016, p. 14).

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dentro de sus obligaciones tiene la función explícita de ordenar el derecho a la reparación en casos en los que alguno de los estados haya violado la Carta Africana, casos que son presentados por la Comisión o por individuos particulares. La Corte ha incluido los principios sobre la reparación determinados por la "Corte Permanente de Justicia Internacional (PCIJ) en 1928", así como la adopción de los principios y directrices sobre el derecho a la reparación determinada por la Organización de Naciones Unidas en el 2005. "Si la Corte considera que se ha producido una violación de un derecho humano o de un derecho de los pueblos, dictará las órdenes oportunas para remediar la violación, incluido el pago de una indemnización o reparación justa" (Protocol to the African

Charter, 1998, art. 27).

De esta forma, es posible apreciar el desarrollo y la obligatoriedad que tiene el derecho a la reparación bajo los parámetros, directrices y orientaciones fijadas por Naciones Unidas en 2005, los cuales han permitido y gestionado su aplicación bajo estándares comunes en el Sistema Interamericano y en el Sistema Africano, atendiendo a los escenarios particulares y posibilidades de cada Sistema y cada Estado.

### **El derecho a la reparación en Colombia en contextos de conflicto armado, conflictos socioambientales y grupos étnicos**

De acuerdo con la definición, historia y caracterización teórica y jurídica del derecho a la reparación en escenarios de violaciones a los derechos humanos desde una perspectiva universal, interamericana y africana, es necesario atender a este derecho desde la aplicación de los principios que la reparación requiere: "restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición", de forma contextualizada y atendiendo a las variables específicas de cada caso.

En el caso de estudio de esta tesis, aspersión aérea con glifosato en la comunidad de San Marcos, Buenaventura, es importante atender, en lo concerniente a la reparación, que el daño producido por la aspersión se produjo en un contexto en el que operó la acción del Estado colombiano: ejecutó indiscriminadamente la fumigación sobre cultivos ilícitos, y resultó afectando a comunidades y cultivos lícitos. Otra variable que se suma al caso es que la comunidad afectada es un grupo étnico con un territorio perteneciente a él. Los daños caracterizados por la narrativa de los miembros de la comunidad integran elementos que afectaron el ecosistema, la agricultura, la subsistencia económica de las comunidades, así como la salud, la cultura y la vida en el territorio. Los daños propiciaron el desplazamiento de comunidades negras, cuya propiedad colectiva e identidad había sido reconocida previamente bajo la Ley 70 de 1993, que les otorga una protección especial.

Bajo esta caracterización, en este apartado se propone desarrollar los antecedentes

teóricos contruidos sobre la aplicación del derecho a la reparación en Colombia desde los principios reconocidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que integra el bloque de constitucionalidad en Colombia desde el artículo 93. Hay que comprender, entonces, el contexto del conflicto armado en el que se produjeron los daños objeto de reparación, así como el escenario de conflictos socioambientales que demuestra el caso, en la medida que gran parte de los requerimientos de reparación que tiene la comunidad se derivan de afectaciones a la vida comunitaria y al medio ambiente relacionadas a la posibilidad de subsistencia en los territorios ancestrales.

### **El derecho a la reparación en conflictos socioambientales: aportes del Sistema Interamericano para el caso colombiano**

La reparación bajo el paradigma internacional de los derechos humanos, concretamente desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en Colombia, ha sido estudiada por Margarita Cárdenas Poveda e Ingrid Suárez Osma (2014) en su obra titulada “Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano”. Las autoras argumentan que el Consejo de Estado colombiano ha aplicado en su jurisprudencia los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en materia de reparación. Cárdenas y Suárez inician su texto evidenciando los estándares internacionales expuestos por la CIDH y el alcance de aplicabilidad de cada uno de ellos; así mismo, analizan la jurisprudencia del máximo tribunal administrativo, mostrando cómo aquella, en numerosas ocasiones, ha ordenado al Estado Colombiano reparar a las víctimas por los daños causados, producto de las violaciones de sus derechos humanos. En el texto se aprecian los esfuerzos que ha hecho el Consejo de Estado para alcanzar una reparación integral a las víctimas, que no se queden con una mera indemnización económica, sino que también alcancen una real y efectiva reparación, iniciando así un control de convencionalidad en materia de reparación por parte de esta corporación.

En el texto se muestra el fenómeno de la reparación desde sus diferentes formas de materialización: (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) satisfacción, (iv) garantías de no repetición y (v) rehabilitación. Las garantías de no repetición se describen como una manifestación de los deberes generales de los Estados, relativos a la obligación de adecuar el ordenamiento interno a los términos consistentes en ofrecer medidas de seguridad y garantía de que el ilícito no volverá a ocurrir.

Las garantías de no repetición son una manifestación de los deberes generales de los Estados contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, este último relativo al deber de adecuar el ordenamiento interno a los términos de la Convención. Es una de las consecuencias que surgen del incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado, consistente en ofrecer medidas de seguridad y garantía de que el ilícito no volverá a ocurrir. (Cárdenas y Suárez, 2014, p. 39).

La aplicación del derecho de las víctimas resulta ser de gran relevancia para reconstruir las profundas heridas que el conflicto ha dejado tiempo atrás. Es por esto por lo que el Estado debe seguir tomando la batuta y aumentar los esfuerzos encaminados a realizar una efectiva reparación integral en las víctimas, en aras de intentar dejar en el pasado las manchas del conflicto armado.

Martin Beristain (2007) afirma que la reparación es un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos de las personas afectadas por los distintos grupos de violaciones. La remediación ambiental es un tipo de reparación que no contempla los derechos de las personas, es un tipo de derechos propiamente de la naturaleza. En casos de daño ambiental, las medidas de reparación que se deben integrar son: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Estas últimas buscan que las relaciones de los hechos no se sigan produciendo en otros casos, e incluyen informes judiciales para hacer efectiva la sanción. Martin muestra que para reparar de manera íntegra y garantizar la no repetición es necesario distinguir los "conflictos socio ambientales",

que tienen respuestas negativas como la invisibilización, la minimización, la criminalización y la judicialización. Es de suma importancia entender que existen muchas maneras de iniciar las acciones de tipos tutelables, administrativas y hasta penales cuando se trata de daño emergente y lucro cesante. Por lo anterior, es ineludible pensar la reparación en estos escenarios bajo la búsqueda primordial del respeto a la colectividad y, en casos de grupos étnicos, el reconocimiento de las formas de vida propias de cada comunidad. Para ello, es preciso crear una jurisprudencia exclusiva que contenga la suficiente argumentación para defender este tipo de daño y violación a los derechos humanos.

Así mismo, es necesario atender a las formas de reparación y las medidas administrativas y legislativas integrando los derechos reconocidos en el Convenio de la 169 de la OIT, pues las comunidades siempre están en una desventaja frente al poder empresarial político o social. Las comunidades, además del daño que sufren con la violación al entorno donde se irrumpen con sus maneras de vida, son afectadas cuando se pretende cambiar y desaparecer su cultura, arraigo y costumbres.

En estos tipos de reparación es importante crear garantías jurídicas verdaderas de no repetición, en las que se respete la ecología, el medio ambiente y el ecosistema; se evalúen las medidas de salud de la colectividad; se haga un censo serio frente a los habitantes (muchas de las comunidades ni siquiera son registradas); se cuantifiquen los daños no solamente de manera monetaria, sino también cultural, y, sobre todo, se conserve la cultura de estos pueblos, los cuales tienden a desaparecer porque se “aculturizan” cuando son interrumpidas por las empresas.

Es importante advertir que en el derecho a la reparación en escenarios de conflictos socioambientales en el que la comunidad es un grupo étnico se integra la consulta Previa como un derecho. Este hace parte del derecho a la reparación desde las garantías de no repetición en la medida que estas permiten reconocer la diversidad étnica y autonomía de los grupos, desde una perspectiva participativa, necesaria para construir una reparación acorde con su

identidad. De esta manera, la reparación en general, desde una perspectiva occidental, no termina de amenazar un proceso de resarcimiento de los daños, pues puede generar nuevos daños sobre la identidad étnica. Para ello, advierte Martin (2007), es preciso que se hagan los procesos de consulta Previa en un largo plazo, pues es de esa forma que se podrá identificar a la comunidad en específico, individualizarse y, con ello, mitigarse los daños ocasionados, al punto en que se restituya el estado de las cosas anterior.

Martin (2007) muestra el caso de la represa de Anchicayá en el que, por más de 40 años, la empresa Chidral-EPISA explotó energía de las fuentes hídricas del río Anchicayá, en cuyas riveras las comunidades étnicas han estado asentadas. A lo largo de esa explotación, el acuatamiento de los sedimentos del lodo destruyó en un 80% el ecosistema de la vida, la caza, y la pesca, así como la biodiversidad de las especies. A pesar de un fallo de segunda instancia, después de más de 15 años aún dicho proceso se encuentra en los despachos del Consejo de Estado. En cuanto a la individualización de esta comunidad, no se habla al respecto, solamente se habla de los grupos indígenas que habitan en este lugar.

Martin (2007) resalta que el glifosato afecta directamente a las comunidades. Hay muchos casos, como el de Arica (Chile), la Propicia (Ecuador) o las fumigaciones en las fronteras entre Colombia y Ecuador. Existen muchas circunstancias que llevan a buscar la reparación, la cual puede hacerse en conjunto o por separado, por vía civil, constitucional y hasta penal, por daños y perjuicios contra las personas responsables de estos daños. La comunidad se describe como una comunidad especial que vive en un entorno diferente y tiene una cultura arraigada a su territorio, en el que le da una gran importancia a la naturaleza y a la tierra. En la mayoría de los casos, es más importante la preservación del ecosistema que una indemnización monetaria como mecanismo de reparación.

El caso Chixoy hace referencia a unas comunidades afectadas por la construcción de una hidroeléctrica, a las cuales, a pesar de haber luchado más de 20 años para conseguir una reparación justa y adecuada, el sistema de justicia nunca dio una respuesta ni tampoco

estableció un recurso efectivo. Estas comunidades acudieron a la Organización de los Estados Americanos (OEA). Por su parte, el caso de Carrizalillo (México), dado que se hace muy difícil la reparación, ya que no existe jurisprudencia, se hace importante la participación de la población afectada. Es fundamental la experiencia de las poblaciones afectadas en la fase de la reparación, pues pueden ser tenidas en consideración en la construcción de una agenda de reparación en los casos ambientales, por ejemplo, en el caso de Colombia de la demanda de las comunidades negras de Anchicayá. Sobre este caso, se sacaron grupos de expertos sabios de la población para cuantificar las especies afectadas; esto permite acuerdos entre las partes de cómo quieren construir, decidir o invertir en obras que posibiliten otra forma de reparación.

Este trabajo muestra cómo las comunidades étnicas e indígenas, por tratarse de ser las mismas vulnerables en todos los aspectos frente a las empresas macros y frente a la misma maquinaria estatal, merecen un foco de atención con un trato definitivamente diferencial que permita el respeto no solamente a la vida en relación, sino también la reparación de las costumbres, la naturaleza, el ecosistema, el cuidado del agua y a tener una vida digna. A lo largo y ancho de la lectura se puede observar que cuando suceden este tipo de violaciones, en muchas ocasiones, para estas comunidades los derechos humanos frente a la vida en relación, al manejo de los expedientes, la forma de reclamación de sus derechos, al espacio legal y al acceso a la justicia tienen muchas trabas; se podría incluso afirmar que, llenas de mala fe, incurren en importantes afectaciones a comunidades vulnerables. En Martín (2007) se registra un patrón mayoritario sobre la ejecución de estos daños por empresas petroleras como Texaco en el Ecuador y entre los Emberas en el Perú.

### **El derecho a la reparación en Colombia en contextos de conflicto armado, pobreza y exclusión: el caso del glifosato**

Vásquez Florián (2016) muestra la forma en que el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en escenarios de cultivos ilícitos con glifosato, y cómo estos en muchas ocasiones afectan los cultivos de pan coger que tienen la

comunidad. La autora explica cómo Colombia ha avanzado en el régimen de responsabilidad patrimonial por medio de fases. En la primera podemos ver cómo la obligación de indemnizar se encontraba en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*. En la segunda fase se encuentra una responsabilidad patrimonial directa, es decir, de naturaleza subjetiva, con la cual se fortaleció la órbita jurisprudencial, ya que se buscaba desligar las normas del código civil de la responsabilidad estatal. Gracias a este proceso, el autor llega a la falla del servicio que se basaba en la Constitución del 86; analiza tres elementos: 1. una falta o falla del servicio, 2. Un daño y 3. una relación de causalidad.

Vásquez (2016) muestra otro enfoque de responsabilidad, la responsabilidad objetiva: el actor es el que debe demostrar que ha sufrido un hecho dañoso y que este tiene un nexo de causalidad con el Estado. Aquí la autora también hace un análisis de las actividades peligrosas, y afirma que el caso fortuito no es ajeno a la esfera de acción, por lo que el Estado debe repararlo. La autora hace énfasis en que “frente a la responsabilidad patrimonial del Estado, su origen fue evidentemente jurisprudencial” (p. 8).

En 2000 aparece un concepto importante: si bien el daño se predica, es el Estado quien debe tener en cuenta que estas afectaciones pudieron ser causadas por una acción y omisión de sus funcionarios; en estos casos se estaría frente a la culpa o falla presunta. A pesar de que el culpable real es el funcionario, el afectado debe presentar su reclamación ante el Estado, el cual posteriormente efectuará una repetición en contra del funcionario. Ya para 2014 la sala tercera plantea la tipología del daño antijurídico en el marco de las afectaciones ambientales:

Los daños colectivos sobre el ambiente o daño ambiental puro que se presentan a una colectividad y no a un sujeto específico la vía procesal para obtener la indemnización respectiva es la acción popular. Los daños individuales por lesión ambiental o daño ambiental impuro son el reflejo de la lesión ambiental colectiva, en estos casos la vía procesal es la acción de grupo y la ordinaria de reparación directa, cuando hay un solo

demandante. (Vásquez, 2016, p. 16).

Para que el Estado se exonere de responsabilidad debe probar una de las causas eximientes (fuerza mayor, hecho exclusivo y de un tercero). Finalmente, Vásquez (2016) concluye explicando la importancia de asumir la disposición del 15 de mayo de 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes de ordenar suspender las aspersiones con glifosato "debido a los posibles efectos y riesgos para la salud de los humanos" (Vásquez, 2016, p. 2), siendo un aporte importante para empezar a pensar la necesidad de reparar los daños ocasionados que no solo afectan la salud de las personas, sino también los territorios que sufrieron aspersión aérea en Colombia. Por ello, es importante plantear una lectura de la reparación por el uso de estos químicos bajo un contexto de conflicto armados que afectó principalmente a comunidades vulnerables que viven en un contexto de pobreza y exclusión. De acuerdo con Catalina Díaz Gómez, Nelson Camilo Sánchez y Rodrigo Uprimny (2009), estas variables hacen alusión al complejo proceso de reparación de las víctimas del conflicto armado colombiano.

Díaz, Sánchez y Uprimny (2009) mencionan que para alcanzar los retos ineludibles para garantizar la efectiva reparación en Colombia a las víctimas de violaciones manifiestas a los derechos humanos es necesaria la implementación de la reparación como un derecho que aún sigue siendo, para la mayoría de las víctimas, una promesa sin cumplir. Si bien existen acuerdos, no hay medidas concretas destinadas al cumplimiento del deber de reparación.

Los autores establecen ciertos deberes éticos y jurídicos del Estado en materia de reparación. Entre ellos está el deber de la satisfacción plena del derecho a la reparación, segundo, el deber del uso de las instancias judiciales y administrativas para garantizar la reparación efectiva y el deber de crear políticas públicas destinadas a la restitución de los bienes y tierras que han sido arrebatadas por los actores armados.

Por último, Díaz, Sánchez y Uprimny (2009) comentan acerca de la necesidad de realizar una distinción entre las diferentes prácticas de reparación, tales como (i) el

esclarecimiento de la verdad (ii) la construcción de la memoria y (iii) la responsabilización moral y penal de quienes cometieron los crímenes, así como de quienes los auspiciaron y promovieron. Dicha distinción va encaminada a entender las diferentes percepciones de las víctimas, entendiendo la necesidad de articular las diversas modalidades de reparación dependiendo de las distintas experiencias, en aras de alcanzar procesos reparatorios exitosos.

La tarea de reparar a las víctimas debe tener una articulación adecuada, en la que se promueva la participación efectiva de las víctimas y el Estado. Este dialogo facilitará en gran medida las iniciativas de reparación integral, en consonancia con la oportunidad de reconstruir lazos de confianza entre Estado y víctimas, a la vez que se va generando un fuerte tejido social:

Los esfuerzos de reparación deben buscar una mejor articulación entre las políticas y discursos nacionales con las iniciativas locales. Asimismo, los formuladores de política pública –en todos los niveles- deben tener una mayor receptividad de las propuestas y percepciones de las víctimas y sus organizaciones. La puesta en marcha de iniciativas de reparaciones que incluyan debidamente a los gobiernos locales constituyen una oportunidad para reconstruir (a veces construir de cero) lazos de confianza cívica entre las comunidades víctimas y el Estado local. (Díaz, Sánchez y Uprimny, 2009, p. 22).

De acuerdo con esta propuesta, para alcanzar la efectiva reparación integral a las víctimas es necesario lograr una concertación participativa entre el Estado y las víctimas de los hechos violatorios de derechos, que permita la formulación de propuestas, cada una con su diferente enfoque, teniendo en cuenta las particularidades de cada contexto. Logrado dicho punto, se debe comenzar con los procesos de reparación no solo desde el sentido sustitutivo (en el que se retrotrae a la víctima a su estado original), sino también desde el aspecto redistributivo que en últimas es con el que se empieza una verdadera justicia social y un proceso reconciliatorio.

Germán Vallejo Almeida (2018) muestra la importancia que tiene el derecho a la

consulta previa en el caso de las reparaciones con enfoque étnico en casos de aspersión aérea con glifosato:

Las comunidades son las que conocen en realidad cuáles son los daños que han sufrido y, por ende, se les debe consultar sobre las medidas que podrían ser efectivas para restablecer el equilibrio, la armonía o la reproducción de sus sistemas culturales con autonomía. (Vallejo, 2018, p. 136).

El autor expresa que el derecho a la consulta previa tiene unas bases constitucionales en Colombia y cómo se ha aplicado cada vez más a las comunidades étnicas de Colombia tomando aspectos en cuenta tales como la importancia que tienen los espacios para las comunidades. Este reconocimiento parte desde la Constitución, en la que se reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, además del principio de autodeterminación de los pueblos. Desde la Sentencia de unificación SU-039 de 1997 la Corte Constitucional precisó el carácter de derecho fundamental de la consulta previa. Se han establecido, por lo tanto, unos parámetros para saber cuándo un programa o proyecto es susceptible de afectar a estas comunidades: primero, que el proyecto, en alguna de sus materias, involucre al pueblo en específico y, segundo, que sea una medida administrativa o legislativa causante de una afectación directa a la comunidad.

La consulta previa ha avanzado, pasando de ser reconocido como un derecho fundamental a tener cada vez más criterios de aplicación y, finalmente, incorporar el consentimiento libre e informado de las comunidades.

Un criterio para definir qué se entiende como afectación directa a la comunidad es que las medidas (legislativas y administrativas), los proyectos, obras o actividades se realizan dentro de territorios de grupos étnicos, teniendo incidencias en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. La Corte sintetizó dichos criterios: cuando la norma que se refiere a los pueblos indígenas o tribales pesa más en él que en resto de la población; cuando se relaciona con las tierras, territorios o condiciones de trabajo; cuando las medidas a implementar

guarden estrecha relación con la identidad étnica y cultural de los pueblos.

Vallejo (2018) habla de la Sentencia SU- 383 de 2003, un caso (que trata de la Opiac) que evidencia las implicaciones del glifosato en comunidades étnicas y en el que la Corte Constitucional mostró la vulneración de una serie de derechos en cuanto a la fumigación de cultivos ilícitos en territorios del grupo étnico afectado, sin haber llevado a cabo la consulta Previa. La Corte confirmó la necesidad de efectuar una consulta previa, debido a la afectación directa; pero advirtió que las afectaciones directas se presentaron no solo por la carencia de un proceso adecuado de la consulta previa, sino por las graves afectaciones encontradas en y relacionadas con la seguridad alimentaria, salud, ambiente, cultura y tradición. Estas, a su vez, se encontraron como causas de desplazamiento.

### **El derecho a la reparación de grupos étnicos en Colombia**

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido de manera progresiva la existencia de un derecho objetivo a favor de las víctimas de violación de Derechos Humanos. Lozano-Acosta (2010) propone sondear las responsabilidades de vinculación conceptual entre valoración del daño ambiental y los esfuerzos de reparación colectiva como una medida de justicia funcional.

El derecho a la reparación integral tiene un fundamento constitucional en el fin esencial del Estado. Es por ello por lo que, con esperanza en estas normas constitucionales, cientos de víctimas en Colombia esperan por la satisfacción de sus derechos a la reparación integral con arreglo a este precedente constitucional. Luego, en cuanto a las medidas de reparación en comunidades étnicas con respecto al medio ambiente, se deben incorporar modalidades de empoderamiento étnico sobre los recursos naturales.

En Colombia los pueblos indígenas y afrodescendientes han sido reconocidos como sujetos con integridad colectiva, titulares de derechos colectivos y destinatarios de especial protección. Sus derechos en los territorios colectivos comprenden una participación en su utilización, administración y conservación. Sin embargo, en el universo de víctimas

colombianas, estas comunidades sobresalen como un sector poblacional altamente vulnerable y empobrecido.

Existe una relación estrecha entre empobrecimiento y obstaculización del desarrollo autóctono, debido a las guerras, la disputa violenta por los territorios y el control estratégico de estos territorios colectivos, que son tomados como corredores estratégicos y, en especial, como fuentes de recursos naturales con una relevancia económica. Estas medidas de reparación colectivas deben partir de que el conflicto armado y la exclusión social han impedido el ejercicio efectivo de los derechos de las comunidades étnicas sobre los recursos naturales en sus territorios étnicos.

Los programas de reparación colectiva constituyen un modo facultativo de cumplir el deber de reparar graves violaciones a los derechos humanos conforme al derecho internacional. Esta regulación se expresa en dos dimensiones fundamentales del derecho: (i) la sustancial, que se refiere a los componentes clásicos de indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición y (ii) la procedimental, que está asociada a la figura del recurso efectivo. Las puestas en marcha de estos programas deben cumplir o por lo menos proponerse satisfacer estos componentes.

En cuanto a las medidas de distribución de beneficios, sus destinatarios, a través de programas administrativos de reparación, pueden clasificarse en individuales o colectivos. Los primeros hacen referencia a las víctimas de violaciones de derechos humanos de manera individual y los segundos a las víctimas de violaciones de derechos humanos colectivos. Ante la escasez de recursos, los medios económicos deberán disponerse para iniciativas de inversión social y una redistribución que fomenten un percance que vaya más allá del universo restringido de las víctimas.

Una segunda lectura del concepto de reparación colectiva sostiene que se trata de la focalización de beneficios en zonas geográficas con altos niveles de afectación por cuenta de las violaciones. Una tercera aproximación de reparación colectiva entiende por tal “la

reparación de vida a sujetos colectivos víctimas”, es decir, a grupos de personas que comparten no solo como individuos, sino como un proyecto de identidad común, los cuales han sufrido daños de naturaleza colectiva productos de violaciones graves a sus derechos humanos. A través de esta lectura se observan los puntos fuertes de la subjetividad colectiva y el carácter “compartido” como requisito primordial de la modalidad de reparación.

Las definiciones de reparaciones colectivas jamás están exentas de factores de identificación, lo que representa un reto para las políticas públicas. Por eso es importante la credibilidad y transparencia en aras de que la identidad colectiva sea equivalente. Por otro lado, hay comunidades que no cuentan con una identidad colectiva en cuanto a cultura y etnia, pero sufrieron un daño. La instrucción normativa es una cuestión fundamental entre las obligaciones ordinarias del estado, y en las reparaciones colectivas en muchos casos son las propias víctimas quienes confunden las individuales de las colectivas. Para una adecuada diferenciación de ambas pasaría por las reparaciones colectivas como un proceso.

Una salida práctica o efectiva de esta situación sería realizar una focalización agresiva de esfuerzos de inversión social con el fin de incrementar la capacidad de atención de las víctimas y combatir la ignorancia causada por la pobreza. Es necesario que el plan de reparaciones colectivas efectúe un acto de reconocimiento de las obligaciones del Estado que no permita que la responsabilidad del Estado se equivoque.

Por otro lado, los programas de reparaciones colectivas adoptan responder a periodos relativamente acortados de guerra y violaciones. No obstante, algunos enfoques de las reparaciones se han trazado objetivos muchos más ambiciosos en lo que se refieren al contexto de exclusión histórico en justicia.

El acumulado del sistema de reparación colectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ofrece una serie de diferencias para la definición de instrumentos judiciales. Uno de estos es el reconocimiento constitucional a las comunidades negras e indígenas, como punto de partida realmente objetivo para definir lo que debería ser sujeto de

reparación colectiva. Todo el reconocimiento jurídico no debería ser utilizado como un mecanismo de exclusión de comunidades que no cuentan con él; así mismo, es necesario que la identidad colectiva se demuestre y no se presuma, debido a que esto podría conllevar a rechazos por parte de las víctimas, cuyos beneficiarios no pertenecen a la colectividad.

En los programas de reparación colectiva se debe tener claro cuándo se está frente a un sujeto colectivo que debería ser considerado como víctima, para efecto de los beneficios que se pretenden ofertar. Los esfuerzos de reparación colectiva deben definir los sujetos colectivos que sean entendidos como víctimas. Existen ciertos grupos humanos que, si bien no cuentan con una identidad colectiva, en el sentido estrecho comparten unos aspectos en común que los hacen razonables para medidas de reparación que van más allá de lo individual.

Para la determinación de las violaciones y los daños objeto de la reparación colectiva, se ha construido un esquema comúnmente aceptado para la clasificación de las violaciones de reparaciones colectivas. Este consiste en "violaciones de derecho individual", integradas por un sujeto colectivo en forma sistemática o masiva, "violaciones a derechos individuales de integrantes de la comunidad", con un impacto sobre el sujeto colectivo, y "violaciones a sujetos colectivos propiamente dichos".

La violación individual sobre sujeto colectivo, que es sistemática, tiene efecto sobre la continuidad de la supervivencia de la cultura y la existencia del grupo, que incluso puede estar en exterminio. Se enlistan en esta categoría los desplazamientos forzados, la desaparición forzada y la violencia sexual. En el derecho a los pueblos indígenas y tribales a la consideración adecuada de las costumbres o el derecho consuetudinario se propone la conservación de los usos y tradiciones. El derecho al territorio se desprende del artículo 14 del convenio 109 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Frente a los perjuicios que pueden percibirse por medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas en cuanto a lo constitucional se basa, de un lado, en los principios de

reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de participación democrática. El análisis de los daños colectivos es importante para los programas de reparaciones a pesar de que estos no proponen la comprobación estricta de los perjuicios. La importancia radica en dos razones, primero porque la subjetividad es necesaria para la valoración del sujeto colectivo como víctima y la segunda porque las posibilidades de éxito de los programas se incrementan notablemente si son consistentes con los impactos de la violencia.

En el diseño de las medidas de reparación colectiva el componente más importante en esta etapa es la participación de los beneficiarios, porque el empoderamiento de las comunidades propicia la apropiación y, por tanto, las posibilidades de éxito del programa. Este componente establece un filtro para la adopción de las medidas más pertinentes e incrementa la coherencia con los daños y las violaciones a reparar.

### **El derecho a la reparación de grupos étnicos en Colombia en el caso de daños ambientales**

En el caso del daño ambiental generado sobre territorios de comunidades indígenas y afrodescendientes, Lozano-Acosta (2010) muestra que es importante asumir que las comunidades étnicas colombianas son especialmente vulnerables frente a los efectos del conflicto armado, en particular del desplazamiento forzado. Los procesos de afectación van desde las operaciones militares hasta otros procesos bélicos desplegados por los distintos actores armados, procesos territoriales y socioeconómicos perjudiciales y conexos a la guerra; o que sin tener medios con ella se ven exacerbados por su causa hasta las actuaciones del Estado.

Finalmente, el artículo de Lozano-Acosta (2010) suministra elementos para la configuración de criterios que podrían ser útiles para la valoración del daño en los programas colectivos de reparación, tales como herramientas de justicia transicional. Estos criterios nos pueden servir como adopción de decisiones de los responsables. Por otro lado, los programas de reparación colectiva para etnias no deberían sustituir la política ambiental, sino, más bien,

articularse con ella sin perder su identidad, así que la medida del éxito depende de tales programas.

El primer criterio posible para la valoración del daño ambiental en programas de reparación colectiva es la equidad. El segundo responde a la descripción de las variables naturales de los ecosistemas, como bienes a proteger jurídicamente a través de esfuerzos de programas administrativos de reparación. El tercero es el uso del principio de precaución en las medidas de reparación, el cual se basa en las medidas de certeza acerca del potencial dañino de una actividad humana sobre el ambiente, por lo que es razón suficiente para no permitirla. El cuarto criterio corresponde al respeto por la capacidad de carga de los ecosistemas, como valoración del perjuicio ambiental, que debe tener en cuenta los límites ecológicos de carga en acciones como la restitución de tierras. El quinto es el criterio de distribución ecológica, que permitiría corregir los efectos de actividades agroindustriales en los territorios étnicos durante su usurpación, con lo cual se podrían lograr acciones de saneamiento ambiental y descontaminación de terrenos en los territorios colectivos.

### **Afro-reparaciones**

Al momento de plantear una reparación con enfoque étnico desde las comunidades afrodescendientes, desde la categoría de *afro-reparaciones* es importante partir de la historia que ha tenido la lucha afrodescendiente en cuanto al destierro sistemático al que han estado sometidos históricamente, y en la que se señalan aspectos como la esclavitud y el despojo. Arboleda (2016) plantea la necesidad de pensar en un enfoque social y económico, teniendo en cuenta que los destierros de los cuales han sido objeto las comunidades afro, especialmente en Colombia, han sido guiados por una “lógica capitalista” que se expresa en la vida en el Pacífico colombiano.

A lo largo de la historia colombiana, han sido los indígenas y afrocolombianos quienes han sufrido en mayor medida el desplazamiento, destierro o migración. Lo anterior conlleva a evaluar, dentro del contexto de las ciencias sociales, las nociones de “migración”, término que

se emplea para quienes van de un lugar a otro por razones económicas. “Desplazamiento”, que encaja dentro del desplazamiento forzado, se emplea sin tener en cuenta aspectos diferenciadores. “Destierro” se enmarca dentro de la condición histórica de la esclavización de los africanos.

Lozano y Peñaranda (2017) plantean el problema de la discriminación racial en un contexto económico y social que no reconoce las diferencias ni la identidad de cada grupo étnico. Las autoras inician planteando el contexto de las organizaciones de comunidades negras en Colombia, que se dividen en 2 vertientes principales, el liberalismo y el multiculturalismo. La primera trata el tema de la inequidad étnica o el racismo desde un aspecto económico y político, dado que se plantea la solución al problema de la desigualdad desde la burocracia y las acciones afirmativas, sin tener en cuenta ni cuestionar realmente de fondo a la economía política. Es decir, esta vertiente denuncia el racismo como un factor que impide de manera discriminatoria el acceso y la igualdad de oportunidades a la población afro. En cuanto a la segunda, el panorama es distinto: concibe el racismo como un problema de distinción, pues para que haya igualdad es necesario construir la diferencia y la identidad étnica, de manera que exista lo que las autoras llaman una “exaltación de la cultura”. A partir de lo anterior se reconocieron una serie de derechos a las comunidades étnicas y en particular a la población negra en Colombia, inicialmente, a través de la Ley 70 de 1993.

Para entender la gravedad del desplazamiento de una comunidad étnica, y en específico de las comunidades afro, se debe comprender la relación existente entre los conocimientos ancestrales, la tradición, el medio ambiente y la localidad de los territorios en los que habitan. En el caso del Pacífico existe, por ejemplo, la “ombligada”, una práctica ancestral que consiste en enterrar la placenta del recién nacido. Lo anterior está ligado al reconocimiento de las costumbres ancestrales, conocimientos culturales y de las dinámicas y los ciclos que los caracterizan. Los territorios del Pacífico colombiano se encuentran en una constante amenaza por los recursos naturales que allí pueden explotarse en el marco de una economía neoliberal

globalizada y por los desplazamientos forzados.

Se hace, entonces, manifiesta la necesidad de comprender los derechos de las comunidades afrodescendientes desde las lógicas de la vida y cultura ancestral. Es desde allí que se comprende la propuesta de Claudia Mosquera Rosero-Labbé, Luiz Claudio Barcelos y Andrés Gabriel Arévalo Robles (2007) de plantear el derecho a la reparación en comunidades afrodescendientes desde la categoría de afro-reparación. Esta permite mostrar el pasado, las memorias de la esclavitud y la relación con los daños ocasionados bajo los contextos de conflicto armado, desplazamiento y explotación de recursos desde una lógica de justicia reparativa para "negros, afrocolombianos y raizales". El conflicto armado en Colombia ha tenido unas dinámicas propias en las que se han acentuado procesos de discriminación sobre las comunidades afrodescendientes, atendiendo a lógicas que afectan a nivel individual la vida de personas y a nivel colectivo las lógicas de vida histórica, cultural de los grupos étnicos.

El conflicto armado interno que vive el país golpea particularmente a la población pobre y a los grupos étnicos y lo hace en distintos niveles. Por un lado está el drama que para una persona representa el sometimiento a situaciones propias del contexto de la violencia, como la amenaza, el asesinato, la orden de desalojo de su vivienda o territorio, la huida por temor, el abandono de sus pertenencias, el alejamiento de su núcleo familiar o de vecindad, la obligación de colaborar con uno u otro de los actores armados, etc. Por otro, la manera como se afectan las dinámicas colectivas de sociabilidad y sostenibilidad del patrimonio cultural y las formas de solidaridad propias de este tipo de comunidades. Por mandato cultural, los pueblos afrodescendientes se caracterizan por su vocación y espíritu pacífico. No obstante, como producto del conflicto, en cuyo trasfondo hay una disputa territorial y de apropiación de recursos por parte de sectores que reivindican proyectos sociales diferentes al proyecto de vida afro, sus territorios ancestrales se han convertido en escenarios de guerra, lo que ha traído como consecuencia el desplazamiento de miles de familias a distintos lugares del

territorio nacional (“Desplazamiento forzado”). (Martínez, 2007, p. 428).

En este contexto han surgido escenarios de explotación económica ligado al conflicto interno que vive nuestro país, en el que el desarrollo de sectores políticos y económicos oportunistas, bajo las lógicas del desplazamiento, han asumido los territorios del Pacífico colombiano para gestionar “grandes proyectos hidroeléctricos, viales, portuarios, mineros, turísticos, forestales, etc., en territorios que, aunque no hayan sido todos reconocidos por la legislación nacional, pertenecen históricamente a las comunidades afrocolombianas” (Martínez, 2007, p. 429). Es bajo el impacto del territorio, el medio ambiente y los recursos, acompañado del desplazamiento, que se puede hacer una lectura contextualizada de la afro-reparación como derecho. Esta lectura atiende a las lógicas actuales del conflicto armado y a un pasado histórico que propició las afectaciones como expresión de la discriminación histórica y estructural en la que han vivido las comunidades afrodescendientes.

En definitiva, la sabiduría ancestral de las poblaciones afro del mundo adquiere una denominación reparadora y curativa en tanto se contextualiza, posee historia y se encuentra apoyada, como explica Geertz en la memoria colectiva, histórica y ancestral de sus pueblos. Por ello, la apuesta de todo proyecto abocado a la reparación de las víctimas afrodescendientes debe exhortar a la comunidad a continuar indagando en ese patrimonio de conocimientos para ponerlos a disposición de estos y las sociedades del mundo. (Cruz y Baracaldo, 2019, p. 374).

Una de las manifestaciones de las Afro-reparaciones es el canto como mecanismo de reparación en las comunidades negras del Pacífico colombiano víctimas de la violencia, una propuesta de John Alexis Rengifo Carpintero y Carmen Helena Díaz Caicedo (2016), quienes exponen la importancia que tiene el canto como práctica cultural de reparación en las comunidades negras. Afirman que el canto sirve como método de reparación, ya que de él se desprenden una serie de reconfiguraciones culturales tales como la reivindicación de la mujer. El papel de las cantoras llega a reconfigurar la idea machista de la mujer muchas veces

predominante en la sociedad; ellas que se convierten en maestras de este saber. Por otra parte, el canto siempre ha sido parte de las comunidades negras. En el texto de Rengifo y Díaz se muestra cómo occidente es el que ha propiciado los estereotipos que se tienen de diversas prácticas, tachándolas de brujería o de simples prácticas que posee un grupo que no acaba de encajar en la sociedad.

Es importante entender además que el canto reúne a la sociedad, creando un efecto en todas las diferentes edades. Esto va ligado a que existen diferentes cantos: uno de ellos son los arrullos, que están guiados a exaltar a los recién nacidos, el misterio del comienzo de la vida y agradecer por ello. Otro de ellos es la rumba, que se encarga de exaltar el erotismo común de los jóvenes y el coqueteo, y los movimientos alegres se acompañan con este canto. Por último, también están los alabaos, con los que se resalta la muerte, el misterio del más allá; este paso se celebra aun sin saber a dónde se va después de muerto.

En el texto de Rengifo y Díaz se muestra el canto como método de reparación, el cual ayuda a que las comunidades se unan nuevamente, además de que se presenta como una voz de denuncia. El canto es un saber propio, y con él no solo se está reparando, sino que además ayuda a que se siga construyendo la identidad, “el papel central del canto como modelo de enseñanza de un saber propio, cultural, racial, etnocultural” (Rengifo y Díaz, 2016, p. 26).

Finalmente, es de tener en cuenta que a lo largo del texto de Rengifo y Díaz se expresa de diferentes maneras cómo las comunidades negras han sufrido rechazo en sus costumbres. Estas, al no tener un espacio en una comunidad judeocristiana, se ven oprimidas e ignoradas, no se les da el valor que merecen por ser incomprendidas y no se ven como un mecanismo de reparación que es capaz de unir a las comunidades y de crear en el canto voces de denuncia ante el daño que han sufrido.

Otro de los planteamientos sobre las afro-reparaciones es la ubicación de la reparación de las mujeres negras, quienes bajo las dinámicas del conflicto armado y el desplazamiento viven afectaciones específicas como la imposibilidad de mantener sus conocimientos y

actividades tradicionales en sus territorios. Entre estas actividades se ubica la gastronomía, cuyo daño se comprende desde un contexto étnico, histórico y político en el que han vivido las mujeres afrocolombianas, que, junto con el desplazamiento de ellas, es desconocido por el Estado y la sociedad colombiana en general:

Ni el Estado ni la Sociedad reconoce el capital social y cultural de estas comunidades, así pues, la identidad/estigma de desplazado acarrea una suerte de supresión en el concurso social; son los excluidos de la sociedad actual, sacados de sus tierras y lanzados al vacío de una ciudad que no los reconoce como suyos y que trata por todos los medios de ignorarlos, como aquello terrible que es preferible no ver. En este sentido, es necesario retomar el mundo simbólico al momento de pensar en reparar a la población afrocolombiana y en especial a mujeres víctimas que tienen consigo un legado narrativo fundamental en su población. (Cruz y Baracaldo, 2019, p. 379).

Teniendo en cuenta que la población negra ha sido víctima de grupos armados al margen de la ley y del propio Estado (que con sus políticas empobrece en lugar de enriquecer a estas personas que son vulnerables en la sociedad), para hablar de una justicia “reparativa, restaurativa o transformadora” es necesario hacer visible la historia y un proceso de memoria que dé cuenta de los procesos de lucha y resistencia que por siglos han tenido estas comunidades.

Por último, bajo el contexto de afro-reparaciones se ubica la propuesta de Tribunales Afrodescendientes en el Contexto de la aspersión aérea con glifosato en Colombia. Rúa (2007) explica que la política estatal del Gobierno colombiano se encuentra ampliamente sesgada por la implementación de normas al servicio de las empresas e inversionistas internacionales y nacionales, así como por la base política corrupta del país. Dichas normas, a los ojos del autor, pretenden apoyar los intereses de expansión y explotación económica que dejan como principales afectados a las comunidades étnicas del país, dado que la inversión social se reduce considerablemente.

Para apoyar su tesis, Rúa (2007) utiliza un concepto fundamental, el de libertad, entendiéndola como el punto neural de las luchas afrodescendientes en Colombia y, a su vez, el núcleo de la construcción de una sociedad pluriétnica y multicultural. Dicho concepto enmarca el transcurso del texto, puesto que con él comienza a relatar las luchas y las adversidades, tanto anteriores como relativamente más contemporáneas, por las que las comunidades étnicas, en especial las afrocolombianas, se han visto inmersas. Ejemplos de luchas son los enfrentamientos contra los avances expansionistas de las empresas internacionales que ven con ojo de negocio los territorios ocupados por estas comunidades y que, con apoyo del gobierno Nacional y su uso de la fuerza, han ido poco a poco desalojándolas de sus dominios.

Un ejemplo que relata el autor es la lucha de las comunidades afrocolombianas contra las políticas de fumigación con glifosato como estrategia del gobierno para la erradicación de los cultivos ilícitos. Dichas actividades no solo acabaron con las aguas y las tierras fértiles de los territorios, sino que también sembraron el terror dentro de las comunidades, convirtiéndose en un factor de desplazamiento de estas y de desarticulación de los territorios.

El autor encuentra un común denominador de estos actos violentos contra las comunidades, y es el interés privado y exacerbado en la siembra de palma de aceite. Para él, el objetivo de convertir las tierras de las comunidades afro en zonas de monocultivo ha perpetrado la pérdida de centenares de vidas humanas y de desplazamiento forzado. Quienes se opusieran a estos intereses privados serían señalados como objetivo militar de grupos al margen de la ley, los cuales operaban en concordancia con los intereses de quienes tenían dicho objetivo.

Dado lo anterior y concretado el innegable abandono del Estado en estos territorios, el autor procede a dar guías que lleven a la instauración de Tribunales Afrodescendientes, que lleven a cabo una justicia comunitaria como mecanismo organizado de resolución de conflictos y cumplan funciones en pro de la comunidad. Ejemplo de esto es la acumulación pacífica de

nuevas expresiones de gobierno y, sobre todo, en palabras del autor, el “robustecimiento de los vínculos solidarios entre los pueblos como nervio vinculante para la movilización social en torno a la Verdad, la Justicia y la Reparación” (2007, p. 761).

### **Conclusiones**

La historia del derecho a la reparación documenta un origen ligado a la comprensión de justicia y formación del derecho que van desde la Ley del Talión, las XII tablas y el desarrollo del derecho civil y penal en la comprensión del daño a reparar hasta el desarrollo doctrinal a lo largo del siglo XX. En este siglo es notable el esfuerzo por comprender la reparación como una categoría significativa al momento de otorgar una solución de justicia y buscar el restablecimiento de la situación anterior al daño, lo cual es acompañado de una acogida y reconocimiento de la reparación como derecho de los sistemas internacionales en materia de derechos humanos. A lo largo del siglo XXI ocurre la construcción de la categoría de reparación integral, en la que la reparación pasa de tener un soporte económico y cuantificable del daño a buscar la reparación de los distintos daños generados independientemente de un resarcimiento exclusivamente monetario.

Entre las apuestas contemporáneas del derecho a la reparación en Colombia se encuentra la apuesta por la reparación transformadora, que busca resarcir el daño desde el reconocimiento, la confianza cívica y la solidaridad social y restablecer las relaciones y la confianza entre los ciudadanos y el Estado colombiano bajo las dinámicas y políticas de reparación que intentan resarcir los efectos del conflicto armado. Es importante mostrar que esto no debe confundirse con la reparación de las políticas públicas, las funciones y obligaciones que tiene el Estado en materia de derechos civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales. Bajo esta perspectiva es posible definir el derecho a la reparación como el restablecimiento de los derechos de la víctima y de los daños sufridos al momento anterior del daño; esta reparación se puede ubicar en la restitución, la compensación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas sobre el derecho a la reparación en escenarios de violación a los D.D.H.H. y al D.I.H. es un documento relevante para la comprensión internacional del derecho a la reparación, que se ubica como una obligación internacional que tienen los estados de restablecer los derechos de las víctimas y resarcir los daños ocasionados en escenarios de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos o a graves violaciones del D.I.H. con ocasión de la acción y/ o omisión de un Estado. Para ello, se aplican los principios "restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición". La restitución consiste en "devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta" (Naciones Unidas, 2007, p. 225); la indemnización es "el pago de perjuicios que económicamente hayan sido cuantificados por las violaciones a los derechos humanos y al D.I.H., de forma apropiada y proporcional" (2007, p. 225); la rehabilitación es la atención "médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales" (2007, p. 225); la satisfacción es un conjunto de medidas que buscan impedir la continuación de las violaciones, y se manifiesta en la reconstrucción de la verdad de los hechos, la búsqueda de personas desaparecidas, disculpas públicas, conmemoraciones, homenajes, etc., y las garantías de no repetición buscan evitar la repetición de los hechos que propiciaron las violaciones a los D.D.H.H. y al D.I.H., por lo que persiguen la prevención de la repetición de la situación que ocasionó el daño (2007, p. 225).

Los antecedentes de esta resolución son las directrices de Van Boven de 1997 "Revisión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a obtener reparación" (ONU E/CN.4/1997/104), "Directrices de Joinet" de 1996 que tratan la cuestión de la impunidad de los autores de "violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)", expresadas en la resolución 1996/119 de la Subcomisión (ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) y "Las directrices Bassiouni" de 1999 (ONU E/CN.4/1999/65) y 2000 (ONU E/CN.4/2000/62) sobre el "derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones

graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han reconocido la Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas y han integrado en sus fallos los principios que orientan el derecho a la reparación.

En el caso de grupos étnicos, el derecho a la reparación en escenarios de conflictos socioambientales asume una perspectiva de reparación que persigue integrar una reparación del medioambiente que, más allá de una reparación económica, busca implementar los principios del derecho a la reparación para impedir y/o contrarrestar ejercicios de "invisibilización, minimización y criminalización" de la población, el territorio y el medioambiente en el que se generan este tipo de afectaciones, ya que se demuestra un patrón recurrente de negación de los daños y/o ocultamiento con participación de autoridades estatales. Es importante en materia de grupos étnicos atender a procesos de participación colectiva sobre la reparación que se manifiesta en garantías de no repetición bajo el ejercicio de la consulta previa, ya que este derecho permite que el derecho a la reparación sea eficaz y proporcional a las necesidades y afectaciones de grupos étnicos bajo su identidad, costumbres y cultura. De otro modo, la reparación termina siendo un ejercicio de justicia occidental que podría desconocer el Convenio 169 de la OIT y, con este, los derechos y la protección especial que internacionalmente tienen los grupos étnicos, lo cual propiciaría nuevos daños en el ejercicio de reparación.

El derecho a la reparación en Colombia bajo el contexto de conflicto armado requiere un especial tratamiento en la medida que el ejercicio de la reparación como derecho aparece ausente para muchas víctimas, que bajo condiciones de pobreza ubican tanto la justicia y el resarcimiento de los daños como actividades onerosas como dificultad de acceder a la reparación. Por ello, se propone la necesidad de integrar a las víctimas en los procesos de reparación buscando el esclarecimiento de la verdad (ii) la construcción de la memoria y (iii) la responsabilización moral y penal de quienes cometieron los crímenes, además de quienes los

auspiciaron y promovieron.

Uno de los escenarios de manifestación de este tipo de reparación en Colombia es la aspersión aérea con glifosato, política que compromete la responsabilidad del Estado. Se documenta un origen jurisprudencial en Colombia sobre la responsabilidad del Estado, la cual, en una primera fase, aludió a la responsabilidad patrimonial, en la que la obligación de indemnizar se encontraba en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*. Una segunda fase optó por la responsabilidad patrimonial directa, en la cual se registró la falla en el servicio. Una tercera fase, la responsabilidad objetiva, en la que se debe probar el nexo de causalidad entre la acción estatal y el hecho dañoso. Una cuarta fase es la responsabilidad estatal por acción y omisión de los funcionarios públicos, ligado a la Acción de repetición. Y una quinta fase es la responsabilidad del Estado ligada al daño antijurídico aplicable a afectaciones del medio ambiente, tal y como se documenta en el caso del glifosato, argumento que se refuerza con la disposición del 15 de mayo de 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes, en la que se ordena suspender las aspersiones con glifosato "debido a los posibles efectos y riesgos para la salud de los humanos" (Vásquez, 2016, p. 2).

Se habló de la determinación de la responsabilidad dentro del derecho a la reparación integral que ubique una correlación entre la valoración del daño ambiental y la reparación colectiva, cuyo diseño requiere de la participación de los afectados para su éxito. Esto se expresa en programas de reparación colectiva que intentan integrar los principios del derecho a la reparación y un ejercicio procedimental que persiga la efectividad de los recursos que se ofrecen para acceder a la reparación.

En materia de reparación colectiva de grupos étnicos, es necesario integrar cinco criterios: la equidad, programas administrativos de reparación que integren las variables naturales de los ecosistemas, el principio de precaución, capacidad de los ecosistemas y límites y distribución ecológicos (saneamiento ambiental y descontaminación de terrenos en los territorios colectivos).

Dentro de las reparaciones étnicas se plantea el enfoque de las afro-reparaciones, una categoría que da cuenta de la historia e identidad de las comunidades afrocolombianas, bajo la cual se ha construido un proceso de condiciones económicas, políticas y sociales de discriminación de las comunidades negras en Colombia, propiciando el desarrollo del conflicto armado en territorios étnicos ubicados, por ejemplo, en el Pacífico colombiano, reconocidos y protegidos por la Ley 70 de 1993. En esta zona del país, la agricultura ilícita, la organización y entrenamiento de grupos armados, la comercialización de armas y el narcotráfico son dinámicas que han permitido la llegada de multinacionales extractivistas de recursos naturales que ha implicado el desarrollo de daños ambientales en los ecosistemas, en la vida individual y colectiva de comunidades negras, afectando tanto la salud física y psicológica como la identidad y la cultura de los afrodescendientes. Desde allí se propone la necesidad de incluir apuestas que busquen garantizar la reparación de la vida e identidad afrodescendiente, destacando el impacto del desplazamiento forzado en las comunidades negras de Colombia. En este capítulo se registraron, a modo de ejemplo, las afectaciones sobre la identidad de la mujer afrodescendiente, el canto como práctica de reparación y el ejercicio de Tribunales Afrodescendientes en el Contexto de la aspersión aérea con glifosato en Colombia, expresiones de justicia comunitaria que persiguen restablecer el vínculo con la tierra y la unión de las comunidades desde la propiedad colectiva.

El derecho a la reparación en el caso de estudio se ubica como el resultado de una construcción histórica de justicia en la que la generación de un daño a un individuo o un grupo colectivo requiere de una reparación acorde con el contexto e impacto del daño, así como las características de la víctima. Sin embargo, los principios del derecho a la reparación por Naciones Unidas en la Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas permiten orientar la correlación que existe entre los daños documentados y narrados por la comunidad de San Marcos, Buenaventura en el capítulo anterior. Según lo anterior, es necesario atender a la restitución que implicaría un ejercicio del retorno de la comunidad al territorio y la vida antes de

la aspersión con glifosato, posibilitando la fertilidad de la tierra y proyectos de producción económica que aseguren la vida económica y la supervivencia en el territorio.

La indemnización se manifiesta en la necesidad de cuantificar los daños propiciados a la comunidad, tanto por la imposibilidad de producir chontaduro, como por el costo económico que generó el desplazamiento. La rehabilitación es uno de los principios más necesarios en la medida que se requiere de atención médica y psicológica por las afectaciones en la salud de las personas, como el surgimiento del cáncer, enfermedades en la piel e infertilidad, así mismo el malestar psicológico colectivo por la imposibilidad de revivir la vida comunitaria en San Marcos. La satisfacción es un principio que permitiría recordar y otorga publicidad a lo que significó el chontaduro en el corregimiento, así como reparar una lectura colectiva de ilicitud que siente la comunidad al ser rociados con glifosato. Finalmente, se registran las garantías de no repetición que en el caso asumen dos componentes: primero, por ser un grupo étnico es necesario el desarrollo de la consulta previa sobre la reparación en la que se puedan estimar daños específicos en la comunidad y en el medio ambiente, que requieren ser reparados bajo la identidad y deseo comunitario. Segundo, se requiere de un compromiso institucional del reconocimiento de los efectos del glifosato en los territorios, el medio ambiente, la salud física, psicológica y la vida comunitaria de grupos étnicos, afrodescendientes e indígenas, como el caso de la comunidad afrodescendiente de San Marcos, Buenaventura.

No obstante, es importante integrar un marco de reparación que integre el escenario de los conflictos socioambientales, colectivos y étnicos que permitan la integración de categorías como la afro-reparación, en el cual la participación de la comunidad es necesaria para eliminar tanto la brecha de pobreza y exclusión en la que viven los afrodescendientes como las lógicas y expresiones del conflicto armado, que, como en el caso de la aspersión con glifosato, manifiestan graves violaciones a los derechos humanos de las comunidades afrodescendientes en Colombia.

### **3. El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte IDH y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre aspersión aérea con glifosato y/o comunidades étnicas**

El propósito de este capítulo es estudiar el derecho a la reparación en la jurisprudencia de diferentes sistemas, haciendo énfasis en el sistema interno sobre casos en los que la reparación guarde relación con las aspersiones aéreas con glifosato y/o con grupos étnicos. En el caso del Sistema Interamericano, se atendió al examen del derecho a la reparación en sentencias sobre grupos étnicos, en la medida que a la fecha no se registra algún caso con sentencia de fondo que ordene reparaciones por los daños ocasionados por el uso del glifosato. Y en el caso del Sistema Africano se eligieron varios casos en los que se buscó ubicar la aplicación y caracterización del derecho a la reparación en la jurisprudencia. De estos se destaca el hallazgo del caso de los Ogiek, un grupo étnico, en el cual se apreciaron varios elementos de la aplicación internacional del derecho a la reparación, los principios del derecho a la reparación en casos de violaciones a los derechos humanos y el enfoque étnico.

A continuación, se muestra una síntesis en orden cronológico de los resultados obtenidos en los tribunales nacionales (Corte Constitucional y Consejo de Estado), el tribunal interamericano y el tribunal africano en materia de derechos humanos. Se muestra una breve descripción de los casos encontrados y de la caracterización dada en cada caso del derecho a la reparación. Al final de cada registro se ubicaron las conclusiones respectivas sobre el derecho a la reparación. Finalmente, se realizó un marco comparativo en el que se ubicaron los resultados generales que se obtuvieron sobre la jurisprudencia del derecho a la reparación.

#### **El derecho a la reparación en Colombia: Corte Constitucional y Consejo de Estado**

El desarrollo de esta investigación en materia del derecho a la reparación en la jurisprudencia del ordenamiento jurídico colombiano en relación con la aspersión aérea con glifosato requirió una revisión de sentencias emitidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado. Se revisaron decisiones emitidas por estos tribunales que tuvieran relación

con la política de aspersión con glifosato en cultivos lícitos e ilícitos, así como casos que denotaran afectaciones a grupos étnicos bajo el uso aéreo de este herbicida.

A partir de estas variables, en la Corte Constitucional colombiana se encontró un total de cinco sentencias que dieron cuenta de la afectación a territorios, cultivos, medio ambiente, comunidades étnicas, desplazamiento forzado y graves afectaciones a la salud, la vida y el desarrollo de la cultura étnica. Entre estas se registran una sentencia de unificación y un auto, el resto son sentencias de tutela. Los periodos de tiempo en el que se registraron estos pronunciamientos corresponden al periodo del 2003 al 2017. En la gran mayoría de decisiones se registró una correlación entre el derecho a la consulta previa antes de la fumigación y después de esta, ligado al desarrollo del reconocimiento de la autonomía de estos grupos étnicos en la estimación de los daños y de las reparaciones.

En el caso del Consejo de Estado se registraron un total de 14 sentencias en las que se ubica la búsqueda de la reparación de territorios, acueductos, pozos de agua lícitos y cultivos en su mayoría lícitos, con ocasión del desarrollo de la aspersión aérea con glifosato. Allí se destacan acciones populares, acciones de reparación directa, entre otras, que han sido revisadas en última instancia por consejeros ponentes. El periodo en el que se encontraron estas decisiones se ubica entre febrero de 2002 hasta abril de 2019.

### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

En la Sentencia SU.383/03, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, se registra un caso sobre los efectos a la salud y el medio ambiente por el uso del glifosato en las aspersiones aéreas. La Sentencia describe que se estuvo realizando una mezcla de glifosato con químicos tales como POEA y Cosmo Flux 411 F para maximizar el efecto del herbicida y las condiciones de vuelo de las avionetas que realizan la fumigación, y que afecta la flora y los cultivos legales de la región. Dado que aún existe discusión sobre el efecto del glifosato en la salud de humanos y animales, resulta extremadamente peligroso seguir realizando indiscriminadamente las fumigaciones. Se describe el caso de los cultivos realizados en la

Sierra Nevada de Santa Marta y se muestra la necesidad de tener una protección transitoria de los derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y el derecho a la participación.

En las zonas en las que se llevan a cabo estas actividades se encuentran varias comunidades indígenas que se ven afectadas por la misma, ya que utilizan la coca acorde a sus tradiciones, y no se realizó la consulta previa. El Convenio 169 de la OIT (1989) resulta extremadamente importante, debido a que pertenece al bloque de constitucionalidad y promueve la participación de las comunidades indígenas respecto a las decisiones que se adopten sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios, al tiempo que reconoce la discriminación que sufren estos pueblos. Además, el Convenio refuerza el derecho de los pueblos a ser consultados sobre decisiones administrativas y legislativas que los afectan directamente.

La Corte no considera necesario amparar los derechos tutelados, puesto que la Constitución prevé el mecanismo de las acciones populares que permite al juzgador adoptar medidas cautelares para evitar los daños. Tal proceso se está adelantando en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como los daños al derecho a la salud y a un ambiente sano. Sin embargo, se ordena a las entidades demandadas a consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas para llegar a una concertación acerca de las decisiones atinentes a los programas de erradicación de cultivos ilícitos, claro está, con plena observancia a lo que dicta el Convenio 169 de la OIT, estableciendo un plazo de tres meses para la realización de esta. Es así como se marca un precedente para que en futuros casos no se vea vulnerado el derecho de las comunidades a participar sobre decisiones que los afectan de manera directa, en cuanto a su territorio y cultura.

La Corte, entonces, ordenó tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana. La Corte mandó consultar de manera

efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169, art. 6 como se cita en Sentencia SU.383, 2003).

Se destaca el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, quien afirmó que no sé debió tutelar solo algunos de los derechos fundamentales invocados, por qué no se solicitó la protección de todos los derechos, tales como la vida, la integridad personal, que en el caso tenían una íntima conexión con el ambiente sano y la salud de las comunidades indígenas; por ello, se debió tutelar y ordenar la suspensión de las fumigaciones aun antes de la consulta. Se deben buscar otros medios aparte de la fumigación aérea para combatir el narcotráfico, por ejemplo, la erradicación manual y otras que no afecten la vida, la integridad personal y/o el medio ambiente.

Entre las razones del salvamento de voto, el magistrado Araujo expresó que no es verdad que los derechos fundamentales deben estar supeditados a la política de seguridad del estado, estos se deben proteger aún en contra del propio estado. Las pruebas existentes en el expediente y los documentos científicos demuestran que las fumigaciones han afectado la vida y la integridad física de niños y adultos, y destruyen la flora y fauna del medio ambiente sano. También es importante tener en cuenta el principio de precaución que se encuentran los tratados internacionales y la Constitución de Colombia. La posición del gobierno es prepotente al afirmar que mientras el presidente está en su cargo seguirá fumigando como hasta ahora. El tema central era detener las fumigaciones, sin embargo, al no hacerse esto y esperar a la consulta de las comunidades indígenas, se continuaron generando daños. En conclusión, la única solución a este problema era la suspensión inmediata de las fumigaciones con glifosato, pues no hacerlo solo es enmascarar el problema (Sentencia SU.383, 2003, sección final).

El Auto 073 de 2014, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, busca la

protección de los derechos a la participación, a la seguridad alimentaria y a la protección estatal de las comunidades afrocolombianas de la región del Pacífico de Nariño. La Corte Constitucional recuerda lo expresado en el Auto 005 de 2009 en el que se identificaron diversas dinámicas asociadas a la violencia social generalizada que acompañan y afectan el desplazamiento forzado y que, como se concluyó en dicho pronunciamiento, impactan de manera desproporcionada a las comunidades afrodescendientes. Este tribunal afirma que existen tres factores transversales que inciden en el desplazamiento forzado de los pueblos afrocolombianos y agravan su situación de riesgo:

(i) la exclusión social estructural que afronta la población que habita la región pacífica del departamento de Nariño y que afecta, de manera particular, a la población afrodescendiente. (...)

(ii) Proyectos de explotación minera y de monocultivos de palma aceitera. (...) El problema más grave que afrontan actualmente las comunidades afrodescendientes en sus territorios es la extracción ilegal de sus recursos naturales por parte de agentes externos, de la cual no se tienen registros ciertos ni exactos. Por eso, a pesar de que las comunidades manifiestan que ese crecimiento minero que se refleja en las cifras de minería legal recogidas por el Ministerio también se ha dado en la minería ilegal, hay una ausencia grave de datos sobre la exploración y explotación ilícita de estos recursos en las tierras ancestrales del Pacífico nariñense que, sin embargo, se ha constituido como un importante factor de desplazamiento en esta región. (...)

(iii) La inaplicación de mecanismos e instrumentos constitucionales para la protección efectiva de los territorios colectivos y ancestrales de las comunidades afrodescendientes del Pacífico de Nariño, los cuales son ocupados, vendidos, usados y explotados por agentes externos a la comunidad, aumentando y agravando el riesgo de desplazamiento que enfrentan estos pueblos. (Auto 073, 2014, puntos 10, 11 y 12)  
Estos elementos permiten ubicar la importancia que tiene proteger los derechos

individuales y colectivos de pueblos étnicos bajo el deber de consulta previa, recordando lo estipulado en la Sentencia SU.383 de 2003 en escenarios de aspersiones aéreas. En esta se argumentó que los pueblos étnicos y/ o tribales deben ser consultados sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las entidades accionadas adelantan en sus territorios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

Independientemente de la certeza del daño sobre la salud y el medio ambiente en términos prácticos, las fumigaciones con glifosato sobre algunos territorios afrocolombianos de Nariño han generado daños a sus cultivos y, consecuentemente, desplazamientos tanto al interior como al exterior de los territorios. (...) En aquellos casos en que una comunidad individualice e identifique el impacto directo de las aspersiones aéreas sobre sus derechos colectivos, podría invocar el derecho de consulta, para la protección de sus derechos colectivos y fundamentales, en estos casos, a la seguridad alimentaria, a la subsistencia y a la diversidad étnica. (Auto 073, 2014, punto 64).

Ante todo lo observado, esta corporación declara que los derechos fundamentales individuales y colectivos de las personas y comunidades afrodescendientes que se ubican en la región del Pacífico del departamento de Nariño se encuentran en una situación de riesgo agravado frente a nuevos desplazamientos, por lo que decide ordenar la construcción de una ruta para desarrollar el proceso pre consultivo y consultivo para el diseño e implementación de planes específicos y de caracterización con los pueblos afectados directamente.

La Sentencia T-080/17 con fecha del 7 de febrero de 2017 y con ponencia del magistrado Jorge Ivan Palacio Palacio muestra los hechos ocurridos el 30 de enero de 2015, en los que la autoridad indígena y el asesor y representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del resguardo de Puerto Nare (Guaviare) del pueblo indígena Carijona presentaron una acción de tutela por el riesgo de extinción en el que se encuentra este pueblo indígena y su cultura como consecuencia del desplazamiento forzado por las fumigaciones aéreas con

glifosato producidas a lo largo de 20 años. Estos hechos generaron la disminución de los miembros de la comunidad, pasando de 146 a 42 personas, entre las que se encuentran los 2 últimos sabedores de ritos, bailes y canciones ancestrales y 16 de los últimos hablantes.

A la fecha en la que fue formulada la acción de tutela se continuaban realizando este tipo de operaciones sobre el resguardo, sin haberse realizado la consulta previa que ordenó la Corte Constitucional previamente en la sentencia de unificación SU-383 de 2003. Los accionantes señalan los efectos de la fumigación con glifosato sobre su comunidad por el uso indiscriminado sobre cultivos de sustento, bosque tropical y las viviendas de la población: (i) Daño a la comida de las especies de animales que habitan en el territorio y a las plantas de uso medicinal, cultural y ritualístico de los payes y sabedores. (ii) Afectación en la salud como dolor de cabeza, problemas a la visión, dolor de estómago, diarrea, mareo y problemas epidérmicos, entre otros. (iii) Improductividad de la tierra por varios años y afectación en las fuentes hídricas de abastecimiento de agua en el territorio (Sentencia T-080, 2017, punto 7.7).

Los accionantes aseguran que la composición del glifosato es diferente desde finales del 2014 y ha causado más daño en la salud y sus cultivos, cuyas evidencias sobre las presuntas afectaciones fueron presentadas por medio de 25 videos. Por lo anterior, solicitaron al juez de tutela ordenar la suspensión de las fumigaciones con glifosato hasta que se realice la respectiva consulta Previa en el pueblo Carijona del resguardo de Puerto Nare y en otros 13 resguardos y minorías étnicas vecinas. Dentro de sus peticiones alegaron la violación de los derechos fundamentales a la consulta previa, la vida, la existencia física y cultural, la educación, medio ambiente sano, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan.

Respecto con estos hechos y solicitudes, la Corte Constitucional orientó su decisión exponiendo lo siguiente:

La acción idónea para amparar de forma preferente y sumaria los derechos fundamentales de la comunidad Carijona es la acción de tutela, debido a las

particularidades del caso que involucran su condición de pueblo indígena, su alto riesgo de extinción como etnia (en términos de supervivencia física, cultural y espiritual) así como su especial condición de vulnerabilidad. (Sentencia T-080, 2017, punto 7.4).

Este tribunal añadió lo que se cita a continuación:

La valoración de las anteriores afectaciones -que no fueron controvertidas por las entidades accionadas- mediante pruebas documentadas y verificadas no solo por la comunidad Carijona sino por varias comunidades étnicas vecinas han permitido a la Sala confirmar que el resguardo Carijona de Puerto Nare (Guaviare) fue fumigado con glifosato en el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos y que esta actividad, como ha sido precisado por los accionantes, ha producido afectaciones en la salud, la seguridad alimentaria y el medio ambiente que no solo han dejado a la comunidad en una gran condición de vulnerabilidad y con un alto riesgo de extinción sino que además vulnera intensamente sus derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural, la libre determinación, a la consulta previa, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano. (Sentencia T-080, 2017, punto 7.11).

La Corte Constitucional explicó que la aplicación del principio de precaución en el caso con ocasión de los riesgos a la salud y medio ambiente que genera la aspersion con glifosato Como se ha visto en el caso de la comunidad Carijona, está sujeta a la aplicación del principio de precaución. Este se aplica cuando -aunque haya un principio de certeza técnica- existe incertidumbre científica respecto de los efectos nocivos de una medida o actividad. En ese caso, debe preferirse la solución que evite el daño y no aquella que pueda permitirla. (Sentencia T-080, 2017, punto 7.14).

Este tribunal afirma que a pesar de no haberse realizado la consulta previa a esta comunidad y de haberse suspendido desde septiembre de 2015 las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos mediante glifosato, la obligación de consulta persiste como resultado de las afectaciones generadas, ordenando realizarla en un término de 5 meses en los territorios

donde se encuentran asentadas las comunidades referidas. Este proceso de consulta debe perseguir la etnoreparación de este pueblo indígena, adoptando cinco puntos específicos:

(i) la verificación de las condiciones en las que se encuentra actualmente el resguardo Carijona en Puerto Nare (Guaviare), haciendo la correspondiente caracterización;

(ii) la determinación en conjunto con la comunidad demandante de los impactos específicos de las fumigaciones en términos socioculturales, espirituales, entre otros;

(iii) el diseño conjunto -de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario- de acciones y medidas que permitan el alivio espiritual de la comunidad y que contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones; así como,

(iv) los impactos en la salud, la seguridad alimentaria y los cultivos lícitos de la comunidad Carijona; y

(v) establecer en qué medida el pueblo Carijona tienen derecho a mantener sus plantaciones, y con qué alcance sus autoridades o las autoridades nacionales, según sea el caso, pueden reprimir el delito de plantaciones ilícitas, dentro de un ámbito territorial determinado. (Sentencia T-080, 2017, punto 7.29).

Se ubica la importancia de desarrollar este proceso para garantizar la autonomía de los pueblos indígenas y las relaciones culturales que este ha construido con la coca, como planta sagrada.

En la Sentencia T-236/17 con fecha del 21 de abril de 2017 y con ponencia del magistrado Aquiles Arrieta Gómez se solicita la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la salud, a la identidad cultural y étnica y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrodescendientes con ocasión de la erradicación por aspersion aérea de glifosato sobre los cultivos ilícitos del territorio de Nóvito (Chocó). El Personero municipal presentó una queja ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior. Su queja fue remitida a la Dirección de

Antinarcóticos de la Policía Nacional, la cual le contestó al personero que por ser política de Estado no podían suspenderse las fumigaciones, y en caso de alguna afectación debía presentar la queja ante la Alcaldía. Dada la falta de atención de las quejas elevadas ante las entidades gubernamentales, las comunidades afectadas se desplazaron de la región.

Bajo estos hechos la Corte argumentó que la acción de tutela es procedente siempre que a las comunidades étnicas que habitan el municipio de Nóvita se les puede estar eventualmente vulnerando sus derechos fundamentales, debido a la posibilidad de la reanudación de la aspersion aérea y terrestre en esa área. La Corte destacó la obligatoriedad de la consulta previa cuando afecte a comunidades étnicas diferenciadas, pues la afectación directa no se determina con evidenciar un uso ancestral o tradicional de la coca, sino que busca determinarla en estas comunidades, en aras de mitigar, corregir o restaurar los efectos de esta medida. Adicional a esto, la Corte consideró que se incumplió el principio de precaución por parte de las autoridades, pues debe aplicarse continuamente a toda actividad que genere un riesgo significativo para los seres humanos y no solamente cuando se considere la interrupción o no de esta.

La Corte Constitucional muestra la aspersion aérea con glifosato y las afectaciones que esta genera sobre una comunidad étnica como expresión de afectaciones diferenciadas que obligan a que las entidades gubernamentales realicen el proceso de consulta previa por el impacto directo que puedan tener las actuaciones del Estado en su autonomía y diversidad cuando por medio de estas existe una intromisión en su esfera cultural. Sin embargo, no es de obligatorio cumplimiento su realización cuando la afectación es indirecta y aun cuando es directa dependerá del grado de afectación. Pues, si el grado es intenso, el deber de participación de las comunidades no se agota en la consulta y su decisión es vinculante. En este orden de ideas, debido al grado de afectación de las fumigaciones con glifosato, la comunidad de Nóvito (Chocó) debe ser consultada, en caso de que se reanude las aspersiones en aras de que las comunidades puedan determinar los impactos en sus territorios.

La Sentencia T-300 de 2017, con ponencia del magistrado Aquiles Arrieta, da cuenta de los hechos ocurridos el 14 de marzo de 2013 sobre algunas comunidades campesinas e indígenas de Puerto Caicedo que

exigieron nuevamente el desalojo de las unidades del Ejército y la Policía Nacional que acompañaban las labores de erradicación hasta que no se garanticen los derechos fundamentales a la participación y la consulta previa y hasta que se construya un plan de contingencia. (Sentencia T-300, 2017, punto 1.3).

Ese mismo día (14 de marzo de 2013) aeronaves militares sobrevolaron el área de los caseríos de las comunidades campesinas e indígenas ametrallando áreas boscosas, lo cual generó pánico y temor entre las familias de estas comunidades. Las aspersiones aéreas con glifosato realizadas en el primer semestre de 2013 en Putumayo “destinaron 310 barriles del herbicida Glifosato y 63 galones de coadyuvante Cosmoflux” (Sentencia T-300, 2017, punto 1.4). De las operaciones de aspersión de glifosato fueron excluidos tres áreas de parques nacionales, 34 resguardos indígenas, 52 veredas con proyectos productivos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y 106 veredas de consolidación.

Dentro de los resguardos excluidos se encuentra el resguardo Santa Rosa de Juanambú, Campo Alegre, Alpes Orientales y La Floresta Alto Coqueto, el cual interpuso esta acción de tutela. El apoderado afirmó que el resguardo no ha sido respetado como un área excluida de los programas de aspersión y su franja de seguridad ha sido desconocida, lo cual afectó a las comunidades que lo habitan. Además, establece que, de las zonas excluidas, no se encuentran los territorios de los demás cabildos indígenas que denunciaron la violación a sus derechos como consecuencia de las fumigaciones, toda vez que sus territorios no se encuentran constituidos como resguardos.

El apoderado considera que para definir las áreas que debían ser excluidas de las operaciones de aspersión, “era necesario consultar a las autoridades de los pueblos indígenas y las organizaciones que los agrupan” (Sentencia T-300, 2017, punto 1.6) para que fueran

estas quienes indicaran cuáles comunidades o parcialidades indígenas existen y dónde se ubican. Para el apoderado, esta omisión causó afectaciones a cultivos, pastos para alimentación de animales y áreas forestales, así como la contaminación de los cuerpos de agua. El apoderado argumentó que las comunidades indígenas afectadas en el caso, que corresponde al pueblo Nasa del Putumayo, tienen derecho a ser consultadas sobre las actividades de aspersión que tengan afectación en sus territorios, y este derecho constitucional cobija a todas las comunidades constituidas formalmente como un resguardo, que se activa con la afectación directa.

La Corte Constitucional estimó que la titularidad de la consulta previa no depende exclusivamente del reconocimiento formal que haga el Estado en relación con la comunidad étnica, lo que deriva en la efectiva protección del derecho de consulta a las comunidades indígenas que no se encuentren constituidas como resguardo, pues la Corte ha definido criterios objetivos y subjetivos para establecer la existencia de una comunidad étnicamente diferenciada. Por otro lado, la exclusión del resguardo de Santa Rosa de Juanambú en la orden de operaciones no era suficiente para dar por cumplido el requisito de consulta previa, pues la afectación directa se puede dar también cuando la actividad se haya realizado por fuera del territorio de las comunidades.

Además, como lo ha señalado la jurisprudencia, no es el juez de tutela el que debe establecer los hechos o la magnitud del impacto o grado de afectación causado para decidir la concesión de la protección a los derechos, sino que es la comunidad en conjunto con las entidades accionadas quienes deben determinarlo. De lo anteriormente dicho, la Corte evidencia que las autoridades demandadas vulneraron el derecho a la consulta previa, al no haber promovido un proceso de consulta legal, que se acoja a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte Constitucional ordenó al Gobierno Nacional que, por medio de las entidades determinadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, se adelantara de manera apropiada

el proceso de consulta con las comunidades accionantes para determinar las afectaciones y el proceso de reparación.

### **Jurisprudencia del Consejo de Estado**

La Sentencia del 28 de febrero de 2002, con ponencia del consejero Germán Rodríguez Villamizar, da la reparación de los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano; la existencia del equilibrio ecológico; el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales; la protección de áreas de especial importancia ecológica de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas y los demás intereses relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, la seguridad y salubridad públicas, y la prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas y biológicas, con ocasión de una acción popular instaurada en contra del Ministerio del Medio Ambiente a propósito de la aspersion aérea de glifosato y la utilización de microherbicidas. En la Sentencia se solicitaron adicionalmente decretar las siguientes medidas cautelares:

a) Ordenar al IDEAM los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño producido por la fumigación aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos en el territorio nacional, y las medidas urgentes para corregirlo.

b) Ordenar al SINCHI los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes para corregirlo, en la región amazónica.

c) Ordenar al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño sobre la flora y fauna del territorio nacional, y las medidas necesarias para corregirlo.

d) Ordenar la inmediata cesación de la aspersion aérea de glifosato para erradicar cultivos ilícitos. (Sentencia Consejo de Estado, 2002, 2. La solicitud de medidas cautelares).

De las anteriores, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó únicamente las 3 primeras y negó la suspensión definitiva de las fumigaciones. Los actores realizaron de nuevo una petición para decretar la medida cautelar negada, con fundamento en las pruebas aportadas y en el principio de precaución. Esta petición fue negada, por lo que los actores interpusieron recurso de apelación. La Sala consideró que del material probatorio que obra en el expediente no se probó la existencia de un daño inminente al medio ambiente, como presupuesto para decretar la medida cautelar, pues lo que plantean los demandantes versa sobre suposiciones y especulaciones que no determinan la existencia de situaciones que demuestren científicamente afectaciones al medio ambiente.

Por lo anterior, no aplica el principio de precaución invocado por los accionantes, dado que no se logró demostrar peligro de daño grave e irreversible, ordenando confirmar el Auto impugnado:

Teniendo en cuenta las pruebas estudiadas, tan sólo se pudo establecer que el contacto directo con el glifosato puede afectar levemente a los seres humanos, produciendo eventuales irritaciones de mucosas, ojos, o de vías respiratorias, afecciones que no causan daños permanentes en la salud. En ese orden de ideas, la carencia de certeza científica que indique perjuicios concretos, impide un pronunciamiento favorable a la solicitud elevada por los actores.

Así las cosas, no es posible aplicar el principio de precaución enunciado en la sustentación del recurso de apelación que aquí se desata, pues como se encuentra consagrado en aquél, la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación al medio ambiente se debe llevar a cabo “cuando exista peligro de daño grave e irreversible”, situación que no se presenta en el sub judice. (Sentencia Consejo de Estado, 2002, 5. Conferencia las fumigaciones aéreas).

En la Sentencia del 14 de abril de 2005, con ponencia de Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, se describe la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales a la vida

digna y al trabajo, ya que, en septiembre de 2004, una avioneta, por orden del gobierno colombiano, fumigó con glifosato sobre las veredas Alto San Juan y Altamira del Municipio de Belén de los Andaquíes en el Departamento de Caquetá, donde está ubicada la finca de propiedad del accionante “La Recompensa”.

Las hectáreas de “La Recompensa” están dedicadas a la agricultura únicamente en el cultivo de plátano, frutales amazónicos, yuca, maíz y pasto. Días siguientes a las aspersiones aéreas, el químico se esparció al punto de afectar los cultivos, por lo que el señor Álvaro Rodríguez López presentó queja ante la personería municipal donde le informaron que el radio de error de la fumigación que no garantiza la reparación de los perjuicios ocasionados en ese margen. La única fuente de ingresos del señor Rodríguez es la agricultura.

El demandante interpuso acción de tutela para la suspensión definitiva de las fumigaciones sobre su finca. La acción de tutela fue resuelta por el Tribunal Administrativo del Caquetá declarando improcedente la acción de tutela, con base en que no se pudo comprobar que se realizaría otra aspersión en la misma zona. La Sala consideró la acción de tutela como mecanismo improcedente para solicitar el amparo de los derechos invocados, porque el demandante no agotó la vía administrativa y la tutela es un mecanismo transitorio y subsidiario. El demandante interpuso la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y, si bien hizo el procedimiento correspondiente mediante la interposición de una queja ante la Personería municipal, ante la negativa de esta pudo iniciar una acción contencioso-administrativa. Por cuanto la motivación de la tutela no está fundada en argumentos probados sino en meras especulaciones del demandante y este no demostró circunstancias de urgencia, gravedad, inminencia e impostergabilidad en el proceso que se llevó a cabo en el Tribunal Administrativo, la acción de tutela es improcedente, dado que no se cumplen los presupuestos para que por esta vía se evite un perjuicio irremediable.

Si se da que culminado el procedimiento en el Grupo de Quejas y se detectan daños como consecuencia de las aspersiones con el herbicida glifosato, se debe estimar el valor de

estos, suscribirse el Acta de Reconocimiento con el beneficiario y proceder al pago.

La Sentencia del 28 de abril de 2005, con ponencia del magistrado Reinaldo Chavarro Buriticá, busca la protección al mínimo vital con ocasión de que el 27 de septiembre de 2004 se realizaron fumigaciones con glifosato en la vereda La Unión del Municipio de Belén de los Andaquíes en el Departamento de Caquetá, donde está ubicada la finca “La Sirena”, de propiedad del demandante el señor Alirio Guzmán.

Pasados tres días luego de las fumigaciones, el demandante se dio cuenta de que las hojas de las plantas se estaban cayendo y empezaban a secarse. Por lo que presentó una queja ante la Personería Municipal a la que le respondieron que las avionetas con las que se realizan las aspersiones aéreas con el herbicida glifosato tienen un radio de error de 700 metros a la redonda y, por ello, no se podía garantizar la reparación de los perjuicios ocasionados dentro de ese margen. Por lo anterior, señor Guzmán interpuso acción de tutela contra el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional (Dirección Antinarcóticos) ante el Tribunal Administrativo del Caquetá.

La tutela fue negada por improcedente pues, según las pretensiones del demandante, a pesar de que sus cultivos se estaban recuperando, solicitó que se ordenase a las entidades demandadas no volver a fumigar. Por tanto, el Tribunal consideró que el hecho de que se haya realizado la aspersión sobre su terreno no quiere decir que se volvería a fumigar sobre este. La Sala argumentó que no hay prueba en el expediente que determine la existencia de un nexo de causalidad entre las fumigaciones realizadas en el predio del demandante y el derecho alegado al mínimo vital. Solo queda en evidencia que hubo una afectación marginal proveniente de la fumigación sobre otros predios vecinos, que no es conclusiva para decir que la afectación en el predio del demandante fue consecuencia de esta.

En la Sentencia del 27 de enero de 2012, con ponencia del magistrado Carlos Alberto Zambrano, se busca la condena al pago de perjuicios por daños ocasionados como consecuencia de las fumigaciones realizadas por la Policía Antinarcóticos con herbicidas

químicos en noviembre de 1997 sobre un predio de la propiedad de la demandante, ubicado entre la Veredas Maquencal y La Nutria en el Departamento del Caquetá. En este no existían cultivos ilícitos y se produjo la quema y secamiento de 22,58 hectáreas cultivadas con pastos de grama dulce, gaudilla, trenza, entre otros, además de la defoliación de varias especies de árboles.

La Corte consideró que no se probó en el proceso que la demandante hubiese realizado el pago de dinero para el alquiler de otros pastizales con el propósito de alimentar semovientes que habían sido afectados por la fumigación. Por lo anterior, no se acreditó el perjuicio en ese aspecto y se revocará la condena del Tribunal en ese punto resolutive en específico. Sin embargo, en las reparaciones se ordenó condenar a la nación, el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional al pago de una suma de dinero por concepto de perjuicios materiales, por daño emergente.

En la Sentencia del 30 de enero de 2013 con ponencia de Stella Conto Díaz Del Castillo se persigue la imputación de responsabilidad a las entidades demandadas con objeto del pago de perjuicios por daños graves e irreversible con ocasión de que en el mes de mayo de 1999 el señor Cárdenas Rojas presentó queja ante la Personería Municipal de Belén de los Andaquíes por la fumigación. Por esto, el técnico y jefe de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria de la localidad fueron al predio para constatar lo ocurrido. Se evidenció que el cultivo de caucho estaba en defoliación total y la cobertura de gramíneas nativa del cultivo de caucho estaba secándose, además de que los cultivos de yuca estaban en pérdida parcial.

Según el Convenio sobre Biodiversidad Biológica, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y aprobado por la Ley 165 de 1994, dispuso en sus artículos 6, 8 y 10 que los Estados, dada su responsabilidad de conservar su diversidad biológica,

- (i) integrarán la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales, (ii) promoverán la protección de ecosistemas y hábitat naturales y el mantenimiento de poblaciones viables de

especies en entornos naturales y (iii) adoptarán medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica. (Sentencia Consejo de Estado, 2013, 4. Marco jurídico).

En la Constitución Política de Colombia (1991) está contemplada una dimensión positiva a la protección del ambiente, que se proyecta en cuatro aspectos importantes: el deber abstracto de protección por parte del Estado y los particulares, el derecho a gozar del mismo, el deber concreto en cabeza del Estado en la existencia y prestación del servicio público de saneamiento ambiental o la protección del mismo como un servicio público y el deber concreto que impone al Estado el ejercicio de funciones precautorias, preventivas represoras y de limitación de la propiedad y la libertad económica especialmente.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, el Estado y los particulares son civilmente responsables de los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada si son consecuencia de acciones que generaran contaminación o detrimento en el medio ambiente. Así pues, el daño al ecosistema tiene conducta antijurídica, aunque haya sido en desarrollo de una acción lícita y por lo tanto genera una responsabilidad que no varía aun habiendo permiso, autorización o concesión del Estado.

Del caso en concreto, se demostró el nexo causal, dado que los daños sufridos en los cultivos del predio de los demandantes fueron compatibles con los que causa el herbicida glifosato que se usa para el desarrollo del PECIG (las secuelas que deja este uso según la Auditora Ambiental para la Erradicación de Cultivos Ilícitos), además de que la parte demandada no probó que existieran cultivos ilícitos en el mismo. Por lo anterior, no quedó duda de la responsabilidad de las entidades accionadas.

Por su parte, la Consejera ponente argumentó que aunque el daño se haya configurado en desarrollo de una explotación lícita y legítima desde el punto de vista constitucional, tiene el carácter de conducta antijurídica y por lo tanto se generó una responsabilidad en cabeza del Estado.

El 20 de febrero de 2014 se produjo otro fallo con ponencia de Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, en el que los demandantes buscaron la indemnización por los perjuicios patrimoniales y extramatrimoniales que se produjeron sobre el cultivo de lulo de su propiedad como consecuencia de la fumigación de cultivos ilícitos ubicados en cercanías a su predio en la vía Algeciras – Balsillas, vereda Toscana, Departamento del Huila.

Cuando el daño recae sobre el ambiente este viene a ser de interés público, colectivo y no individual, es decir, que no afecta a una persona en particular si no a todas las personas y a la humanidad en general. Sin embargo, puede también generar daños individuales como consecuencia de la lesión ambiental, conocido como daño ambiental impuro que genera perjuicios conexos, reflejos e indirectos de corte subjetivo-individual. Los daños ambientales puros son perjuicios especiales que se concretan en el menoscabo de un bien jurídico inmaterial, unitario ya autónomo. Por lo tanto, nos alejamos de las condiciones de declaratoria de responsabilidad civil y, por ser un perjuicio colectivo, debemos basarnos en que:

i) las connotaciones del daño ambiental puro conducen a una transformación del concepto clásico de derecho subjetivo, puesto que no es menester probar la afectación de un interés particular y concreto, ser la “persona interesada”, sino que, por tratarse de un derecho colectivo, “cualquier persona” puede ser titular de este derecho subjetivo supraindividual; ii) el presupuesto de carácter cierto del daño puede no estar presente y el juez contencioso podrá en sede de acción popular evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de aquellos o la restitución del statu quo anti. (Sentencia Consejo de Estado, 2014a, punto 12.3).

La Sala consideró que en efecto existe un daño ambiental impuro ocasionado al demandante por la pérdida del cultivo de lulo sembrado en predios de su propiedad. La culpa no configura este tipo de responsabilidad ni su ausencia es un eximente del deber de reparar, y, dado que se trata de una actividad peligrosa, no es propio en principio adoptar un régimen de responsabilidad subjetivo, sino objetivo para determinar si la erradicación de cultivos ilícitos por

aspersión aérea generó objetivamente una amenaza de lesión para los bienes, derechos o intereses del demandante.

Sin perjuicio del riesgo excepcional, dicha corporación consideró también que la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente puede eventualmente fundamentarse en un caso de responsabilidad subjetiva como falla del servicio, siempre que se demuestre negligencia, imprudencia o impericia del ejercicio en el ejercicio de las competencias administrativas.

Es claro que hay evaluaciones científicas del riesgo de daños por aspersión con el herbicida glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales y hay estudios posteriores a la decisión de la acción popular del 2004 que dejan en evidencia que las erradicaciones aéreas con glifosato producen afectaciones ambientales por la citotoxicidad tanto aguda como crónica y la genotoxicidad, las cuales permiten que el daño no se limite únicamente a las plantas, sino que también pueden alterar la estructura del ADN en otros tipos de células como en los mamíferos.

La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) publicó en 2008 el estudio titulado “La aspersión aérea de cultivos de uso ilícito en Colombia” en el que sostuvo que, de existir un peligro de daño grave e irreversible, el hecho de que no haya certeza científica absoluta no es razón suficiente para no adoptar medidas eficaces a fin de impedir la afectación de los recursos naturales renovables y la degradación del medio ambiente, y no puede ser invocada. El acervo probatorio demuestra varios hechos que, bajo los parámetros de la sana crítica y las máximas de la experiencia, permiten concluir la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la destrucción de los cultivos de lulo.

Para la Sala es contundente, del acervo probatorio, lo siguiente:

i) la existencia de una actividad legítima y lícita de la administración consistente en la aspersión aérea de glifosato llevada a cabo el día 15 de enero de 1999, la cual comporta una fuente de alto riesgo para los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales

de las personas que no está obligadas a soportarlos; ii) el perjuicio ocasionado al señor Medina, particularmente sobre el cultivo de lulo, fue fruto de la concreción de un riesgo excepcional que se originó por el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa; iii) el nexo de causalidad entre la actividad legítima de la administración y los efectos de la lesión ambiental concretada en un daño antijurídico padecido por el demandante e imputable a la entidad demandada. (Sentencia Consejo de Estado, 2014a, punto 16.11).

Por lo anterior, no cabe duda de que la entidad demandada, dado que estaba en desarrollo de una actividad legítima pero peligrosa, tiene la obligación jurídica de asumir los efectos nocivos producidos en perjuicio de personas sin el deber jurídico de soportarlos. En la demanda se solicita se condene a la Nación—Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagar los perjuicios causados por la pérdida del cultivo de lulo consistente en el daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, la Sala encontró que en el proceso no existen fundamentos objetivos suficientes que permitan cuantificar el daño material que fue padecido por el demandante.

La Sentencia del 27 de marzo de 2014, con ponencia del consejero Guillermo Vargas Ayala, busca la protección de los derechos a la igualdad, debido proceso, legítima defensa, derecho a la contradicción y al acceso a la administración de justicia. El 17 junio de 2011, 42 agricultores del municipio de Policarpa-Nariño interpusieron acción de grupo contra la Nación—Ministerio de Defensa-Policía Nacional, para el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de los hechos ocurridos el 9 de febrero de 2010 en los que la Policía Nacional-Dirección de Antinarcóticos al realizar fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato a través de aspersiones aéreas. En febrero, se integraron al grupo otros agricultores igualmente afectados y solicitaron tener como prueba de su legitimación en la causa por activa oficiar a la Alcaldía para que se certificara la sana y pacífica posesión de sus predios. De lo anterior, el juzgado tercero administrativo del Circuito de Pasto negó la prueba, por lo que los demandantes interpusieron recurso de apelación y el Tribunal Administrativo de Nariño revocó la decisión del Juzgado y ordenó oficiar a la Alcaldía.

El Juzgado, no obstante, consideró que quedó demostrado que hubo una aspersión en el municipio, pero no se probó sobre qué predios fue, ni tampoco que la causa del perjuicio haya sido consecuencia de un daño ocasionado por aquella. Ante esto, el Tribunal decidió que 58 de los demandantes no alegaron una condición distinta a la de ser propietarios de los inmuebles afectados y que no estaban legitimados para interponer la acción, toda vez que se estaba demostrando con un título y modo y no con los documentos allegados.

Por lo anterior, los agricultores presentaron una acción de tutela para la protección de sus derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción y de acceso a la administración de justicia, que consideraron vulnerados por la Sentencia de 19 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro de la acción de grupo que aquellos instauraron contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional. La Sala del Consejo de Estado argumentó que es inadmisibles considerar que por no alegar una condición distinta a la de los propietarios de los inmuebles objeto de aspersión no resulte posible valorar otra calidad y que, por el contrario, los documentos aportados por la mayoría de los demandantes son tendientes a probar la calidad de titular de los cultivos objeto del daño por la aspersión.

En la Sentencia del 27 de enero de 2016, con ponencia de Hernán Andrade Rincón, se busca la reparación de los perjuicios con ocasión de una aspersión con glifosato que se realizó el 19 de marzo de 2004 por parte de la División de Antinarcóticos de la Policía Nacional en la vereda Pulgandé, municipio de Tumaco, Nariño,

con motivo de la destrucción total de veinte (20) hectáreas de cultivos de palma de aceite africana al igual que los cultivos para la protección de los suelos de cobertura vegetal (kudzu), sembrada en la misma área, como consecuencia de la indiscriminada aspersión aérea con Glifosato (...) en el predio rural denominado La Concepción. (Sentencia Consejo de Estado, 2016a, punto 1.1).

Esto ocurría desde 2003 por parte de aviones y helicópteros pertenecientes a la División Antinarcóticos de la Policía Nacional, que buscaban la destrucción de cultivos de coca

sembrados en esa región. Igualmente se dieron aspersiones en el año 2004 por parte de avionetas de la Policía Nacional, destruyendo 40 hectáreas de Palma Africana.

Conforme a estos hechos, este tribunal argumentó que la jurisprudencia ha dejado claro que cuando se trata de daños originados por la ejecución de actividades peligrosas por parte del Estado, le corresponde jurídicamente guardar la actividad calificada como tal y debe responder por perjuicios ocasionados como consecuencia de la creación del riesgo. Para reclamar indemnización, basta con que el actor pruebe la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho de la administración, el cual debió ser realizado en la actividad riesgosa. Dado que el Estado estaba a cargo de una actividad catalogada como riesgosa por el despliegue de operaciones aéreas de aspersión con glifosato, es imputable la responsabilidad del ente, a título de régimen objetivo como riesgo excepcional.

Para el caso en concreto, quedó probado que avionetas pertenecientes al PECIG realizaron una aspersión aérea con el herbicida glifosato sobre la zona rural del municipio de Tumaco, hecho que afectó una parte del predio de propiedad de la sociedad demandante “La Concepción”, un 80% de sus cultivos. Según la Sala, existió una actividad legítima y lícita de la administración que comporta una fuente de alto riesgo para los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de las personas que no están en la obligación de soportar. El nexo de causalidad está determinado por la relación entre la actividad de la administración y los efectos de la lesión ambiental por daño antijurídico sufrido por el demandante e imputable a la entidad demandada. Y, por último, no se probó por parte de la accionada la configuración de una causal eximente de responsabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se ordenaron las siguientes reparaciones por concepto de lucro cesante y daño emergente:

La cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y de conformidad con los parámetros establecidos en la parte motiva de

esta providencia. (Sentencia Consejo de Estado, 2016a, punto 2.6).

La Sentencia del 2 de mayo de 2016, con ponencia Danilo Rojas Betancourth, se registran los perjuicios causados a un criadero piscícola de los señores Leonardo Fabio Jaramillo Arango y Adriana García Chavarría por la aspersión con glifosato. En la demanda se afirmó que el señor Leonardo Fabio Jaramillo tenía licencia para el manejo del espacio público y ambiental, con el fin de desarrollar una explotación piscícola en el municipio de Barbacoas, motivo por el que construyó una granja de 1500 metros para la cría de alevinos, en el sector denominado Las Dos Juntas. Sin embargo, los días 9 y 10 de julio de 2003 funcionarios de la Policía Nacional y del Ministerio de Medio Ambiente realizaron una fumigación indiscriminada con glifosato, tanto en la zona rural como en la zona urbana de Barbacoas, que fue de tal magnitud que obligó a que se suspendiera el suministro de agua del acueducto municipal. El químico produjo la muerte inmediata de la totalidad de los peces de propiedad de los demandantes. La demanda fue admitida mediante el Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2003 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el cual se ordenó notificar personalmente a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional y a la Nación-Ministerio del Medio Ambiente.

Es menester hacer una distinción entre el daño causado al medio ambiente como un derecho colectivo y el daño que pueda llegar a sufrir una persona de carácter particular y concreto como consecuencia del primero. El último es susceptible de ser indemnizado por vía de acción de reparación directa o por una acción de grupo, por lo que el demandante debe probar la relación directa de la afectación individual por una eventual producción de un daño ambiental. Para el caso en concreto, es claro que el demandante probó lo anterior, por lo cual la Corte consideró posible determinar que la entidad demandada incumplió, por acción u omisión, alguno de los deberes de cuidado que le eran exigibles al momento de realizar la aspersión aérea del pesticida. Y prefirió utilizar el título de imputación de la falla de servicio, con base en que de esta manera se cumple una función de diagnóstico de la actuación de la

administración; por lo tanto, se contribuye a prevenir el acaecimiento del daño antijurídico y se facilita el eventual ejercicio de la acción de repetición.

El empleo del glifosato como medio policivo para erradicar cultivos ilícitos constituye una actividad riesgosa, pues por sí misma es potencialmente dañina y tiene un impacto directo e indiscriminado en el medio ambiente que puede causar daños individuales, incluso en la integridad física de los habitantes del territorio nacional.

En lo concerniente al régimen de responsabilidad, el Consejo de Estado no considera pertinente establecer un único título de imputación de responsabilidad, debido a que este varía de acuerdo con las circunstancias fácticas acreditadas dentro del proceso y no es tarea de la jurisprudencia determinarlo. Sin embargo, no existen elementos determinantes o suficientes para establecer la responsabilidad del Estado con una imputación de falla de servicio, y, por el contrario, se aplicará un régimen de responsabilidad de carácter objetivo bajo el título de imputación de riesgo excepcional.

Por lo anterior, según la Sala, no queda duda de la responsabilidad por el daño antijurídico que sufrieron los demandantes como consecuencia de la aspersion con glifosato, teniendo en cuenta que comporta un riesgo excepcional que debe ser reparado.

En la Sentencia del 17 de agosto de 2016, con ponencia de Marta Nubia Velásquez Rico, se solicita la acumulación de un proceso con otro, puesto que la causa del perjuicio de ambos procesos fue la fumigación con glifosato, con ocasión de los siguientes hechos:

el 16 de Diciembre el señor Carlos Julio Heredia Díaz, interpuso acción contencioso administrativa con medio de control de acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de que se le declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de las actividades de aspersion de glifosato del 14 de noviembre de 2009 sobre 5 hectáreas de la finca La Reserva, ubicada en la vereda Río Blanco de El Playón (Santander). La demanda así presentada fue admitida por el Tribunal Administrativo de

Santander y se le fue notificada a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, entidad que presentó escrito de contestación el 25 de mayo de 2012. Posteriormente, mediante solicitud fechada el 24 de julio de 2015, la parte demandante solicitó la acumulación del proceso de la referencia con el proceso de radicado No. 2012-00-318-00, el cual se encontraba dentro del mismo órgano colegiado, pero en diferente despacho. (Sentencia Consejo de Estado, 2016c).

El Tribunal Administrativo de Santander negó la solicitud de acumulación y, como fundamento de su decisión, señaló que no se cumplía con varios de los requisitos para su procedencia, por cuanto no había identidad probatoria entre los procesos, no existía identidad de los demandantes, así como tampoco concurría el requisito de identidad en los perjuicios solicitados por los demandantes. Inconforme con la decisión de primera instancia, el demandante interpuso recurso de apelación; sostuvo que el Tribunal en su providencia confundió la figura de la acumulación de procesos con la de la acumulación de pretensiones, por cuanto a su solicitud, de manera errónea, se le exigió, además de los requisitos consagrados en los artículos 157 y 159 del Código de Procedimiento Civil, las exigencias del artículo 82 ibídem, el cual regula la acumulación de pretensiones.

Este Tribunal argumentó que el Despacho competente trae a colación el artículo 157 del C.P.C en el que se establecen los requisitos para la acumulación de procesos. Entre ellos se encuentran: “1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda. 2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas”. De lo anterior, el Despacho encuentra que, si bien los dos procesos que se buscan acumular cumplen con los requisitos comunes del inciso primero, la solicitud de acumulación procesal no cumple con los requisitos de los numerales 1 y 2 señalados en la norma para tal fin, puesto que en el proceso No. 2012-00-318-00 se encontraban más entidades demandadas, que no estaban en el proceso en cuestión. Esta corporación, al evidenciar que los elementos fácticos como los

demandados no coinciden en ambos procesos, decide no conceder la acumulación de los litigios.

En la Sentencia del 5 de abril de 2017, con ponencia de Marta Nubia Velásquez Rico, se persigue la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la aspersión de cultivos ubicados en la finca de nombre "La chambita". Con ocasión de que el señor Ítalo Barrientos Ibarra era un agricultor de profesión que tenía siembras de diversos tipos que se encontraban en proceso de producción. El 15 de agosto del 2003 la fuerza aérea lleva a cabo una fumigación de cultivos que destruyó las siembras, que eran la única fuente de ingresos de él y su familia. A pesar de que adelantó el trámite establecido en la Resolución 000 17 del 4 de octubre del 2001, al señor Barrientos no se le reconoció el pago de los perjuicios ocasionados por la aspersión de sus cultivos.

El Consejo de Estado dice que la demanda fue interpuesta en el término adecuado para cumplir con el principio de inmediatez, sin embargo, no se puede concluir que los demandantes demuestran la calidad de propietarios, pues solo se mostró una copia simple de la escritura pública. No se demostró la posesión del demandante sobre los cultivos mencionados, tampoco se demostró en qué consiste el daño a los cultivos; por lo tanto, no pueden prosperar las pretensiones de la demanda y se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

En la Sentencia del 8 de septiembre de 2017, con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se persigue la indemnización con ocasión de que el demandante, el señor Marulanda, expresara que tiene un predio en el cual cultiva pimienta y que el 20 de mayo del 2004 la policía antinarcoáticos lo fumiga por medio de una aspersión con glifosato. Por esta razón, el señor presenta el 3 de junio una queja por los daños causados a su plantación. El 9 de septiembre se le admite la queja por la expresión realizada a la plantación de pimienta de su propiedad. En primera instancia se niegan las pretensiones de la demanda. En segunda instancia se declara la responsabilidad de la parte demandada.

La sala encuentra que el procedimiento de fumigación no se realizó respetando los parámetros establecidos en la ley, por lo tanto, el área que se debía definir para que no se presentaran posibles daños a la comunidad, no se definió de manera correcta, por lo que declara la responsabilidad y condena a pagar los perjuicios causados. (Sentencia Consejo de Estado, 2017b).

La Sentencia del 18 de mayo del 2018, con ponencia de la magistrada María Elizabeth García González, persigue la protección de los derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Dentro de los hechos se expone que el 3 de julio del 2012 se interpone una demanda con el medio de reparación directa contra la Nación, Ministerio de Defensa y Policía. La demanda se interpone debido a los daños causados a los cultivos existentes en el predio San Fernando por aspersion con glifosato. La demanda le corresponde al juzgado primero administrativo, quien a través de la Sentencia del 28 de julio del 2015 declara probada la excepción de indebida escogencia de la acción y se inhibió a dictar fallo de fondo. Se interpone apelación ante el Tribunal sobre la Sentencia del 28 de septiembre del 2017 revocando la decisión y negando las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la Corte advirtió que se están alejando derechos fundamentales e hizo un análisis en el que efectivamente se cumple el requisito de inmediatez; empieza a probar que no se incurrió el defecto fáctico, ya que efectivamente se hizo una valoración probatoria de las pruebas allegadas al proceso y empieza a hacer un listado de cómo se valoraron estas, por lo que deniega el amparo solicitado por el actor.

La Sentencia del 17 de septiembre de 2018, con ponencia de Jaime Enrique Rodríguez Navas, se desarrolla con ocasión de que el señor Alcides Sinisterra demandó el reconocimiento y pago de los perjuicios que se le causaron como consecuencia de la fumigación hecha con glifosato. Dicha operación fue llevada a cabo por el área de erradicación de cultivos ilícitos de la Policía Nacional sobre la finca la Nelicia, ubicada en el corregimiento de San José de Guare, municipio de Guapi. Se realizó los días 28 de agosto de 2008 y 13 de septiembre de 2009 y

ocasionó la pérdida total de los cultivos de pan coger y árboles frutales. El Consejo de Estado consideró que la demanda se presentó en tiempo, pues los hechos de los que se pretende derivar la responsabilidad del estado ocurrieron el 29 de agosto de 2008 y el 13 de septiembre de 2009. La solicitud de conciliación se radicó el 18 de agosto de 2010, la constancia se expidió el 18 de agosto de 2010 y la demanda se presentó el 21 de octubre de 2010, es decir, dentro del término de dos (2) años que el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A. establece. El demandante está legitimado en la causa por activa en cuanto sufrió la pérdida de los cultivos como consecuencia de la fumigación con glifosato. El daño como primer elemento de la responsabilidad es el menoscabo del interés tutelado, y es antijurídico en la medida en que el administrado no está obligado a soportarlo.

La responsabilidad del Estado por aspersión aérea con glifosato tiene fundamento en la Ley 30 de 1986, el Decreto 1188 de 1974, que reglamentó el estatuto de estupefacientes, y la Ley 30 de 1986, que actualizó las disposiciones para combatir el narcotráfico y adoptó el estatuto nacional de estupefacientes, con el fin de combatir el problema social que la producción y tráfico de drogas le estaban ocasionando al país. Cuando la entidad, a pesar de cumplir los protocolos y requisitos necesarios para proceder a la fumigación por aspersión aérea de cultivos ilícitos, causa un daño por cuenta de esta aspersión, el Consejo de Estado ha señalado que, dado el riesgo que produce o que puede producir, es obligación del Estado reparar el daño causado. Se tendrá por probada la condición de comodatario que habilita al demandante para reclamar el perjuicio. El demandante no tenía la obligación jurídica de soportar el daño antijurídico causado por la entidad demandada, por lo que a esta le asiste el deber de repararlo integralmente.

La Sala le otorgó pleno valor al dicho de cada uno de los declarantes, pero destaca que no prestan mérito para demostrar el perjuicio moral y confirma la decisión de abstenerse de reconocer y compensar el perjuicio moral. Para el perjuicio material no es suficiente con la estimación económica que haga el demandante, sino que es necesario que las sumas pedidas

estén acreditadas y soportadas con elementos de prueba contundentes y que no dejen duda alguna en el juzgador de su existencia y monto, lo cual no ocurrió en este evento. Se ordena trámite incidental. Dentro de los puntos resolutiveos se encontró que la Sala le otorgó a la parte interesada el término de tres (3) meses para presentar la liquidación, so pena de que se tenga por no demostrado el perjuicio reclamado. La decisión se abstuvo de reconocer y compensar el perjuicio moral.

El 25 de enero de 2019 se emitió una Sentencia del magistrado Oswaldo Giraldo López sobre una Acción Popular interpuesta el 3 de febrero de 2015 por el señor Albeiro Menese, en representación de los habitantes de los corregimientos Madrigal, Santa Cruz, y del municipio de Policarpa en el departamento de Nariño. El señor Menese solicitó la protección de los derechos colectivos de la comunidad a un ambiente sano, al equilibrio ecológico y manejo racional de los recursos naturales, a la conservación de especies animales y vegetales, a la defensa del patrimonio público, a la salud, a la conservación de los recursos naturales, a tener un suministro diario y suficiente de agua potable y al trabajo. En su opinión, estos derechos han sido vulnerados por las autoridades demandadas como consecuencia de la aspersión de glifosato en la zona que tiene como fin la fumigación de los cultivos ilícitos. Esta situación ha generado el desplazamiento de varios miembros de la comunidad, la afectación en los cultivos de pan coger y el daño ambiental en el suelo y en los cuerpos de agua, así como en la salud de las personas.

En este caso, este tribunal argumentó que, al momento de presentar la demanda, el hecho causante ya se encontraba superado, y además no hay relación entre los derechos alegados y las pretensiones. Por lo anterior, no se dan reparaciones, ya que prospera la excepción del hecho superado.

En la Sentencia del 4 de abril de 2019, con ponencia del magistrado César Palomino Cortés, se alega la protección de los derechos a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y el acceso a la administración de justicia con ocasión de las fumigaciones aéreas realizadas el

11 de mayo del 2014 a cultivos de cacao y plátano del señor Héctor Modesto Peña Cortés. En este caso, el Consejo de Estado argumentó que el defecto fáctico no se da, puesto que el Tribunal se basó en las pruebas aportadas para tomar una decisión; no existe desconocimiento del precedente, puesto que no hay una sentencia de unificación que regule el tema y, por lo tanto, no hay un precedente establecido. Por lo que en los puntos resolutivos se confirmó la Sentencia de 14 de febrero de 2019 (segunda instancia), proferida por la sección quinta de esta corporación, dentro del amparo de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

En la Sentencia del 11 de abril de 2019 la magistrada Nubia Margoth Peña Garzón da cuenta de la vulneración de los derechos a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital y al acceso a la administración de justicia, con ocasión de las fumigaciones que se realizaron los días 16 y 17 de marzo de 2008 en los cultivos de Rubén Darío González. El Consejo de Estado argumenta que no se probó un daño a la salud, ni la deficiencia económica, por lo que le concede \$224.832.064 en relación con 24 meses de daño.

### **Conclusiones**

- El derecho a la reparación en el caso de la aspersión aérea con glifosato sobre territorios y comunidades étnicas aparece relacionado con el derecho a la consulta previa dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, ya que se manifiesta un reconocimiento jurídico de un tratamiento especial que deben tener los grupos étnicos dentro del desarrollo de esta política estatal, en la medida que debió realizarse un ejercicio de consulta previa antes de las aspersiones. Esta consulta no se realizó en los casos estudiados, pero aparece ligada en la reflexión de la reparación que ocurre después de producirse los daños colectivos sobre las comunidades étnica, ya que solamente de esta manera es posible asegurar construir una efectiva reparación que atienda a las tradiciones y a la cultura de estas comunidades. Lo anterior contribuye a un resarcimiento de los daños que se ocasionan sobre estas comunidades; como lo mencionó la Corte Constitucional, esta

correlación permite una etnoreparación. Por lo tanto, ordenan en gran medida el desarrollo de la consulta previa con supervisión de los ministerios, que deben propender por que se haga en debida forma, de buena fe y en general cumpliendo con los presupuestos explicados y desglosados en la parte emotiva de cada una de las sentencias.

- Dentro de las garantías de no repetición se contempla la prohibición de las aspersiones aéreas con el herbicida glifosato entre tanto no haya una reforma o un replanteamiento del PECIG, debido a los múltiples daños que ha ocasionado y a los derechos que se vulneran con esta acción estatal, que es legítima y cumple con las licencias requeridas para este tipo de formas de erradicación de cultivos ilícitos, pero que en la práctica genera perjuicios al ambiente y a la salud.
- Es importante advertir que la reparación en el caso del Consejo de Estado no registra un desarrollo adecuado sobre el reconocimiento del derecho a la reparación y las garantías de no repetición de los daños ocasionados sobre territorios, el medio ambiente, cultivos y efectos en la salud humana del glifosato. Falta una correlación del ejercicio de las ramas ejecutiva y legislativa desde la cuales se construyan escenarios de reconocimiento de las falencias ocasionadas por los organismos y entidades estatales, bajo las cuales busquen reparar y prevenir la generación de daños que se orientan bajo el principio de precaución, como es el caso del glifosato. Igualmente, estas falencias se registran en la falta de protección jurídica sobre las minorías, donde es necesario la creación de garantías y de una justicia equitativa que propenda por la protección de los derechos humanos. Por ello, cuando la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no salvaguardan estos derechos colectivos y fundamentales, es necesario acudir con urgencia a las instancias internacionales en búsqueda de una mejor garantía que permita el resarcimiento de los daños.
- Durante el análisis de las sentencias se registra una falta de interés estatal sobre las comunidades étnicas, ya que existe un vacío en el aspecto en que no se entiende el concepto de reparación como un todo, y en últimas la reparación no solo consiste en pagar

una indemnización por perjuicios ocasionados, pues hace falta incluir la reparación integral en los casos de la aspersión aérea con glifosato, así como un mayor desarrollo de la etnoreparación, que no quede limitada a formular la necesidad de desarrollar una consulta previa. Este es un derecho fundamental y la Corte Constitucional ha avanzado en ordenar una reparación que incluya la participación de las comunidades, donde se busca crear espacios para escuchar las opiniones y posiciones de las comunidades.

No obstante, las instituciones estatales pocas veces desarrollan la consulta previa, ya que resulta un debate profundo para poder consultar a una comunidad porque siempre miran los gastos que acarrea, a los que les dan más importancia. Contrario a esto, la propuesta de esta tesis sería que el Estado colombiano, aprovechando este avance de la Corte Constitucional, debe hacer campañas educativas institucionales para que estas entidades aprendan a conectarse con las necesidades de esas comunidades y, así, la consulta previa se entienda como una herramienta de primera mano y una imposición para evitar el tipo de violaciones que se documentaron previamente.

- En cuanto a las garantías de no repetición, los jueces de la Corte Constitucional han ordenado el cese en las actividades que se despliegan para cumplir con el PECIG. Si bien esto es una medida que no permite que se siga esta violación masiva de derechos humanos, considerando que son territorios ancestrales de extrema pobreza y con falta de oportunidades por el abandono estatal, es menester recalcar lo que la presión política puede lograr, si de intereses contrapuestos se trata. Es decir, aunque exista la prohibición en el actuar del Estado frente a la erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea con el herbicida glifosato, los intereses de la clase política siempre llevarán a reconsiderar que se vuelva a usar este tipo de sustancias nocivas, pues por debajo de esto también está la comunidad internacional que está plenamente interesada en acabar con el narcotráfico a como dé lugar.
- Con ocasión a las aspersiones con glifosato en el territorio colectivo de la comunidad negra

de San Marcos, y en aplicación de los criterios de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo que se busca es que se garanticen y se restablezcan los derechos de esta comunidad. Es necesario que se establezcan medidas garantistas que permitan frenar la forma indiscriminada en que se han producido las aspersiones aéreas con glifosato, interrumpiendo la tranquilidad y la paz de estos territorios. Una consulta previa libre e informada es necesaria en el territorio, dado que, aunque hoy es cuestionada por muchos entes políticos y del Estado, garantiza la participación de la comunidad con el fin de determinar los daños y la reparación que persigue la comunidad. Igualmente, es necesaria la aplicación de una reparación integral que contemple dentro de las garantías de no repetición la imposibilidad de volver a rociar a la comunidad y al territorio con glifosato. Además, es importante que la reparación integral en San Marcos busque el resarcimiento y respeto por los derechos humanos, como es la vida digna, la salud, la propiedad colectiva, la diversidad étnica y cultural, así como el desarrollo de medidas que permitan reconstruir la tranquilidad que se ha visto irrumpida por el accionar de políticas estatales, que terminan por violentar, desconocer, perturbar y alterar la tradicionalidad, la ancestralidad y la biodiversidad.

### **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del derecho a la reparación se realizó buscando un enfoque étnico de reparación con ocasión de la aplicación y tratamiento que se le espera dar al caso de la comunidad negra de San Marcos como grupo étnico. Por tanto, se tomaron las sentencias de fondo emitidas por este tribunal en materia de grupos étnicos. Igualmente se incluyó en este estudio el caso Operación Génesis Vs. Colombia, ya que da cuenta de un antecedente importante en materia de reparación a una comunidad étnica y afro. Igualmente, esta selección se realizó en la medida que permite estudiar la reparación colectiva, étnica y ambiental, dando cuenta de las relaciones que tienen estas comunidades y pueblos étnicos en relación con el territorio y con el ejercicio de tradiciones y prácticas culturales ancestrales. En total son 10 sentencias, que se

encuentran ordenadas cronológicamente desde el 2001 hasta el 2016. El estudio de estos casos permite denotar un tipo de reparación que se ubica en escenarios de conflicto armado y estigmatización de los grupos étnicos, así como el desarrollo de proyectos extractivistas que en la región americana permiten demostrar las realidades y los conflictos que, al igual que la aspersión aérea con glifosato, afectan la vida comunitaria.

El caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Sentencia del 31 de agosto de 2001) se genera por la adjudicación de una concesión maderera a la empresa Solcarsa en el territorio de la población perteneciente a la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sin que el Estado de Nicaragua ejerciera algún tipo de consulta previa. Esto se vincula a la falta de reconocimiento de la propiedad ancestral de esta Comunidad, debido a la ausencia de delimitación y demarcación del territorio, lo cual genera graves consecuencias en la vida y desarrollo de los miembros de la Comunidad.

Esta demanda fundamenta la violación del artículo 25, Derecho a un recurso judicial, y el artículo 21, el derecho a la propiedad, en este caso propiedad colectiva. En el análisis de la Comisión IDH se expresó la relevancia de la relación de los miembros de la Comunidad indígena con la tierra y sus recursos con los derechos a la vida, la honra y la dignidad de los miembros del pueblo, ya que solamente al interior de este espacio geográfico es posible dar continuidad del ejercicio cultural.

La Corte IDH manifestó que, si bien existe una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal en Nicaragua, es ausente un procedimiento que permita la titulación de las tierras con claridad, lo que impide la eficacia del recurso y conduce a la ausencia material del derecho a la propiedad colectiva que le pertenece a un grupo específico, conformado por una pluralidad de miembros que comparten una cosmovisión. Allí la tierra es el espacio que permite la vida y el ejercicio de la cultura, de la vida espiritual, de la integridad, de la supervivencia económica de la Comunidad. No se reduce a un elemento de posesión y producción, propios de la concepción occidental de la tierra, sino que implica una interacción entre lo material y lo

espiritual, necesarios para la preservación del legado cultural, para la transmisión a las generaciones futuras.

En materia de reparación, la Corte ordenó al Estado adecuar en su derecho interno medidas legislativas, administrativas, etc., que permitan constituir un "mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas" (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, Reparaciones, párr. 1). Así mismo, la Corte le limitó al Estado realizar actuaciones por sí mismas o terceros bajo su "su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni" (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, Reparaciones, párr. 2).

Además, se argumenta que la Sentencia en sí es una forma de reparación y que a su vez el Estado debe reparar el daño inmaterial pagando "US\$ 50.000 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, Reparaciones, párr. 4).

El caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005) muestra un escenario de violación a los derechos humanos a la Comunidad que ha vivido ancestralmente en el Chaco paraguayo, cuya economía se basa principalmente en la caza, la recolección y la pesca, y también el cultivo de ganado vacuno, ovino y caprino. A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas a través de la bolsa de valores de Londres, las cuales adquirieron empresarios británicos que comenzaron a instalar en ellas varias misiones de la iglesia anglicana. La iglesia anglicana, al ver las condiciones de vida que sufriría la Comunidad, decidió darles una extensión de tierra muy pequeña y en la cual no podían realizar sus prácticas de vida que estaban en contra de la

religión. Por lo tanto, en 1993, miembros de la Comunidad decidieron que iban iniciar un proceso para reivindicar las tierras, ya que las consideran como su hábitat tradicional. No fue hasta el 10 de diciembre de 2001 que se le reconoció personería jurídica a la Comunidad. Se alega la violación de los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, ya que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción.

La Corte considera que en lo que respecta a pueblos 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, valores, usos y costumbres.

El derecho a la reparación se describe en las reparaciones ordenadas por la Corte al Estado, y consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

La indemnización por el daño material debe comprender los gastos en que incurrieron los miembros de la Comunidad Yakye Axa en las diversas gestiones que realizaron, con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias. Como daño inmaterial, la Corte estimó pertinente que el Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con los párrafos 215 a 217 de esta Sentencia. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. El Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa.

El caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (Sentencia del 29 de marzo de 2006) se da por la violación y ausencia del reconocimiento de la personería jurídica y

de la reivindicación de la propiedad tradicional y sus recursos por parte de Paraguay. A causa de la expropiación de su territorio y de su posterior desplazamiento a estancias ganaderas, la Comunidad vivió bajo condiciones de pobreza extrema hasta que fueron expulsados de allí por los propietarios, no teniendo otra opción que ubicarse al borde de una carretera nacional. Allí sus miembros sufrieron graves problemas de alimentación, salud, vivienda, alta exposición solar e inseguridad en la movilidad por la presencia de vehículos que ocasionaron la muerte de algunos de los miembros de la Comunidad. Se alegó el incumplimiento de los artículos 8, 21 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En esta ocasión se enmarca la relación de la propiedad colectiva con la diversidad cultural desde una interpretación de la identidad y pertenencia de un grupo, en el cual se concretan necesidades colectivas que permiten mostrar la construcción pluralista de una sociedad. Allí definir la propiedad privada como único modo de comprensión de la propiedad termina por eliminar una comprensión integral de la diferencia. No obstante, se retoma el criterio dado en el caso de la Comunidad Yakye Axa sobre los límites de la propiedad colectiva.

En el caso, la Corte IDH encontró la falta de adecuación en el derecho interno de Paraguay de medidas que reconozcan y permitan materialmente el ejercicio de la propiedad colectiva, ordenando en este sentido la reparación y obligando al Estado a tomar medidas legislativas, administrativas, etc., que permitan entregarle las tierras a la comunidad, así como bienes y servicios básicos para su subsistencia.

Se destaca dentro de la reflexión final del caso, en el "voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade", la relación que se describe entre el derecho a la reparación el olvido, el derecho a la vida digna y el estado de vulneración en el que sobreviven grupos étnicos, como el que se relata en el caso; allí se establece:

En el presente caso de la Comunidad Sawhoymaxa, una vez más, el despertar de la conciencia jurídica universal, - como fuente material última de todo el Derecho, como vengo insistiendo en mis numerosos Votos en el seno de esta Corte<sup>332</sup>, - ha de nuevo

posibilitado, después de los casos de los "Niños de la Calle" (1999-2001) y de la Comunidad Yakye Axa (2005), que los olvidados y abandonados del mundo, sobreviviendo en circunstancias las más adversas en medio a la total indigencia a ellos impuesta por sus semejantes, alcanzasen la instancia judicial internacional en búsqueda de la realización de la justicia.

## 2. La Gran Lección del Presente Caso de la Comunidad Indígena

Sawhoyamaxa. 67. En mi entender, en el presente caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, al igual que en el caso congénere de la Comunidad Yakye Axa, se comprobó fehacientemente la responsabilidad internacional del Estado por la creación, y la perpetuación en el tiempo, de la situación de condiciones inhumanas de vida que llevaron a la muerte de varios miembros de ambas Comunidades Indígenas. Al contrario de lo que sostuvo la mayoría de la Corte en el caso de la Comunidad Yakye Axa, no se necesitaba prueba adicional alguna, ninguna "prueba para mejor proveer" (la probatio diabolica). Y la presunta ausencia de prueba (adicional) no podría jamás (como concluyó equivocadamente la mayoría de la Corte en el caso de la Comunidad Yakye Axa) ser entendida como comprobando la no-ocurrencia de la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa. En su afán de decidir apresuradamente aquel caso (y otros), la mayoría de la Corte se apartó de la propia jurisprudencia del Tribunal, tanto en materia de derecho material - en relación con el derecho fundamental e inderogable a la vida - como en materia probatoria. (Caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 2006, puntos 66 y 67).

El caso Escué Zapata Vs. Colombia (Sentencia del 4 de julio de 2007) muestra la persecución por parte de militares del ejército colombiano a Germán Escué Zapata, a quien torturaron, amarrándolo y golpeándolo, sacaron a golpes de su casa y luego dispararon, asesinándolo en un caserío en Jambaló. Este asesinato no fue debidamente investigado por

parte de la justicia colombiana, y se inscribe por ser Escué Zapata "un Cabildo Gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló (...) que se dedicaba a la agricultura al igual que los demás miembros de su comunidad, así como a la defensa del territorio indígena" (Caso Escué Zapata Vs. Colombia, 2007, Hechos, párr. 1).

El Estado aceptó la responsabilidad internacional de los hechos, por lo que se orientó una reparación especial en el caso, mostrando que la Sentencia en sí misma es una forma de reparación; se orientó una reparación económica por daños materiales e inmateriales, así como el reintegro de las costas procesales. Además, se destinó una cantidad de dinero para que la comunidad de Jambaló lo invierta en obras de intereses colectivos para su propio beneficio.

El caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (Sentencia de 12 de agosto de 2008) se produce con ocasión de la construcción de una represa hidroeléctrica en los años sesenta 60, que produjo graves inundaciones. Se invocó la vulneración de los artículos 21, 253, 354, 21 y 5, en relación con los artículos 2.1 y 1 de la Convención, los cuales corresponden a la propiedad colectiva, la obligación de aportar y adecuar las disposiciones de la Convención en el Derecho interno, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial. En el caso, el Estado no es parte del Convenio 169 de la OIT, lo que genera el cuestionamiento de la existencia de reconocer el derecho a la propiedad colectiva, elemento que la Corte va a demostrar afirmativo, ya que esta obligación no se generó solo por el Convenio de la OIT, sino que se hace extensiva por la ratificación del Pacto de los derechos civiles y políticos y el Pacto de los derechos económicos, sociales y culturales. En el interior de estos se expresa el derecho a la autodeterminación de los pueblos étnicos, protegiendo el uso y goce de los recursos naturales como medida para proteger los medios de subsistencia; es una obligación extensiva sobre los pueblos tribales, debido a la similitud de condiciones históricas en la construcción cultural, social y económica desde la propiedad colectiva.

Aparece el derecho al uso y goce de los recursos naturales dentro y sobre las tierras

que tradicionalmente ha poseído el Pueblo Saramaka, que se fundamenta en el ejercicio de las tradiciones y las costumbres, junto con la posibilidad de subsistencia económica de los miembros de la comunidad, con la siguiente condición: “(...) siempre y cuando se demuestre el uso, goce y ocupación tradicional de los mismos, y que la carencia del ejercicio de estos recursos generaría un riesgo para la misma supervivencia”.

En el caso concreto, las concesiones madereras fueron estudiadas por la Corte en relación con las prácticas tradicionales de los miembros del pueblo Saramaka, logrando determinar la relevancia que tiene el uso de la madera para su supervivencia actual y futura. Como comunidad han “cosechado, utilizado, comercializado y vendido los productos de madera de forma tradicional”, siendo una práctica vigente, de conformidad con el numeral 146 de la sentencia. Esto implica que el Estado no debió otorgar la concesión maderera, puesto que ponía en peligro las prácticas culturales de los Saramaka requeridas para su supervivencia como pueblo tribal sin haber realizado la consulta previa. Es diferente lo relacionado a las concesiones mineras auríferas, en las que el oro no ha sido parte de sus prácticas culturales y/o económicas, pero, debido a las consecuencias que este tipo de explotación generaría sobre otros recursos naturales esenciales para la supervivencia, como el agua, el Estado debió consultarle a los Saramaka. Conforme a lo anterior, la Corte IDH determinó que el Estado de Surinam violó los artículos 21, 3, 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, por lo que la Corte ordenó la reparación, de la cual se destaca lo siguiente:

Delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. El Estado debe otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el

acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. (Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2008, punto 192).

El caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (Sentencia del 31 de agosto de 2010) da cuenta de la situación de la Señora Rosendo Cantú, quien pertenece a la comunidad indígena Me'phaa de la comunidad de Caxitepec, estado de Guerrero. En ese territorio habitan poblaciones de comunidades indígenas en situación de vulnerabilidad, reflejada en la deficiente administración pública. Por lo que al estar tan deslegitimado el Estado, no acceden a la administración de justicia. Las mujeres del estado de Guerrero han sido constantemente vulneradas por estar sometidas a una estructura patriarcal, en manos de las fuerzas armadas o policiales. Para 2001, había gran presencia militar en el Estado de Guerrero, para combatir actividades ilegales como la delincuencia organizada. El 16 de febrero de 2002, la señora Rosendo Cantú (17 años en ese entonces) se encontraba lavando ropa, cuando ocho militares se acercaron donde la mujer que se encontraba a punto de bañarse. Rosendo Cantú fue interrogada mientras le apuntaban con un arma y posteriormente dos de ellos, a la fuerza, la accedieron sexualmente. El 25 de febrero, ella caminó más de ocho horas hasta llegar a un hospital y no le prestaron el servicio de salud. El 27 de febrero de 2002, ella y su esposo interpusieron queja en contra de elementos del Ejército por violación de DDHH ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El 7 de marzo del mismo año, se admitió la denuncia y el presidente de la Liga Mexicana por la Defensa de los Derechos Humanos presentó denuncia ante la CODDEHUM. El mismo día, la Secretaría de Defensa Nacional afirmó que el Ejército no había estado en operaciones en esa fecha en la que ocurrieron los abusos.

La Organización Indígena de Pueblos Mixtecos y Tlapanecos A.C, el Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan A.C y el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez A.C presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de noviembre de 2003. Se presenta el caso con ocasión de la vulneración de

los artículos 5 (Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad) y 19 (Derechos del Niño) de la Convención Americana. La Corte tomó por probado el hecho de violencia sexual del que fue víctima la señora Rosendo Cantú, atendiendo a las cualidades especiales de la misma por ser perteneciente a un pueblo indígena y la manera en que procedió luego del hecho.

El Estado afirmaba que la víctima no había manifestado si no hasta el día de la denuncia que fue víctima de violencia sexual, y no lo hizo en los momentos en que acudió a centros asistenciales. La Corte consideró que la víctima no estaba en obligación de declarar los hechos victimizantes en estas entidades por su condición especial de pertenecer a un grupo étnico y lo que representa para ellos este tipo de agresiones. En adelante, la Corte se encargó de definir qué hechos constituyen un acto de tortura, agrupándolos en tres requisitos: “intencional, ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales y iii) se haya cometido con determinado fin ó propósito” (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2010, Análisis de los méritos, punto 110). Por otro lado, la Corte afirmó que son evidentes las afectaciones a la integridad personal de la señora Rosendo por el trato que tuvo por parte de las autoridades al obstaculizar el acceso a la justicia. Y del lado de la hija que en el momento tenía pocos meses de nacida, se evidencia una vulneración y grave afectación emocional por el desmembramiento de la familia y el alejamiento de su comunidad y de su cultura indígena, que afectó la construcción de su identidad.

La Corte reiteró además que la participación de las víctimas en procesos penales no está limitada a la reparación del daño, sino a hacer efectivos sus derechos a conocer la verdad y a la justicia. En cuanto al reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte considera que este debió garantizar la investigación sin discriminación y permitir que las víctimas sean oídas. El Estado debe velar por proteger a los ciudadanos teniendo en cuenta sus características particulares, económicas, sociales, su situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

El derecho a la reparación aparece descrito en las reparaciones que ordena la Corte al Estado, las cuales consisten en desarrollar bajo fuero ordinario investigación, juzgamiento y sanción por los hechos ocurridos. En materia de grupos étnicos se destaca la obligación que se le genera al Estado en el marco de reparación de implementar "programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual contra las mujeres, que incluyan una perspectiva de género y etnicidad, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero" (caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2010, Reparaciones, párr. 9).

El caso del pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (Sentencia del 27 de junio de 2012) da cuenta de los daños y violaciones proporcionados por empresas petroleras en territorio del pueblo Kichwa, que está ubicado en la región del Ecuador Amazónico en la provincia de Pastaza desde 1992. El 26 de junio de 1996 entre las compañías Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), el Consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A (CGC) y la Petrolera argentina San Jorge S.A se suscribió un contrato de participación para la explotación de hidrocarburos y petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región amazónica (provincia de Pastaza), sin consultar previamente con la comunidad y obtener su consentimiento. Dicho contrato exigía la realización de un plan de impacto ambiental, sin embargo, no se ejecutó. Luego de la adopción de varios tratados internacionales por parte del Ecuador, el Pueblo Kichwa no permitió que continuaran con las actividades de prospección en su territorio y se suspendieron. En 2001 los representantes de las petroleras contrataron antropólogos y sociólogos para poder llegar a un acuerdo comunitario. Sin llegar a uno, la Asociación de Sarayaku se remitió al Ministerio de Energía y Minas para manifestar su desacuerdo con la actividad de explotación de hidrocarburos y petróleo en su territorio.

En 2002 el vicepresidente y las vocales de la Junta Parroquial Rural del Pueblo Kichwa presentaron queja ante la Defensoría del Pueblo, a lo que esta respondió que los miembros de esta comunidad están protegidos legalmente. En el mismo año, un representante de las

asociaciones del pueblo Kichwa presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de la Empresa CGC. El Juez dictó medida de precaución de suspensión. No obstante, las empresas petroleras avanzaron con la actividad. En julio de 2003 se ocasionaron daños en cuevas, fuentes hídricas, ríos subterráneos vitales para suplir las necesidades de las miembros de la comunidad, tala de árboles, entre otros. Además, miembros de la comunidad denunciaron amenazas y hostigamientos en contra de sus líderes. En abril de 2009, el Consejo de Administración de PETROECUADOR levantó la suspensión de actividades en el territorio, por un oficio del Ministerio de Minas y Petróleos. En noviembre de 2010, PETROECUADOR y CGC firmaron un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23.

Se persiguió la protección del art. 21, derecho a la propiedad privada; arts. 4, 8, 25, derecho a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial; art 22, derecho de circulación y residencia, y art 5, derecho a la integridad personal de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

Considera la Corte que las comunidades indígenas guardan estrecha relación con su territorio, debido al valor cultural. Es por esto por lo que debe reconocerse y garantizarse fundamentalmente el derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales. El Estado debe implementar y adoptar medidas en su ordenamiento interno tendientes a generar un diálogo con las comunidades en el que ellas participen directamente. La consulta contemplada en el Convenio 169 de la OIT aplica a los proyectos que hubieren sido contratados con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo tanto, el Estado debía cumplir con la obligación de la realización del proceso para conservar el territorio ancestral de estas comunidades, desde 1999.

El proceso de consulta debe llevarse a cabo cumpliendo con los requisitos de que sea previa (antes de suscribir, aprobar o implementar un proyecto de explotación de recursos

naturales en su territorio), de buena fe (“como un verdadero instrumento y no un mero trámite formal”), adecuada (que las comunidades puedan comprender oportunamente), accesible, informada (que las comunidades conozcan de los riesgos), encaminada a llegar a un acuerdo y que se realicen estudios de impacto ambiental. De acuerdo con lo anterior, la Corte concluye que no se realizó consulta previa a la suscripción del contrato con la CGC. El Estado obró de mala fe, toda vez que por medio de la coacción acalló las manifestaciones de las comunidades, y, si bien se socializó, un estudio de impacto no se ejecutó. La compañía petrolera desconoció la organización política del Pueblo Kischwa de Sarakayu. El plan de impacto fue realizado sin tener en cuenta el Pueblo Kischwa.

El derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental que debe ser garantizado por parte del Estado, de manera que las comunidades indígenas sean consultadas en forma correcta cuando una actuación de un tercero pudiere afectar su cultura y sociedad. En el pueblo Kichwa de Sarayaku se ocasionaron daños que impactaron de manera negativa la cultura, por la afectación en la naturaleza y la dimensión del ser de cada miembro de la comunidad.

El derecho a la reparación es reconocido en la Sentencia de Fondo y Reparaciones, en el que se afirma que esta constituye *per se* una forma de reparación; igualmente, neutralizar, desactivar y retirar los explosivos enterrados en el territorio, usados por la empresa petrolera. Se hace referencia a la consulta previa, cumpliendo los requisitos de ser previa, de buena fe, accesible, adecuada, informada, que esté encaminada a un acuerdo y se realice un estudio de impacto ambiental.

Se integra la necesidad de adoptar medidas positivas para llevar a cabo el proceso de consulta previa. En la reparación se da la obligación de constituir un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, publicación de la Sentencia en un plazo de 6 meses, a partir de la notificación de esta, así como el pago de indemnizaciones por daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos. Finalmente, se da la obligación al Estado de

elaborar un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir la sentencia que debe ser rendido ante la Corte, dentro de un año.

El caso de las masacres de Río Negro Vs. Guatemala (Sentencia del 4 de septiembre de 2012) se produce por el escenario de conflicto armado interno presentado en los años 1962 y 1967 en Guatemala, en el que se declaró que el pueblo indígena maya era enemigo interno, ya que podrían ser ellos la base social de la guerrilla. Es por esto por lo que en contra de esta comunidad se alcanzaron distintas masacres y violaciones sexuales en contra de las mujeres. A lo largo de los hechos se expone cómo cada persona fue víctima, ya sea de una masacre o de un tipo de violencia que se vivió en contra de esta comunidad en específico, y, por lo tanto, cada cual demanda su reparación.

Se alega la violación de los derechos a la libertad e integridad personales, a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros de la comunidad de Río Negro desaparecidos forzosamente y los derechos de los niños de Río Negro desaparecidos forzosamente: el derecho a la integridad personal, en relación con el derecho a la protección de la honra y de la dignidad; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la obligación de respetar los derechos del niño; la protección de la familia, la libertad de conciencia y religión, todos estos relacionados con la obligación general de respetar y garantizar los derechos.

El Estado manifestó su “aceptación parcial” de la violación de los artículos 8 y 25 de la convención americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la tortura y el artículo 7.b) de la Convención de Belem do Pará, en perjuicio de los sobrevivientes y familiares de las personas torturadas y ejecutadas extrajudicialmente en las diferentes masacres, puesto que no ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones de investigar los hechos y sancionar a los responsables.

La Corte lo que intenta en cada caso es dar la reparación adecuada, que se debe entender en el sentido de que estas personas son de una comunidad en específico, por lo mismo sus necesidades también son especiales. Por ejemplo, el caso de las sepulturas, por ser

una cultura maya sus sepulturas son sagradas. Este tipo de reparaciones, aunque no son un derecho en ninguna Convención, sí se intentan reparar por la Corte, ya que de igual manera hace parte de la cultura de estas personas.

En materia de reparación, la Corte considera que el Estado, además de las investigaciones y procesos penales en curso, de forma inmediata deberá elaborar un plan riguroso para la búsqueda de los miembros de la comunidad de río negro desaparecidos forzosamente, así como para la localización, exhumación e identificación de las personas presuntamente ejecutadas y la determinación de las causas de muerte y posibles lesiones previas. Se debe publicar la Sentencia tanto en el idioma maya y español, crear un museo en honor a las víctimas, fortalecer los programas de reparación que hay, crear un proyecto para rescatar la cultura maya, se deben dar garantías de no repetición para las víctimas, con capacitación para los militares y se disponen criterios para las indemnizaciones. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

El caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia (Sentencia del 20 de noviembre de 2013) se produce bajo el contexto de la segunda mitad de 1990 en el Urabá chocoano por presencia de grupos paramilitares y guerrilleros que generaron amenazas, hostigamientos, asesinatos, desapariciones y desplazamientos sobre la población afrocolombiana que habita el territorio. Entre el 24 y 27 de febrero de 1997 se llevó a cabo una operación militar denominada “Génesis” en el río Salaquí y el río Truandó, con la finalidad de combatir y capturar a miembros de las FARC-EP. Paralelamente, grupos paramilitares (Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU)) desarrollaron una operación denominada “Cacarica” para acompañar la operación que desempeñaría el ejército. Durante la operación cacarica se produjo la ejecución del señor Marino López, a quien le desmembraron su cuerpo. Con ocasión de estos sucesos, la población ubicada en la cuenca del río Cacarica se desplazó a Turbo, Bocas de Atrato y Panamá, donde tuvieron que vivir durante los 4 años siguientes.

En este periodo de tiempo las comunidades sufrieron hostigamientos por parte de grupos paramilitares, y, al no estar presentes en su territorio, el Estado permitió el despojo de estos territorios para la explotación de madera de empresas con autorización y/o tolerancia estatal. La Corte determinó en el caso la responsabilidad internacional del Estado colombiano por “las violaciones de derechos humanos cometidas por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzosamente, en perjuicio de los miembros de las Comunidades afrodescendientes desplazadas del Cacarica, en Riosucio, Departamento del Chocó” (Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, 2013, Resumen oficial).

La Corte tomo en cuenta el reconocimiento parcial que tuvo la República de Colombia en cuanto a los desplazamientos, tratos inhumanos crueles y degradantes que sufrió la Comunidad afro en las cuencas del río Cacarica, pues se propició la entrada de paramilitares a este territorio, lo que desemboco en estos delitos. Debido a este reconocimiento, la Corte dictó diversas medidas de reparación que el Estado debe a esta comunidad.

En las reparaciones se propone la restitución de la propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes reconocidas y organizadas en el “Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica”. Sin embargo, no se mencionó nada respecto a una reparación cultural a pesar de ser comunidades étnicas, teniendo en sí mismas un componente colectivo y social y de haber sufrido desplazamiento de su territorio ancestral que implicó una ruptura en la relación campo-poblado, necesaria para la comprensión del derecho a la propiedad colectiva y por lo mismo del derecho a la diversidad cultural y étnica.

El caso de los miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala (Sentencia de 30 de noviembre de 2016) da cuenta de los hechos ocurridos entre los años 1962 y 1966, en los que Guatemala vivió un conflicto armado interno. En este conflicto se dictó que las comunidades indígenas también eran enemigos de la nación

por estar brindando un supuesto apoyo a los grupos guerrilleros de la época. Por lo tanto, se vivió una serie de exterminios en contra esta población, lo que incluye desapariciones forzadas y violaciones. A lo largo de los hechos se relatan cómo cada una de las víctimas se ve afectada por este conflicto, algunas, como la Aldea Chichupac y las comunidades vecinas, sufrieron masacres ejecuciones y desapariciones forzadas incluyendo torturas. También se hacen los relatos de las víctimas de violaciones sexuales. A dichas violaciones, aunque el estado respondió con programas, las mismas reparaciones no fueron suficientes; además se frenaron las investigaciones de las desapariciones y las víctimas sienten que se le siguen vulnerando sus derechos. En este caso se busca la reparación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición forzada, así como derechos a la integridad personal y a la protección a la familia de sus familiares.

La Corte afirma la competencia para eventualmente calificar los hechos del presente caso como desaparición forzada, debido al carácter permanente o continuo de sus actos constitutivos y la pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la convención americana, mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos.

La Corte recuerda que una desaparición forzada se configura por una pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, distintos bienes jurídicos protegidos por la Convención. La desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. La corte recuerda lo siguiente:

La jurisdicción internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la jurisdicción penal, ya que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de

acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones. (Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala, 2016, punto 138).

En materia de reparación se fijan parámetros para que se den las indemnizaciones correspondientes dependiendo del tipo de delito del que se fue víctima, de manera proporcional se dan las reparaciones indemnizatorias. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que las actividades desplegadas por las víctimas con el fin de obtener justicia.

En cuanto a las medidas de rehabilitación, restitución y satisfacción, se insta al Estado a persistir en las medidas, con el fin de cumplir con los niveles de satisfacción de estas, puesto que la reparación no ha sido completa. El Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso, e iniciar, continuar, impulsar y reabrir las investigaciones que sean necesarias para determinar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos objeto del presente caso.

### **Conclusiones**

- A la luz del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana debe garantizar que siempre que haya la violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención se debe reparar a la víctima. Luego, al tratarse de la reparación lo que busca la Corte es dar una acreditación o un valor en materia de los daños y una potestad de medidas, y que, a través de la constatación de los hechos, derechos, bienes y libertades, se tomen medidas de satisfacción en beneficio de las víctimas para que el Estado pueda resarcirlas.
- El concepto amplio de reparación que reconoce la Corte Interamericana comprende el restablecimiento a la víctima del daño a la situación anterior a la producción de este, y que

de no ser posible se adopten medidas de satisfacción en beneficio de esta. En reiteradas ocasiones, la Corte, a la hora de determinar las reparaciones a un grupo étnico, pone especial atención al análisis de las tradiciones y las necesidades de cada comunidad en específico. Es decir, la Corte no otorga solamente un criterio objetivo de valoración de estas minorías, sino que individualiza la situación de cada uno de una manera muy específica e insta a los Estados parte a tener en cuenta lo mismo para cuantificar la reparación.

- Se destaca que el concepto del derecho a la reparación que integra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos brinda más garantías frente a las sanciones impuestas a los Estados parte, y se le da más importancia a las comunidades étnicas en el sentido en que se comprende más su cultura, se protegen más sus derechos y se garantiza la no repetición. Además, se busca que los Estados parte puedan implementar políticas públicas en aras de comprender y valorar a estas comunidades colectivas, ya que en nuestra jurisdicción es muy escasa la argumentación jurídica encaminada exclusivamente a esta materia. Esto ha permitido la falta de conciencia y respeto por la vida y la biodiversidad de estos territorios colectivos.
- La Corte se toma en serio la tarea en la medida que escudriña si realmente hubo o no la violación y se garantiza el acervo probatorio, el cual es la base fundamental para la garantía de un debido proceso, y se reconoce el derecho fundamental a la consulta previa, libre, informada y de buena fe como un derecho que se debe garantizar a las comunidades siempre que puedan ser objeto de cualquier afectación en su territorio. En estas sentencias se desglosan pausadamente las formas de reparar, y paso a paso se garantiza cada derecho vulnerado y se les impone a los Estados en los que se han dado las violaciones, el cumplimiento de lo ordenado y la responsabilidad que tienen por la ocurrencia de los hechos. El medio ambiente, la cultura, la ancestralidad y el arraigo tienen una importancia innata.
- Para el caso que nos compete, el de la comunidad negra de San Marcos, en aplicación de

los criterios que tiene en cuenta la Corte Interamericana para reparar de manera justa a las comunidades, es necesario evaluar los siguientes aspectos: es una comunidad que pertenece a un territorio colectivo debidamente identificado como un grupo especial étnico, con una ancestralidad, un arraigo y una cultura identificada. Sin embargo, carece de una justicia redistributiva por el gran abandono estatal; en el contexto de los hechos de la aspersión aérea es importante integrar que la ubicación del territorio de San Marcos, Buenaventura, es un corredor estratégico para los grupos armados al margen de la ley, por lo que la comunidad ha sido víctima en múltiples ocasiones y durante años de desplazamientos forzados y otras violaciones de derechos humanos como masacres e insurgencia obligada por parte de los actores del conflicto armado. Por tanto, la aspersión aérea es otra manifestación de los daños ocasionados por el conflicto armado en Colombia.

- En materia de reparación es importante destacar el sistema de biodiversidad en el que viven estas comunidades, en el que el agua, la pesca y la ancestralidad son de vital importancia para este grupo que subsiste de la agricultura como actividad económica principal, pues no cuentan con ningún otro medio de subsistencia. Sin embargo, el medio ambiente se vio alterado por las fumigaciones, afectando la cultura de estas comunidades, la cual ha tendido a desaparecer por los daños ambientales, la imposibilidad de subsistencia en el territorio y el desplazamiento.

### **El derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**

Para estudiar el derecho a la reparación en la jurisprudencia de la Corte Africana y de los pueblos es necesario comprender las peculiaridades históricas que de manera transversal han influido en la creación de la Corte Africana. Desde el desarrollo jurisprudencial, la Corte ha aplicado los criterios emitidos por la Resolución del 2005 emitida por Naciones Unidas sobre los principios de la Reparación Integral. Es por ello por lo que en este trabajo se hace una breve descripción del sistema de protección de derecho humanos en el continente africano y,

luego, se abordará una breve descripción de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Africano a fin de estudiar la caracterización del derecho a la reparación o, al menos, de las reparaciones emitidas en las decisiones del Tribunal. Se estudiaron un total de 14 casos que se registran entre el 2014 al 2017.

Es importante aclarar que para el desarrollo de este apartado se recurrió a la ayuda de un experto que acompañó el proceso de lectura y traducción del inglés al español de estos textos, por lo que tanto el ejercicio de búsqueda y selección, así como el análisis implicaron un trabajo investigativo relevante. Sin embargo, son pocas las sentencias con fallo que se encuentran, y en su mayoría son solicitudes que dan cuenta del contexto que ha tenido que asumir este alto Tribunal en el que en su mayoría se registran violaciones al debido proceso y a la legítima defensa. Sin embargo, en esta búsqueda se ubicó un caso relevante para el estudio del derecho a la reparación en materia de reparaciones colectivas a grupos étnicos que resulta de gran importancia para la aplicación y análisis de la aspersión aérea en San Marcos, Buenaventura; es el caso de la comunidad Ogiek.

El sistema de protección de derechos humanos en África es el más reciente y tiene como base la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que entró en vigor en 1986, la cual es su instrumento principal. Esta Carta fue adoptada por la Organización para la Unidad Africana (OUA) que en la actualidad se llama Unión Africana (UA), respondiendo a la necesidad de tomar acciones con respecto a la violación masiva de derechos humanos en el continente africano que ha afectado a esta población desde la colonización.

Adicional a esto, la Carta comparte ciertas similitudes en relación con los instrumentos europeos y americanos, como, por ejemplo, que a través de esta se da la creación de una Comisión y una Corte, en este caso, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual carece de poder o capacidad decisoria, y la Corte Africana creada en 1998 que sí es competente como un órgano jurisdiccional, para enjuiciar y sancionar. Sin embargo, existe un punto de diferencia significativo: en el Sistema Africano se refleja la tradición africana

propiamente y se da más peso a los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, en cuanto a los avances en legislación de derechos humanos y la adopción de los mismo en las legislaciones internas, los sistemas de gobierno del continente africano son muy débiles y en su gran mayoría son regímenes autoritarios, por lo que se obstaculiza el proceso de evitar y perseguir estas violaciones.

La creación de la Carta Africana se remonta a diversas situaciones de ámbito político, a partir del año 1961, cuando se desarrolló la “Conferencia Africana sobre el Imperio de la Ley” en Nigeria, en la cual, propuesta por la Comisión Internacional de Juristas, se instó a los Estados africanos a la creación de una Convención de Derechos Humanos en aplicación a la Declaración Universal de Derecho Humanos del año 1948 en la que estos no habían tenido participación. La iniciativa nació porque en la Carta de la OUA de 1963 no había referencias específicas a la protección de los derechos humanos, basados en el principio de no injerencia en asuntos internos. La Unión Europea y algunas ONG preocupadas por los regímenes autoritarios que se dieron en la mayoría de los Estados africanos instaron a que la OUA tomara acciones para la creación de una carta de derechos humanos donde se destacaran las tradiciones y los principios africanos y un equilibrio entre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por esto es por lo que esta Carta reconoce la universalidad de los derechos humanos al tiempo que la cultura africana, que, según se menciona en el texto, “está en riesgo frente a la civilización occidental”.

La Carta se compone de 68 artículos y está dividida en tres partes: los derechos de primera generación (de las personas, los pueblos y los deberes del individuo), los de segunda generación (socioeconómicos y culturales) y los de tercera generación (de los pueblos). Las características principales de este instrumento se reducen a que (i) existe una afirmación de supremacía de los derechos colectivos sobre los individuales, de conformidad con el contexto político, cultural y su historia; (ii) se diferencia el discurso occidental por cuanto este se basa en el modelo liberal, y (iii) se hace una recuperación colectiva del pasado africano teniendo en

cuenta la civilización y la tradición. Son tales las características de la Carta que se diferencia de los modelos europeos y americanos en que hay una interdependencia entre el individuo, la comunidad y los derechos y deberes de conformidad con su cultura y civilización.

La Comisión Africana se creó mediante el artículo 30 de la Carta y tiene sede en Banjul, Gambia. Está compuesta por once miembros, elegidos por los miembros de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la UA; y, por competencia, recibe información de los Estados y de los individuos sobre supuestas violaciones de derechos humanos.

La Corte Africana surgió en el año 2004, mediante el Protocolo de la Carta Africana de 1998, con el objetivo de corregir los fracasos o las debilidades del Sistema Africano, y tiene sede en Arusha, Tanzania. Su creación fue debatida, puesto que algunos miembros de la OUA no le tenían mucha fe a la competencia de la Comisión y otros creían que no era necesario, pues se podrían resolver los conflictos mediante conciliación sin tener que llevar a cabo un proceso jurídico. Por un tiempo se adoptó la segunda postura, sin embargo, dadas las violaciones de derechos humanos por parte de sus dirigentes africanos, la Comisión se volvió ineficiente para atender los casos y se replanteó la creación de este órgano judicial para la eficaz protección de los derechos. Con respecto a su competencia, tiene conocimiento de los casos presentados por la Comisión, los Estados parte y las organizaciones gubernamentales y los individuos. Para el caso de estos últimos, el Estado debe haber aceptado previamente la competencia de la Corte. También tiene una función consultiva frente a cualquier disposición de la Carta Africana o de derechos humanos, cuando un órgano de la UA, un Estado parte o alguna organización africana legalmente reconocida por la UA así lo requiera, siempre que no se trate de un caso que esté siendo examinado por la Comisión.

La base normativa para sancionar y enjuiciar se extiende a todo tratado o instrumento internacional de derechos humanos que haya sido adoptado en el Estado demandado.

Y en cuanto a las reparaciones, la Corte puede ordenarlas a favor de las víctimas cuando considere que el Estado demandado ha incurrido en la violación de sus derechos

humanos y puede adoptar medidas provisionales, en aras de evitar daños irreparables cuando los casos son de extrema gravedad y urgencia.

Durante los últimos años, se ha considerado que el sistema de protección de derechos humanos africano es ineficaz en cuanto a la respuesta a las violaciones que suceden en una gran parte del continente. Se tiene, por un lado, que en el sistema judicial interno no se garantiza la imparcialidad a la hora de investigar y enjuiciar y, por otro, que el Sistema Africano no tiene una función penal para sancionar a individuos, sino únicamente a los Estados; a esto se suma que el cumplimiento o no de la sentencia condenatoria queda a voluntad del Estado. Por lo anterior, se consideró la creación de órganos jurisdiccionales con una competencia material sobre crímenes internacionales para investigar y sancionar penalmente bajo una responsabilidad individual. Estos son el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que fue establecido en el marco de la Carta de Naciones Unidas en 1994, y el Tribunal Especial para Sierra Leona mediante un acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona en el año 2002.

A continuación, se da cuenta de los casos examinados para describir el alcance y las caracterizaciones dadas en el Tribunal africano en sus decisiones, para poder así desarrollar a modo de conclusión las caracterizaciones dadas por el Tribunal africano en las que se registra la reparación.

El caso "African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya" (2012) se inscribe en relación con la comunidad étnica Ogiek, que se ha asentado desde sus inicios en el bosque Mau. El Gobierno de Kenia, por medio del servicio de deforestación, puso un aviso de desalojo de máximo 30 días, debido a que en esta zona se encontraban reservas de agua. La solicitud sostiene que la decisión del Gobierno de Kenia tendrá implicaciones de gran alcance en la supervivencia política, social y económica de la comunidad Ogiek. El solicitante alega la violación de los artículos 1, 2, 4 y 17 (2) y (3) de la Carta Africana.

La demandada hace una declaración de antecedentes que describe las acciones de los

gobiernos coloniales y posteriores a la independencia para proteger el Complejo Forestal de Mau en vista de su importancia para la ecología, la biodiversidad, los recursos y las actividades económicas del país y la región. La declaración describe la conversión de Ogiek de las actividades de recolección de cazadores a la cría de ganado y las actividades de agricultura de subsistencia. En vista de esto, en octubre de 2001, el Gobierno de Kenia extirpó 61,586 hectáreas de tierra en el Complejo Forestal, principalmente para el reasentamiento de los Ogiek. Sin embargo, esto abrió el área para la invasión de otros grupos étnicos y dio lugar a una deforestación masiva del bosque. En conocimiento de los efectos de dicha deforestación, en agosto del 2000, el Gobierno de Kenia formó el Grupo de Trabajo sobre la Conservación del Complejo Forestal de Mau (Equipo de Trabajo de Mau) para hacer recomendaciones sobre la rehabilitación del bosque. Las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre la reubicación y la adjudicación de baldosas, entre otros, a los Ogiek fueron adoptadas por el Parlamento el 15 de septiembre de 2009. El Gobierno ha estado trabajando con representantes de los Ogiek para implementar las recomendaciones, y que reconoce el derecho indígena de los Ogiek a su tierra.

La parte demandada argumenta que los solicitantes no han presentado ninguna prueba de agotamiento de los recursos locales o que hay una demora excesiva de los mismos. Además, aclara que la problemática va mucho más allá, debido a que las comunidades que viven en el complejo forestal de Mau suelen deforestar y acabar con la vida en este lugar, por lo tanto, el gobierno debe hacer una intervención para preservarla. Otra oposición que se encuentra es que el autor de la comunicación no es la parte perjudicada, sino una ONG que no cuenta con lo necesario para presentar esta demanda.

Como respuesta, el solicitante dice que la comunidad ha litigado su causa durante 15 años en los tribunales nacionales y no han tenido ninguna respuesta. Los solicitantes sí podían presentar la demanda de acuerdo con la doctrina *actio popularis*, optada por la Comisión en su jurisprudencia, en donde dice que cualquier ONG registrada en Kenia puede reclamar ante la Comisión, especialmente esta ONG que trabaja por los derechos de la comunidad. Finalmente,

la Constitución de Kenia impone al Estado la obligación de promover leyes para preservar la cultura y la religión de la comunidad.

El caso "African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya" (2013) se consolida porque, el 2 de abril de 2012, la Secretaría de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos recibió una queja de la Sra. Mishana Hosseinioun (la demandante), en nombre del Sr. Saif Al-Islam Gaddafi (la Víctima) contra la República de Libia (el Estado demandado) declarando: la víctima (Saif Al-Islam Gaddafi), que es el segundo hijo del expresidente libio Muammar Gaddafi, nació el 25 de junio de 1972; el Consejo Nacional de Transición, que ha sido reconocido como el Gobierno en el poder en Libia, detuvo a la víctima en aislamiento el 19 de noviembre de 2011, sin acceso a familiares, amigos ni a ningún abogado. Hasta la fecha, no ha sido acusado de ningún delito ni presentado ante ningún tribunal. Se cree que la víctima está detenida en Zintan, Libia. Sin embargo, no se conoce la dirección del centro de detención y se sospecha que su vida corre un riesgo inminente, y su integridad personal y su salud corren peligro de sufrir daños irreparables.

A la Comisión le preocupa que la víctima se enfrente a un juicio inminente que conlleve la amenaza de la pena de muerte, después del período de detención arbitraria y sobre la base de los interrogatorios realizados en ausencia de un abogado. El 18 de abril de 2012, la Comisión emitió medidas provisionales para detener cualquier daño irreparable a la víctima según lo solicitado por el demandante. Sin embargo, hasta la fecha, la Comisión no ha recibido ninguna respuesta del demandado. Se busca la protección de los derechos a la libertad y la seguridad (art. 6 de la Carta Africana de Derecho Humanos) y a la defensa y a un juicio justo (art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos).

El caso de "Ingabire Victoire Umuhiza v. Republic of Rwanda" (2014) se produce porque la solicitante es una ciudadana ruandesa que se mudó en 1994 a Países Bajos para continuar con su educación universitaria. Desde el año 2000, ella se convirtió en la líder de un partido político, a partir del cual, tiempo después, al tener una alianza con otros dos partidos

políticos, se creó un nuevo liderazgo por la solicitante. Para el año 2010, al regresar del extranjero, la policía judicial, el fiscal y los tribunales presentaron cargos contra ella, quien fue acusada de cometer los delitos de propagación de ideología genocidio, ayudar e instigar el terrorismo, el sectarismo y la división del país, socavar la seguridad interna del Estado y crear un movimiento rebelde. Por lo anterior, fue condenada primero a ocho y más tarde a 15 años de prisión. La solicitante dice que agotó todos los recursos locales, y aunque presentó una solicitud de revisión ante los tribunales de Ruanda aún no se ha materializado.

Se alega la protección de los artículos 1, 7, 10 y 11, 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 7, 3, 9 y 15 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, y artículos 7, 14, 15, 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Mediante carta de fecha 3 de marzo de 2016, la Oficina del Asesor Jurídico y la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Comisión de la Unión Africana notificaron al Tribunal la presentación del instrumento de la demandada de retiro de su Declaración hecha de conformidad con el artículo 34 (6) del Protocolo, que fue recibido en la Comisión de la Unión Africana el 29 de febrero de 2016.

El 4 de marzo de 2016, el Tribunal celebró una audiencia pública. La solicitante estuvo representada por la abogada Gatera Gashabana y la Dra. Caroline Buisman. El demandado no compareció. El 18 de marzo de 2016, el Tribunal, por mayoría de nueve a dos (los jueces Fatsah Ougouergouz y Rafâa Ben Achour disintieron) adoptaron una Orden como sigue:

Ordena a las Partes que presenten presentaciones escritas sobre el efecto del retiro por parte de la Demandada de su Declaración hecha de conformidad con el Artículo 34 (6) del Protocolo, dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción de esta Orden.

Decide que su resolución sobre el efecto de la retirada por parte de la Demandada de su Declaración en virtud del Artículo 34 (6) del Protocolo se emitirá en una fecha para ser debidamente notificada a las Partes.

Ordena al Solicitante que presente presentaciones escritas sobre los asuntos de procedimiento establecidos en el párrafo 15 anterior, dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción de esta Orden. (Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda, 2014, punto 25).

El caso "Nguza Viking y Johnson Nguza v. República Unida de Tanzania" (2015) da cuenta de la situación en que se encuentran los solicitantes, el Sr. Nguza Viking y el Sr. Johnson Nguza, ciudadanos de la República Democrática del Congo, quienes vivieron y trabajaron como músicos en Dar es Salaam, Tanzania. Ellos fueron arrestados el 12 de octubre de 2003 y trasladados a la estación de policía de Magomeni, donde fueron procesados ante el Tribunal Superior de Kisutu (Dar es Salaam) el 16 de octubre de 2003 y fueron acusados de 10 cargos de violación y 11 cargos de sodomía. Los solicitantes se declararon inocentes de todos los cargos. Las diez presuntas víctimas eran todos niños entre seis y ocho años y pertenecían a las mismas clases.

Después de un juicio completo, el Tribunal se pronunció sobre el asunto el 25 de junio de 2004 a favor de la acusación y condenó a los solicitantes a cumplir una pena de cadena perpetua. Ellos apelaron ante el Tribunal Superior de Tanzania, pero la apelación fue desestimada y posteriormente apelaron ante el Tribunal de Apelación de Tanzania, pero las sentencias de ambos fueron confirmadas. Después del rechazo de su apelación en este Tribunal, los solicitantes presentaron una solicitud de revisión que luego fue desestimada. Los demandantes afirman haber agotado todos los recursos locales. Se busca la protección de los derechos a Derecho a la igualdad ante la ley, a la libertad, a un juicio justo, a la dignidad y a la defensa.

Según los solicitantes, el juicio fue injustificado por varias razones: el Tribunal rechazó repetidamente las solicitudes para presentar pruebas, estas son, los resultados del análisis de sangre y orina que los solicitantes no presentaron como prueba en el Tribunal de Primera Instancia. Para ellos, la sentencia no se basó en pruebas sólidas: el Tribunal no llamó

deliberadamente a testigos importantes en la escena del crimen, el informe médico presentado ante el tribunal por la fiscalía contradecía las pruebas presentadas ante el Tribunal por las presuntas víctimas de violación. La sodomía y la defensa convocaron a 31 testigos, pero esta prueba de la defensa no fue considerada suficientemente por la Corte.

En la Apelación se desestimaron seis cargos de violación y los cargos de sodomía, a pesar de que los cargos de violación restantes se habían cometido en el mismo momento y lugar y las pruebas presentadas por la fiscalía eran similares a las de los otros cargos.

El caso "Lucien Ikili Rashidi v. República Unida de Tanzania" (2015) da cuenta de los hechos de Lucien Ikili Rashidi, solicitante que fue expulsado ilegalmente de Tanzania junto con su familia luego de tener una disputa con un comerciante minorista que le debía una cantidad de dinero.

El asunto no fue resuelto por la Embajada en la RDC y él y su familia se encuentran en Bujumbura sin poder regresar a Tanzania. Por lo anterior, el señor Ikili demandó el Gobierno de Tanzania. Se alega la violación del artículo 13 (4) de la Constitución de la República Unida de Tanzania y del artículo 13 (1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El solicitante manifestó que fue expulsado ilegalmente en condiciones inhumanas, indignas y degradantes. Además de que fue expulsado luego de una sentencia preliminar en donde se le ordenó al comerciante con quien tuvo el pleito que le pagara una parte de la cantidad adeudada.

Por su parte, la República de Tanzania argumentó que la decisión de expulsarlo se dio luego de que el solicitante y su familia fueran acusados de residir ilegalmente en el Estado demandado. Lo anterior por un Tribunal de Primera Instancia.

La embajada de la RDC se encargó de que se acordara una base humanitaria para el señor y su familia, a fin de que abandonaran el Estado y el caso se retirara. Sin embargo, los miembros de su familia se fueron, pero el señor Ikili permaneció en Tanzania por el proceso civil que llevaba con el comerciante. Por otro lado, dadas las circunstancias, se le recomendó

solicitar un permiso de residencia y se le otorgó una extensión de la visa en varias ocasiones.

El caso "Amiri Ramadhani v. United Republic of Tanzania" (2015) da cuenta de la solicitud recibida en la Secretaría del Tribunal el 11 de mayo de 2015, en la que el solicitante es un ciudadano de Tanzania que fue condenado en 1998 por el delito de robo a mano armada, intento de homicidio y daños graves por el Tribunal de Distrito de Arusha. El solicitante fue sentenciado a 30 años por el delito de robo a mano armada, 7 años por el delito de intento de homicidio y 2 años por el delito de causar un daño grave. El solicitante afirma que apeló ante el Tribunal Superior de Tanzania, siendo esta desestimada el 22 de noviembre de 2005.

Posteriormente, el solicitante apeló ante el Tribunal de Apelación de Tanzania en la apelación penal No. 228 de 2005, que fue desestimada el 27 de octubre de 2007. En su decisión, el Tribunal de Apelación desestimó la apelación contra la condena por robo a mano armada, lo cual causó graves daños. Sin embargo, anuló la condena por el cargo de intento de homicidio y dejó de lado la sentencia de dos años. El solicitante afirma haber agotado todos los recursos locales.

Se busca la protección de los derechos a la igualdad ante la ley, la libertad, a un juicio justo, a la dignidad y a la defensa. El solicitante afirma que el magistrado de primera instancia y los jueces de apelación cometieron un grave error de derecho y de hecho al tener en cuenta su declaración de advertencia que se obtuvo en contra de los artículos 50 y 51 de la Ley de Procedimiento Penal.

El solicitante también afirma que el juez de primera instancia y los jueces de apelación se desviaron al defender y considerar la declaración de confesión presentada por el Fiscal Testigo 1 sin evaluar su legalidad, ya que se obtuvo de manera no legal.

El caso de "Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania" (2015) muestra la solicitud de un ciudadano de la República Unida de Tanzania, que es el Director General de una ONG llamada "Derechos Humanos de Tanzania para los Derechos de las Personas". A pesar de que es de Tanzania, fue expulsado del territorio por los servicios de inmigración de

este país, debido a la corrupción. El ciudadano alegó que el motivo de su expulsión era que se había negado a pagarles la cantidad de dinero que habían solicitado. Después de ser deportado a Kenia, el ciudadano fue declarado en situación ilegal por un Tribunal Superior de Kenia. El solicitante sostiene que fue expulsado "ilegalmente" en condiciones inhumanas, indignas y degradantes. Se busca la protección del derecho a la nacionalidad.

El Estado demandado sostiene que el solicitante no es ciudadano de Tanzania. Se descubrió que, aunque el solicitante poseía un pasaporte de Tanzania con el número AB 125581 emitido el 17 de noviembre de 2006, tal pasaporte se ha solicitado con documentos de respaldo falsificados. El solicitante se negó a comparecer ante los oficiales de inmigración para legalizar su presencia dentro del Estado demandado o para procesar su salida del país.

La Honorable Corte de Derechos Humanos y de los Pueblos afirma que no tiene jurisdicción para decidir sobre este asunto y que la solicitud es inadmisibile, ya que no ha cumplido con los requisitos de admisibilidad estipulados en la Regla 40 (5) de las Reglas de la Corte y que el gobierno de la República Unida de Tanzania no ha violado el derecho del solicitante a la libertad personal, ni el derecho a la vida del solicitante.

El caso "Kamdem Roger v. CIMA" (2015) muestra los hechos ocurridos en relación con la Conferencia Interafricana sobre Mercados de Seguros (CIMA), que es una organización integrada por la industria de seguros creada el 10 de julio de 1992, la República de Benín, Burkina Faso, República del Camerún, República Centroafricana, República del Congo, República de Costa de Marfil, República de Gabón, República de Guinea Ecuatorial, República de Malí, República de Níger, República de Senegal, República de Chad, República de Togo y la República Federal Islámica de Comoras. La compañía SAMIRIS INSURANCE SA (en donde el demandante es el exdirector y máximo accionista) se sometió a una revisión de supervisión prudencial por parte de la Brigada de Control de la Secretaría General de CIMA, del 11 al 15 de mayo de 2009.

El informe de esta Brigada se presentó a la reunión de la Comisión Regional de Control

de Seguros (CRCA) en su 58ª sesión en febrero de 2010 en Cotonú, Benín, República de Benín. Dicho informe sostenía que las necesidades de financiamiento de SAMIRIS SA ascendían a la suma de 1,770,000,000 (mil millones setecientos setenta millones) de francos CFA. Sobre la base de este informe de la Brigada de Control, que fue cuestionado por SAMIRIS SA, la Comisión Regional de Control de Seguros ordenó a la compañía que produjera un plan de financiamiento por el monto mencionado.

La reunión de la Comisión Regional de Control de Seguros (CRCA) en su 60ª Sesión Ordinaria en Bamako, del 26 al 30 de junio de 2010, revisó el capital social de SAMIRIS SA por un monto de 1,000,000,000 (un billón) de CFA F al 30 de julio de 2010. En la reunión celebrada en Dakar en julio de 2011, el plan de financiamiento fue finalizado por la Comisión por la suma de 815, 000,000 (ochocientos quince millones) de francos CFA.

En la 65ª sesión, CIMA decidió sancionar a SAMIRIS colocándola bajo vigilancia constante (una sanción considerada severa en la escala de CIMA). Y en su 67ª sesión, celebrada en Lomé el 24 de abril de 2012, SAMIRIS SA fue invitada por CRCA a justificar su plan de financiamiento establecido unilateralmente por 815, 000,000 (ochocientos quince millones) de francos CFA. No satisfecho con las explicaciones proporcionadas por SAMIRIS SA, la Comisión Regional de Control de Seguros rechazó el plan y decidió suspender a los líderes de la Compañía y nombrar un Administrador Provisional. El CEO, Sr. Roger Kamdem, fue suspendido de sus funciones. Finalmente, el Tribunal decidió que no es competente e instruyó a la Secretaría a redactar una carta administrativa para informar al solicitante en consecuencia.

En el caso "Werema Wangoko Werema and Another v. United Republic of Tanzania" (2015) se describe que los solicitantes acudieron a la Corte Africana al considerar que el Tribunal nacional por el que fueron juzgados vulneró sus derechos fundamentales, tales como un juicio justo. Ante eso, el Estado demandado alegó que la solicitud debe ser declarada inadmisibles, ya que se presentó sin agotar los recursos locales. Se busca la protección de los

derechos a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley, a la discriminación sin demora y a un juicio justo según lo dispuesto en los artículos 3 (1) y 2, el artículo 2 y artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respectivamente.

El Tribunal rechazó la afirmación del Estado demandado de que los solicitantes podrían haber solicitado una extensión de tiempo para presentar su solicitud de revisión ante el Tribunal de Apelación antes de presentar su Solicitud ante el Tribunal. El Tribunal sostuvo que el procedimiento para la revisión de la sentencia del Tribunal de Apelación, tal como está estructurado en el sistema legal del Estado demandado, es un recurso extraordinario y que los solicitantes no estaban obligados a agotar antes de recurrir a este Tribunal.

En lo que respecta a la cuestión de la presentación dentro de un plazo razonable, el Tribunal observó que los solicitantes incautaron al Tribunal cinco (5) años y cinco (5) meses después de que el Estado demandado depositara la declaración requerida en virtud del artículo 34 (6) del Protocolo. Sin embargo, el Tribunal hizo hincapié en que la razonabilidad de un límite de tiempo para la incautación debe determinarse caso por caso.

Aunque los solicitantes no invocaron ninguna razón particular por la cual les tomó cinco (5) años y cinco (5) meses para incautarse en el Tribunal, los hechos mostraron que los solicitantes esperaban el resultado de la decisión. En el procedimiento de revisión en el Tribunal de Apelación y en el momento en que tomaron posesión de este Tribunal solo transcurrieron aproximadamente seis (6) meses desde que se desestimó su solicitud de revisión por haber sido archivada fuera de plazo. Sobre esta base, el Tribunal desestimó la objeción del Estado demandado a este respecto.

Al abordar las alegaciones de los solicitantes de que el Estado demandado violó el artículo 7 de la Carta, el Tribunal enfatizó que los tribunales nacionales deben decidir sobre el valor probatorio de una pieza de prueba en particular y que no puede asumir el papel de los tribunales nacionales e investigar los detalles de las pruebas utilizadas en los procedimientos nacionales para establecer la culpabilidad penal de los solicitantes.

El Tribunal sostuvo que el derecho a un juicio justo y el derecho a realizar su propia defensa requieren que a la persona acusada se le dé la oportunidad de participar en todas las audiencias con respecto a su juicio y de presentar sus argumentos y pruebas de acuerdo con el principio contradictorio. En estas circunstancias, el Tribunal observó que no estaba claro por qué y cómo los solicitantes alegaron haber estado aislados durante el procedimiento y no justificaron sus reclamaciones.

El Tribunal sostuvo que el Estado demandado no violó el derecho de los solicitantes a un juicio imparcial consagrado en el artículo 7 de la Carta, el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley prevista en el artículo 3 de la Carta. En relación con las reparaciones, el Tribunal observó que, como no se había establecido ninguna violación, no se planteaba la cuestión de la reparación. Las súplicas de reparación de los solicitantes fueron por lo tanto despedidas. Sobre la cuestión de los costos, el Tribunal ordenó que cada parte asumiera sus propios costos.

En cuanto al supuesto sobre si el aislamiento de los solicitantes durante los procedimientos internos equivalía a una violación del derecho a un juicio justo, el Tribunal notó que los solicitantes participaron en todos los procedimientos de juicio y apelación y estuvieron representados por un abogado en el Tribunal de Distrito y en el Tribunal Superior. El Tribunal observó que los solicitantes no indicaron las circunstancias en las que fueron sometidos, lo que dio lugar a un tratamiento diferencial injustificado y que no había nada en el expediente que demostrara que fueron tratados de manera diferente en comparación con otros individuos en una situación similar a la suya.

El caso "Mgosi Mwitwa Makungu v United Republic of Tanzania" (2016) se produce porque el solicitante cumple una condena de 30 años en la Prisión Central de Butimba, Mwanza por robo con violencia. La solicitud se basa en el caso penal No. 278 de 1995 y en el caso penal No. 244 de 1995 del Tribunal de Distrito de Bunda, Tanzania. Fue condenado a 15 años de prisión en el caso núm. 278 de 1995 el 15 de abril de 1996 y a 15 años de prisión en el

caso núm. 244 de 1995 el 18 de junio de 1996. El solicitante declara que no está satisfecho con las condenas y sentencias e indicó sus intenciones de apelar dentro del tiempo estipulado por la ley.

El solicitante alega que ha presentado varias solicitudes al Tribunal de Distrito de Bunda para obtener copias de las sentencias y registros de los procedimientos penales, tanto en el caso 278 como en el 244 de 1995, para permitirle presentar su apelación ante el Tribunal Superior. El solicitante alega, además, que ya han transcurrido veinte (20) años desde que solicitó dichas sentencias y registros de procedimientos, pero hasta la fecha no se han puesto a su disposición juicios ni actas de los procedimientos.

El Estado demandado argumentó que el solicitante no había utilizado el remedio local de presentar una petición constitucional ante el Tribunal Superior de Tanzania, que es un procedimiento previsto en la Ley de Aplicación de los Derechos y Deberes Básicos de Tanzania para la aplicación de la ley fundamental.

El Tribunal señaló que el requisito de agotamiento de los recursos locales debe cumplirse antes de presentar una solicitud ante el Tribunal, pero que esta condición puede ser excepcionalmente eliminada si los recursos locales no están disponibles, son ineficaces, insuficientes o los procedimientos a seguir son excesivamente prolongados. Al considerar la reclamación sobre la presunta violación del derecho a apelar, el Tribunal sostuvo que el derecho a apelar requiere que las personas tengan la oportunidad de acceder a órganos competentes, apelar decisiones o actos que violen sus derechos.

El Tribunal evidenció que el solicitante había hecho numerosos intentos para obtener copias auténticas certificadas de los registros de los procedimientos y sentencias del Estado demandado en vano. En ausencia de dichos documentos, el solicitante no pudo apelar sus condenas y sentencias falladas en su contra. El Tribunal determinó que la incapacidad del solicitante para apelar contra sus condenas y sentencias por más de veinte (20) años dio lugar a un error judicial, y esta circunstancia fue lo suficientemente convincente como para justificar

que el Tribunal ordenara al Estado demandado que liberara al solicitante de la prisión.

El caso "Collectif des Anciens Travailleurs du Laboratoire ALS v Mali" (2016) es instaurado por un grupo informal de 113 extrabajadores de Australian Laboratory Services (ALS), una compañía de responsabilidad limitada. El laboratorio ALS llevó a cabo un procedimiento especializado en el análisis químico de muestras para determinar el contenido en oro y otros metales, para el cual se utilizaron productos tóxicos como ácidos, cethon Di-iso Buthyl, nitrato, sodio, litio, bórax, carbonato de sodio y óxido de sodio y plomo.

Los solicitantes afirman que sus derechos al disfrute del más alto nivel posible de salud establecidos en los artículos 16 y 24 de la Carta y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "el PIDESC"), han sido violados. Sostienen que la demora indebida en el examen del caso constituye una violación de sus derechos en virtud de los artículos 7 (1) y 26 de la Carta y los Artículos 2 (3) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante referido como "el ICCPR").

Los solicitantes sostienen que la técnica utilizada por el ALS en el sitio Koulouba en el procedimiento consistió en fusión de plomo, técnica que expone a los trabajadores a productos químicos altamente tóxicos como el plomo, como sustancia delusora. Por lo cual, solo después de 12 años de varias solicitudes y protestas de sus trabajadores les realizaron análisis de sangre. Unos manifiestan que fueron retenidos por el manejo de la ELA y que se negaron a dar a conocer los resultados, mientras que los trabajadores estaban presentando dolores de cabeza severos y otros trastornos que relacionaron a los químicos a los que estuvieron expuestos. Luego de numerosos reclamos a la gerencia, ALS despidió a una gran parte de trabajadores. Por otro lado, los solicitantes alegaron que, según informe confidencial de una misión de investigación realizada por el Ministerio de Salud de la República de Malí, hubo una violación grave de las normas de higiene y seguridad. Finalmente, el Estado demandado tildó de inadmisibles las solicitudes de los trabajadores por falta de capacidad legal y por no haberse agotado los recursos internos.

El caso "APDF & IHRDA v Republic of Mali" (2016) se produce porque el 3 de agosto de 2009 la Asamblea Nacional de Malí, por mayoría, aprobó la Ley No. 2011-087 que establece el Proyecto de Personas sobre el Código de la Familia (PFC). Los solicitantes son APDF (una Asociación de Malí con estatus de observador ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) e IHRDA (una organización no gubernamental panafricana con sede en Banjul, Gambia, con la misión de ayudar a las víctimas de violaciones de derechos humanos en su búsqueda de justicia utilizando instrumentos nacionales, africanos e internacionales).

Una parte importante de la población, en particular las principales organizaciones islámicas en el país, rechazó este Proyecto de Código, que fue recibido por una amplia sección de la población y por organizaciones de defensa de los derechos humanos. El proyecto de Código fue remitido de nuevo al Parlamento para una segunda lectura a fin de obtener un apoyo más amplio de las comunidades que se enfrentaron a la adopción de este proyecto de ley. La ley modificada fue promulgada el 30 de diciembre de 2011 por el presidente de la República.

Los solicitantes sostienen que la ley promulgada viola las disposiciones pertinentes de varios de los instrumentos internacionales de derechos humanos antes mencionados que fueron ratificados por Mali. Es por estas razones que los solicitantes presentaron esta solicitud ante el Honorable Tribunal el 26 de julio de 2016.

El caso "Oscar Josiah v United Republic of Tanzania" (2016) se produce porque Oscar Josiah fue condenado a muerte y demandó al Estado ante la Corte buscando la protección de sus derechos a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley, así como a un juicio justo según lo dispuesto en el artículo 3 (1) y (2) y el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respectivamente. El solicitante también sostuvo que dichas violaciones deberían ser rectificadas de conformidad con el artículo 27 (1) del Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el Establecimiento de una

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

El Estado alegó falta de jurisdicción e inadmisibilidad de la solicitud, dado que involucraría asuntos de evidencia y, si el Tribunal Africano considera la solicitud, estaría haciendo las veces de Tribunal de Apelación. Además, el Estado sostuvo que el solicitante no agotó los recursos internos como el procedimiento de petición constitucional ante el Tribunal Superior y el procedimiento de revisión ante el Tribunal de Apelación.

La Corte consideró la jurisdicción y la admisibilidad del caso de conformidad con el artículo 3 del Protocolo y la Regla 26 de su Reglamento. Su jurisdicción material se extiende a todas las solicitudes que involucren violaciones de derechos protegidos por instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado.

Acerca del agotamiento de recursos, la Corte señaló que el solicitante no tiene que agotarlos para acudir a la Corte, dado que son recursos extraordinarios. Del derecho de defensa que presuntamente había sido vulnerado por el Estado, la Corte sostuvo que el señor Oscar tuvo acceso a un abogado defensor gratuito y que no indicó de qué manera había sido violado su derecho. Por otro lado, sobre las pruebas, se mencionó que, según el solicitante, habían sido analizadas en indebida forma, sobre lo cual arguyó que no había ninguna infracción del derecho.

En relación con las reparaciones, el Tribunal observó que, como no se estableció ninguna violación, no surgió la cuestión de la reparación. Por lo tanto, se desestimaron las peticiones del demandante por reparaciones. En general, el Tribunal sostuvo que el Estado demandado no violó el derecho de los solicitantes a un juicio justo enunciado en el artículo 7 de la Carta y el derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley prevista en el artículo 3 de la Carta. El Tribunal ordenó que cada parte cargara con sus propios costos.

El caso "Sébastien Germain Ajavon v Republic of Benin" (2017) se inscribe en la acusación de tráfico de cocaína y absolución en primera instancia por un tribunal en Cotonú de Sébastien Germain; en segunda instancia fue condenado por un tribunal a 20 años de cárcel.

Se alega la Violación a los artículos 3, 7, 7 y 14 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como los artículos 7, 9 y 12 de la Declaración de Derechos Humanos y Ciudadanos de 1789.

El Tribunal considera que el Estado demandado no violó el derecho del solicitante a la igualdad ante la ley (artículo 3 de la Carta) ante el Tribunal de Primera Instancia, primera clase de Cotonú, y que las condiciones de detención y custodia del solicitante no violaron el artículo 5 de la Carta, ya que el Estado demandado no violó el derecho del solicitante a la libertad y seguridad de su persona (artículo 6 de la Carta).

Por otra parte, el Tribunal consideró que existe una violación del derecho a un juicio justo porque las disposiciones del artículo 19 (2) de la ley que establece CRIET son una violación por parte del Estado demandado del derecho del solicitante a apelar contra la declaración de culpabilidad y su sentencia ante un tribunal superior; del derecho al respeto de la dignidad y la reputación de la persona humana (artículo 5 de la Carta); el derecho de defensa al artículo 7 (1) c de la Carta; el derecho a ser informado de los cargos que se le imputan y de acceder al expediente del caso, artículo 14 (3) (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el derecho a ser representado por el abogado, artículo 14 (3) d del PIDCP; del principio de «Non bis in idem», artículo 14 (7) del PIDCP; del derecho a la presunción de inocencia, artículo 7 (1) b debido a las declaraciones hechas por figuras públicas; del artículo 14 de la Carta al impedir que el solicitante lleve a cabo su actividad comercial y disfrute de sus ingresos, y del deber de la Estado demandado para garantizar la independencia del poder judicial (artículo 26 de la Carta).

### **Conclusiones**

La jurisprudencia sobre el derecho a la reparación en el Tribunal Africano de derechos humanos y de los pueblos permite evidenciar el argumento planteado por los autores Abashidze, A., Keburia, C. O., & Solntsev, A. (2016) sobre la interpretación potestativa en cada caso de darle aplicación a los principios de la ONU AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de

2005, ya que en algunos casos se ubica el desarrollo parcial de estos principios y en otros casos aparecen ausentes. Sin embargo, el caso African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya (2012) es de especial atención tanto para registrar el alcance del derecho a la reparación y la aplicación de los principios de la ONU al concebir la reparación integral como por ser un caso en el que se denota la reparación de daños cometidos sobre la propiedad colectiva, el medio ambiente, la vida colectiva y la diversidad étnica y cultural de un grupo étnico como los Ogiek que sufrieron el despojo de la tierra. Sobre este caso, autores como Iglesias (2018) han mostrado que:

Positivamente, la sentencia Ogiek lleva de por sí un doble sello de éxito, por un lado, el de haber sido la primera sentencia que la Corte Africana y de los Pueblos pronuncia sobre los derechos de las Comunidades Indígenas en África, continente en el que la cuestión indígena es muy compleja como hemos intentado dejar patente en el comienzo de este trabajo, y de otro, porque con ella, finalmente, la Comunidad Indígena Ogiek ha ganado la batalla que desde más de un siglo atrás ya venían de alguna forma librando a fin de ver reconocidos sus derechos. De una forma más crítica, por lo que respecta a los diversos pronunciamientos de la Corte sobre los diferentes derechos invocados como vulnerados por la Comisión Africana en nombre de la Comunidad Ogiek, realmente no representa, en general, un aporte significativo respecto de la doctrina que ya se ha habido vertido en el continente africano, en el asunto Endorois o Nubian o en el americano con la jurisprudencia emanada de la CIDH. (Iglesias, 2018,106).

Se registran casos de migrantes, en su mayoría de faltas en el debido proceso y en las garantías a la legítima defensa y la falta de seguridad jurídica. Por lo cual, se describen constantemente solicitudes de altas y duras penas de prisión que están pagando los solicitantes, la posible imposición de una pena de muerte, como en uno de los casos, o, incluso, la pena de destierro, como se registra es un caso.

Esto muestra un horizonte cultural bastante diverso de aplicación jurídica. Además, las

reparaciones no aparecen allí tan claras, como es el caso de varias solicitudes donde es ausente el derecho a la reparación. No obstante, la caracterización de los derechos vulnerados o que se buscan sean protegidos nos permite ubicar criterios relevantes de reflexión para configurar escenarios de comparación, como se realizará en el siguiente capítulo, sobre todo en relación con el derecho a la vida, el debido proceso, las garantías judiciales y la seguridad jurídica.

### **Marco comparativo: jurisprudencia sobre el Derecho a la Reparación**

En este apartado se mostrará una síntesis comparativa sobre la interpretación y aplicación que se le ha otorgado al derecho a la reparación entre el sistema jurídico colombiano (Consejo de Estado y Corte Constitucional), el Sistema Interamericano (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y el Sistema Africano (Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos), con el fin de ubicar el desarrollo y alcance de este derecho para denotar la importancia de su aplicación en el caso de estudio. Es importante partir de la acotación que realiza González (2006) sobre el Derecho Comparado: “Las metodologías de derecho comparado, entonces, pueden servir al derecho internacional para entender, en un mundo atravesado por el pluralismo jurídico, que debería dejar de mirarse el mundo jurídico como un grupo de ordenamientos aislados los cuales se acoplan a los superiores” (González, 2006, p. 334).

La Corte Constitucional colombiana mantiene una constante en cuanto al tema de la reparación a las víctimas; recalca que esta es una obligación en cabeza del Estado colombiano cuando este no es capaz de salvaguardar los derechos fundamentales de las comunidades étnicas. Un ejemplo de ello es no adelantar la consulta previa en las comunidades cuando se va a definir situaciones que comprometen la estabilidad de sus territorios y derechos.

El sentido del fallo, en cuanto a las reparaciones en la línea de la Corte Constitucional, se inicia reiterando la jurisprudencia al reconocer a los grupos étnicos, en especial, al pueblo indígena como un sujeto de especial protección, debido a sus condiciones históricas de

discriminación y las condiciones de vulnerabilidad en las que viven. En este sentido, se entiende a cada sujeto como un sujeto con características particulares y se reconoce la diversidad y no una culturalidad homogénea.

Se maneja un concepto de etnoreparación basado en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el cual las reparaciones a estas comunidades deben ser previa consulta con el pueblo, respetando la identidad cultural particular, teniendo en cuenta la dimensión colectiva del daño y siempre enfocadas hacia las necesidades específicas del grupo étnico. Adicional a esto, se aplica en reiterados casos el principio de precaución en virtud del cual, a falta de certeza científica absoluta sobre los posibles daños que puede ocasionar el uso del herbicida glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos en la salud y el medio ambiente, se debe evitar el uso de este en aras de prevenir futuros daños.

En cuanto a la aplicación y relación del derecho a la consulta previa con el derecho a la reparación en grupos étnicos, la Corte Constitucional es muy enfática en determinar que la procedencia de esta puede ser antes, durante o después de la ejecución del plan o la acción que afecte al territorio cuando esta se ha desplegado sin consentimiento de la comunidad étnica. Es decir, la consulta previa es un derecho fundamental de especial atención y aplicación en escenarios de reparación o compensación de grupos étnicos, en la medida que permite una reparación que integre el derecho a la diversidad étnica y cultural. Es en este sentido que este Tribunal se encarga de ordenarla y endilgar obligaciones a los ministerios y otras instituciones para que vigilen la aplicación de la consulta Previa. La categoría de etnoreparación simplemente reitera la jurisprudencia en materia de derechos humanos y ordena que todas las actuaciones encaminadas a reparar a las víctimas sean teniendo en cuenta su identidad cultural y las necesidades dentro de la población; sin embargo, no ordena de una manera determinada actuaciones del Estado frente a este punto más que la realización de una consulta previa.

Por su parte, el Consejo de Estado mantiene una línea no tan garantista como la de la

Corte Constitucional. El máximo Tribunal administrativo aborda el tema de la reparación desde un campo procesal, en el que se centra a validar aspectos como la caducidad de los términos, la procedencia de las acciones jurídicas, la titularidad de los bienes exigidos y el acervo probatorio. Así mismo, el Consejo de Estado plantea la reparación no como un derecho de las víctimas, sino como una política del Estado encaminada a resarcir los daños antijurídicos que hayan provenido de un fallo en el servicio por parte de un funcionario público.

Desde esta perspectiva, la principal diferencia que se encuentra entre el ordenamiento interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es en cómo este último órgano individualiza el grupo étnico al cual se le ha violado algún derecho. Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la reparación de las víctimas es abordado desde un punto bastante amplio, puesto que es posible identificar en las sentencias de la Corte IDH que, para proferir las decisiones en materia de reparación, se tienen muy en cuenta aspectos íntimos de la comunidad afectada. Dicho aspecto asegura que las víctimas obtengan su efectivo derecho a la reparación, dado que la Corte IDH entiende que este derecho no se logra únicamente con una compensación pecuniaria, sino que también se logra con la creación de fondos solidarios dirigidos a prevenir los hechos victimizantes, monumentos o parques, o, incluso, se logra con la publicación de la sentencia en medios de comunicación de circulación nacional y local. Todas esas medidas de reparación que establece la Corte IDH garantizan que la reparación de las víctimas se logre desde campos mucho más amplios que quizás otros ordenamientos no tienen en cuenta.

Ejemplo de lo anterior es la suma importancia que la Corte IDH le da a la propiedad colectiva de las comunidades afectadas, pues entiende que son en esos terrenos donde los miembros de dichas comunidades se esparcen y realizan actividades propias de su cultura (sin olvidar la importancia económica que dichos terrenos tienen para ellos), que son utilizados, en la mayoría de las veces, para la agricultura. Por ello, los terrenos se convierten no sólo en espacios para el esparcimiento cultural, sino también como la base económica de las

colectividades. Es por eso por lo que la Corte IDH en algunos casos en los que se ve afectada la propiedad colectiva de las comunidades ordena a los Estados involucrados, como medida de reparación, garantizar la titulación efectiva de los terrenos afectados, otorgándole a las comunidades un blindaje jurídico para con dichas tierras.

En lo que más se enfoca la Corte Interamericana es en reconocer a la víctima dentro de su entorno social y su territorio, así que la medida de reparación se ordena teniendo en cuenta determinaciones como el territorio, la etnia, la cultura, la tradicionalidad y, sobre todo, el impacto del daño en cada una de estas cualidades o características importantes y la responsabilidad del Estado como el ente que debe salvaguardarlas desde una etnoreparación. Además, la Corte es muy clara en ordenar las políticas que el Estado debe tomar para este fin y que se materialice realmente; ejemplo de ello son los casos en que la Corte IDH ha ordenado la creación de un fondo especial de desarrollo destinado para la implementación de programas sociales en la comunidad afectada.

En suma, en todas las sentencias de la Corte se puede ver la importancia que toman las creencias y modos de vida de cada comunidad, pues la reparación se basa no en conceptos de otras sociedades, sino en las de esa comunidad en específico, por lo que para una sociedad una reparación es un pago de un dinero, para una comunidad puede ser la siembra de un árbol. La Corte IDH, entonces, si bien se enfoca en que cada comunidad sea reparada, primero exhorta al causante del daño a que indague sobre cuál constituye la mejor reparación que se acomoda según el daño causado y según la comunidad afectada.

Por otro lado, en cuanto a la Corte Africana, esta tiene una característica particular y es que tiene conocimiento de casos por violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, lo que se configura como algo novedoso con respecto al sistema americano y europeo de derechos humanos. En lo que se refiere a las reparaciones, en la Carta Africana no se contempla este tipo de medidas, sin embargo, se faculta a la Corte para ordenarlas siempre que lo crea pertinente y se trate de un caso especial en el que se evidencien violaciones. En

este sentido son pocos los casos en los que se mencionan las medidas de reparación e, incluso, no hay un concepto general por el cual se pueda hablar de un pronunciamiento de la Corte Africana sobre el tema.

Las reparaciones no aparecen allí tan claras, y en el caso de varias solicitudes ni siquiera se tiene algún tipo de pronunciamiento. No obstante, en materia de reparación étnica se destaca el caso de los Ogiek sobre el que se registra la reparación relacionada con el restablecimiento de la propiedad y, con ello, el de la vida física y espiritual.

#### **4. El derecho a la reparación: Aplicación al caso de la aspersión aérea con glifosato en San Marcos, Buenaventura**

Este trabajo sobre el derecho a la reparación se inició con el propósito de dar a conocer la problemática de una de las tantas comunidades negras que habitan en el corregimiento n.º 8 de la zona rural de Buenaventura. Primeramente, me liga un profundo amor por la comunidad que me vio nacer, y esto me da un grado de compromiso con mi pueblo que dejé muy joven a razón de que, debido a la problemática social y la falta de educación, mis padres me enviaron a estudiar a la ciudad de Santiago de Cali en busca de mejores oportunidades, mientras ellos trabajaban día y noche para pagar mis estudios. Los derechos humanos son una de las principales garantías que tiene toda persona para vivir de manera digna, y esto se extiende a las comunidades por las cuales se debe tener un respeto por sus territorios ancestrales, teniendo en cuenta, además, su realidad social: son personas desfavorecidas en medio de una sociedad en donde la maquinaria estatal y los grandes entes, en la gran mayoría de los casos, interrumpen su entorno sin tener en cuenta que gozan de especial protección.

Para la comunidad de San Marcos, la aplicación de este derecho abre una gran esperanza, ya que les brinda todas las herramientas necesarias para buscar una garantía jurídica que les permita hacer valer sus derechos fundamentales como la consulta previa, entre otros, que hacen parte de una reparación integral, así como el respeto por su territorio y la preservación de un medio ambiente sano, la salud, una ancestralidad, las costumbres y los saberes que perduren en el tiempo.

El presente caso de la aspersión aérea con glifosato es de gran importancia personal, ya que soy la representante legal del consejo comunitario de la comunidad negra de San Marcos debidamente titulada de conformidad con la ley 70 de 1993. Además, pertenezco al Espacio Nacional de Consulta Previa, creado según lo ordenado por la Sentencia T-576 de 2014 para consultar las medidas administrativas y legislativas que son susceptibles de afectar a nuestro pueblo negro, raizal y palenquero.

Para la comunidad de San Marcos es de vital importancia una reparación colectiva, pues ha sido víctima de múltiples fumigaciones con glifosato. Los estudios profundos sobre el caso concreto en San Marcos son fundamentales para buscar una verdadera reparación colectiva que permita que puedan gozar de una tranquilidad en su entorno, un medio ambiente sano y que el estado colombiano o el derecho internacional en últimas permitan resarcir a las víctimas con una justicia digna.

En informes expedidos por la Defensoría del Pueblo queda en evidencia que esta entidad del Estado ha venido manifestando que dicha actividad se venía ejecutando sin tener presente aspectos importantes como la vida y la salud de las personas que habitan en estos territorios. Monroy et al. (2005), en el debate sobre los efectos del uso del herbicida sobre los humanos, afirma que este herbicida contiene un alto riesgo para la salud, en la medida que puede llegar a alterar el ADN en las personas. Grandes estudios científicos han llegado a demostrar que ocasiona trastornos en los embarazos de las mujeres que han sufrido por causa de estas fumigaciones. En los habitantes de San Marcos en específico se han presentado, además, algunas enfermedades cancerígenas que sin lugar a duda resultarían consecuencia de estas fumigaciones, y más cuando son muy repetitivas y de manera espontánea sobre este territorio.

Según el trabajo desarrollado por Paz-y-Miño et al. (2007), para el año 2007, se pudieron notar síntomas como dolores de cabeza, fiebres y vómitos en personas que han sufrido del atropello de estas fumigaciones. Por ello, es de gran importancia para el caso que nos ocupa, pues esta comunidad tiene un gran porcentaje de personas muy enfermas con patologías raras en la piel, cegueras y esterilidad y mal alimentadas, debido a que sus parcelas no producen nada.

Por su parte, en capítulos anteriores se señaló, mediante De Cózar Escalante (2005), el principio de precaución o cautela como una protección especial y asegurada que permita gozar de un medio ambiente y la salud, en escenarios donde se desarrollan políticas públicas. Para el

caso de la comunidad de San Marcos es notorio que es un territorio totalmente olvidado por el Gobierno indolente y carece de una caracterización gubernamental que permita conocer su entorno. La comunidad ha sufrido no solo el problema de la aspersion aérea, victimizándola a tal punto que sus habitantes en esas ocasiones tuvieron que abandonar en su mayoría la región, sino también la destrucción de sus cultivos, el deterioro del ecosistema y la aparición de patologías raras a nivel de su salud.

Con base en el texto de Nina Fredemann y Jaime Arocha (1986) sobre la historia de las comunidades negras del pacífico, se puede caracterizar a la comunidad de San Marcos como un territorio abandonado, con habitantes de raza negra que habitan en el pacífico colombiano cerca de Buenaventura, a tan solo 30 minutos del casco urbano, que aprendieron a sobrevivir tal y como estos autores describen la lucha de la raza negra, abandonada desde la colonización por el Estado colombiano. Esta comunidad carece de todo tipo de saneamiento básico, salud, educación y las oportunidades de vivir dignamente en un Estado que los ha marginado, así como la clase política que solo busca sacarles provecho en épocas electorales.

En aplicación al caso, la definición de reparación puede argumentarse teniendo en cuenta aspectos como la conformación de un grupo claramente identificado que vive en un entorno ambiental amenazado por distintos factores como las políticas públicas y la afectación al medio ambiente por cuenta de las entidades estatales y las multinacionales, además de la gran amenaza de la desaparición de sus costumbres y vivencias ancestrales.

Desde estos aspectos importantes puede identificarse la clase de reparación que busca la comunidad de San Marcos, cuando se investigan los distintos casos por violación de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Existen todavía algunos aspectos que no son tenidos en cuenta como la reparación simbólica y la necesidad de un perdón. Sin embargo, dentro de los casos de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana es posible adecuar más al caso el concepto de reparación, pues con las políticas de erradicación por aspersion se violan todos sus derechos fundamentales al agua,

a la biodiversidad, a un ambiente sano, a la buena alimentación y a su economía.

La comunidad de San Marcos busca una indemnización monetaria, además de un pago de perjuicios morales. La aspersión dejó más de seiscientas familias en una completa miseria, las cuales producían gran cantidad de chontaduro, bananito, entre otros frutos de la región, y ahora no producen nada. La pesca para su manutención también se acabó, debido a la contaminación de las aguas, y solo sobrevivieron las especies más fuertes. Por todo lo anterior, la comunidad de San Marcos busca una reparación justa que incluya una consulta previa, ya que es amparada por el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993. Estas personas son merecedoras de una serie de programas que les brinde estabilidad y, así, no se vean obligados a los varios desplazamientos que han vivido como consecuencias de tantas violaciones a sus derechos humanos. Por último, esta comunidad guarda las esperanzas en que la justicia sea equitativa, que se respeten sus territorios ancestrales, que se respeten sus costumbres ancestrales, que se respete su biodiversidad y se conserve su territorio que es en el que han vivido durante muchos años.

La Resolución 60/147 de 2005 de Naciones Unidas realizó una concentración importante en cuanto al derecho a la reparación de las víctimas, puesto que ubicó de forma concreta no sólo los antecedentes de este derecho en los sistemas Interamericano y africano, sino que también postuló los principios del derecho a la reparación, que evidentemente adquirieron gran acogida internacional con el pasar de los años.

En dicha resolución se comienza resaltando la obligación por parte de los Estados de respetar las normas internacionales relacionadas con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De igual manera, se establece que los Estados deben cumplir con la obligación de investigar de forma eficaz los casos de violación a estos derechos, así como de garantizar de forma efectiva el acceso a la justicia a las víctimas y de desplegar los recursos necesarios, sin perjuicio de la reparación que diera lugar.

La resolución enmarca que el deber de reparar a las víctimas por parte de un Estado

surge debido a la violación de derechos humanos de una persona o comunidad, un Estado que, a raíz de una acción u omisión en sus operaciones, causa un daño en los derechos o intereses de las víctimas. Dicho daño genera ciertos perjuicios a los afectados, quienes se ven obligados a soportar una carga que no tienen el deber de aguantarla. Es en ese momento cuando, en principio, surge el deber de reparar por parte de los Estados, puesto que deber cumplir con la obligación de tratar de devolver a las víctimas a un estado inicial, al momento de la acción u omisión nociva, utilizando todos los medios y recursos posibles para ello.

El derecho a la reparación cuenta con unos principios sumamente importantes, los cuales sirven de base al momento de establecer una reparación efectiva a las víctimas. Estos principios son: (i) restitución, entendiéndose como la posibilidad de “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta”; en este escenario se puede restablecer a los afectados su libertad, su lugar de residencia, su identidad y ciudadanía, así como la devolución de los bienes perdidos; (ii) indemnización, la cual consiste en el pago de dinero de los perjuicios que se hayan tasado proporcionalmente, producto de las acciones u omisión que hayan generado una violación a los derechos humanos de los afectados; (iii) rehabilitación, que consiste en todos los servicios médicos, jurídicos y psicológicos que llegasen a requerir las víctimas; (iv) satisfacción, un principio que enmarca las acciones que los Estados pueden desplegar para garantizar una debida reparación, como, por ejemplo, las medidas para garantizar que no continúen las violaciones, el esclarecimiento de los hechos que den lugar a la verdad, la búsqueda de los cuerpos de la personas desaparecidas, las declaraciones oficiales o judiciales que restablezcan la dignidad y reputación de las víctimas, la aplicación de sanciones judiciales o disciplinarias a las personas responsables de la violaciones, entre otras medidas; (v) garantías de no repetición, que consiste en evitar que se vuelvan a repetir los hechos generadores de violaciones de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

En el Sistema Interamericano el derecho a la reparación tiene un gran desarrollo tanto teórico como práctico, en el que se tiene un enfoque integral que garantiza la participación de

las víctimas en el diseño de la reparación, puesto que la COIDH entiende la importancia de atender las necesidades y características de cada persona o comunidad afectada. El Sistema Africano, por su parte, no cuenta con muchos avances en cuanto al derecho a la reparación, debido a que desde la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, entendida como el instrumento jurídico que da vida a la Corte Africana, no tiene consagrado el derecho a la reparación de las víctimas. El desarrollo de este derecho se debe al paulatino avance en la jurisprudencia de dicha Corte, la cual poco a poco ha ido reconociendo que las víctimas de vulneraciones de derechos humanos por parte de los Estados están facultadas para recibir una reparación efectiva de sus perjuicios.

De lo anteriormente dicho, es plausible concluir que el derecho a la reparación cuenta con un profundo avance en sus bases teóricas, las cuales han facilitado los estudios de los casos de violaciones de derechos humanos y de D.I.H y, así mismo, han asegurado que las víctimas logren una efectiva reparación. Sin embargo, es claro que el Sistema Interamericano, en comparación con el Sistema Africano, se encuentra en un punto de evolución más alto, lo que le ha permitido a la Corte Interamericana tener mayor reconocimiento y ser mucho más garantista en casos relacionados con la aplicación del derecho a la reparación. Esto no demerita los esfuerzos de la Corte Africana, que poco a poco ha recogido los esfuerzos jurisprudenciales para ir compilando una base sólida en materia de reparación y, así, guardar un enfoque claro y coherente para futuros casos similares.

Para el caso objeto de estudio de la comunidad negra de San Marcos, es importante que se dé la aplicación real y efectiva de cada uno de estos principios señalados en la Resolución de Naciones Unidas por cuanto el deber del Estado colombiano es cumplir con la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y, sobre todo, la garantía de la no repetición.

En cuanto al primero, entendido como el restablecimiento de la víctima a la situación anterior a la producción del daño, se tiene que la población de San Marcos ha disminuido

debido a las violaciones de derechos humanos por parte de actores armados y a que las actuaciones del Estado han provocado que estos se desplacen por fuera de su territorio para conseguir el sustento. La población se ha visto perjudicada por políticas como la fumigación con glifosato que afectó la actividad agrícola que desempeñaban los habitantes de este territorio étnico. Indemnización, por cuanto se deben tasar los perjuicios ocasionados por el daño ambiental derivado del uso del herbicida; rehabilitación en la medida que el Estado siempre ha estado ausente para suplir las necesidades de la comunidad; satisfacción, bajo el entendido de que se debe imputar la responsabilidad por el daño ocasionado, condenar al pago de perjuicios y ordenar el cumplimiento de las medidas efectivas para el resarcimiento y el goce efectivo de los derechos que han sido violados con la producción del daño. Entre estas, también se encuentran las medidas que el Estado debe tomar para que no continúe la erradicación de cultivos ilícitos con el herbicida glifosato tal como lo ha ordenado y reiterado en distintas ocasiones la Corte Constitucional al Consejo Nacional de Estupefacientes desde 2018.

Por último, se tienen las garantías de no repetición, por las cuales se debe evitar que sobre la comunidad de San Marcos, a la cual se le han ocasionado daños en la salud y el medio ambiente, se retomen las aspersiones con glifosato. Lo anterior se puede lograr mediante una consulta previa libre e informada a la comunidad que es titular de derechos colectivos, en la que se articulen sus consideraciones con respecto al programa PECIG, respetando su autonomía y libertad sobre el territorio ancestral y en general sobre su cultura y tradición, en la medida que es una decisión del Gobierno Nacional que afecta directamente a la comunidad.

Según Carlos Martín Beristain (2010), por reparación se entiende al conjunto de medidas que están orientadas a restituir los derechos de las víctimas. Para el caso de los daños ambientales, se deben tener en cuenta la restitución, la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen un seguimiento de las actuaciones de quien ocasionó el daño, para garantizar que se haga efectiva la sanción a la

cual ha sido sometido. Como garantía de no repetición existe una muy importante que es la consulta previa, pues permite el reconocimiento de la diversidad étnica y la autonomía de las comunidades.

Ligado a esto se encuentran los “conflictos socio ambientales” que se deben tomar en cuenta para una reparación integral, al igual que se debe atender al reconocimiento de las formas de vida del grupo étnico. Incluso, Martin (2010) señala la necesidad de una jurisprudencia que, de manera exclusiva, contenga los argumentos suficientes sobre este tipo de daños y violaciones a los derechos humanos en comunidades especiales.

Por otro lado, dado que las comunidades siempre se encuentran en un grado de inferioridad y desventaja frente al poder empresarial y al poder político, se hace necesario que, tanto las medidas de reparación como las legislativas y administrativas, estén fundamentadas en el Convenio 169 de la OIT, que integra los derechos de las comunidades. Las indemnizaciones económicas no son suficientes si no se tiene en cuenta el respeto por el ambiente, el ecosistema, el arraigo, el territorio, la cultura y la tradición.

Para el caso de la aspersión con glifosato en la comunidad de San Marcos, las medidas de reparación integral deben tomarse teniendo en cuenta los conflictos socio ambientales que menciona Martin (2010), pues esta ha sido una comunidad sumergida en la pobreza, que es invisible por el abandono estatal, lo cual ha generado que sea durante largos años objeto de múltiples violaciones en sus derechos humanos en el marco del conflicto armado y, sobre todo, del desplazamiento forzado. Se debe considerar que la realidad de las comunidades que viven a lo largo del corregimiento n.º 8 de la zona rural de Buenaventura es que carecen de saneamiento básico, de sistema de salud y educación.

Además de los daños al medio ambiente que han sido ocasionados dentro de su territorio, como el vertimiento de lodo por parte de la EPSA en el Río Anchicayá, las fumigaciones con glifosato empeoraron su situación económica y la manera en que subsistían, pues se vio afectada en gran manera su agricultura.

De conformidad con los aportes del Sistema Interamericano en materia de reparación, para que esta sea materializada se requiere que haya: restitución, indemnización, medidas de satisfacción, garantías de no repetición y rehabilitación. Es por ello por lo que, para el caso de la comunidad en cuestión, se deben garantizar medidas, además de las pecuniarias, que alcancen una real y efectiva reparación por cuanto el Estado cumpla, por lo menos, con los deberes generales como la no repetición, que en distintas ocasiones se manifiesta mediante la realización de una consulta previa, libre e informada.

Vásquez (2016) plantea las distintas teorías de la responsabilidad y, con base en ello, menciona la reparación y el caso específico del glifosato. Resalta la importancia de acatar la disposición de 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes de ordenar la suspensión de las aspersiones con este herbicida, debido a las posibilidades que hay de que se ocasionen daños en la salud.

Por lo anterior, es necesario plantearse la reparación bajo el contexto de pobreza y exclusión en el que han vivido las comunidades. El Estado se ha preocupado poco por que las víctimas del conflicto armado en su totalidad sean reparadas. En cumplimiento de sus deberes y obligaciones generales, el Estado debe garantizar la satisfacción plena del derecho a la reparación a través de instancias judiciales y administrativas, creando políticas públicas destinadas a la restitución de los bienes y tierras que le han sido arrebatadas a las víctimas por los actores armados.

Luego, la reparación se puede dar mediante prácticas como el esclarecimiento de la verdad, la construcción de la memoria y la responsabilidad moral y penal de los autores del daño, prácticas en las que las víctimas deben tener participación en el marco de una reparación integral que construya, como lo menciona Uprimmy, lazos de confianza entre las comunidades y el Estado. Sumado a esto, los procesos de reparación no deben darse únicamente desde un aspecto sustitutivo, sino también redistributivo.

Por otro lado, el autor Germán Vallejo (2018) plantea que en los casos de aspersión con

glifosato las comunidades deben ser consultadas, dado que son quienes han sufrido los daños y deben participar de manera autónoma sobre las medidas para el restablecimiento del equilibrio, la armonía o la reproducción de sus sistemas culturales. Para ello, la consulta debe cumplir con los preceptos constitucionales desde los cuales ha sido desarrollada.

La consulta previa es necesaria en la comunidad de San Marcos, pues las políticas de erradicación de cultivos afectan de manera directa en medio de la comunidad. Es más importante aún adoptar lo que se entiende como una justicia redistributiva, pues el Estado permanece en deuda con las comunidades negras de este país y, en concreto, la comunidad negra de San Marcos que ha vivido en un profundo abandono estatal.

Por su parte, Lozano-Acosta (2010) expone en su texto el derecho a la reparación integral desde un ámbito constitucional, señalando que se ha reconocido a los pueblos indígenas y afrodescendientes como sujetos con integridad colectiva, titulares de derechos colectivos y destinatarios de especial protección, no obstante, siguen siendo comunidades con grande nivel de vulnerabilidad y pobreza. Es por lo anterior por lo que las medidas de reparación colectivas deben plantearse desde tres aspectos: (i) tener en cuenta el conflicto armado y la exclusión social como factores que han impedido que las comunidades gocen del derecho que tienen sobre los recursos naturales de sus territorios étnicos, y que, de conformidad con el derecho internacional, el Estado tiene el deber de reparar desde la dimensión sustancial y procedimental, que se refiere a los componentes clásicos de reparación como la indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; (ii) focalizar los beneficios en las zonas geográficas que tienen alto nivel de afectación para hacerle frente a la ignorancia causada por la pobreza; y, por último, (iii) entender a las víctimas como sujeto colectivo que comparten una misma identidad.

Según el sistema de reparación colectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como punto de partida debe haber un reconocimiento constitucional a las comunidades negras e indígenas para definir en sí al sujeto de la reparación colectiva, sin

excluir de la misma a quienes no cuentan con dicho reconocimiento. Además, es necesario que la identidad colectiva sea demostrada y no presumida para no llegar a tener beneficiarios que no pertenezcan a la colectividad.

Lozano-Acosta (2010) expone de la misma manera un esquema que ya ha sido aceptado para la clasificación de las violaciones en violaciones de derecho individual integradas por un sujeto colectivo en forma masiva, violaciones a derechos individuales de integrantes de una comunidad y violaciones a sujetos colectivos.

El texto en cuestión plantea la reparación por daño ambiental en el marco del conflicto armado, y en aplicación al caso de San Marcos se ha señalado que ha sido una comunidad afectada por actores armados durante más de dos décadas. Por ello, es necesario, tratándose de daño ambiental, que este factor sea tenido en cuenta, dado que los grupos étnicos no han tenido un goce efectivo de sus derechos sobre la naturaleza y su territorio de propiedad colectiva. Además, por incumplimiento en los deberes y obligaciones generales del Estado, ha sido una comunidad vulnerable, en la que sus integrantes comparten una identidad en común con respecto de su etnia, previamente identificada conforme a la Ley 70 de 1993.

Por otro lado, Lozano-Acosta (2010) señala algunos criterios o elementos que resultarían útiles para la valoración del daño en los programas de reparación colectiva tales como la creación de una justicia transicional y que los programas de política ambiental deben articularse con los grupos étnicos para alcanzar su objetivo de manera exitosa. Adicional a esto, se plantean otros que también serían aplicables al caso de San Marcos como el uso del principio de precaución y el respeto por la capacidad de carga de los ecosistemas, teniendo en cuenta los límites en medidas como la restitución de tierras. Por último, un criterio muy importante es el de distribución ecológica, pues con este se mitigarían los efectos de las actividades agroindustriales en los territorios para lograr acciones de saneamiento y descontaminación.

No se puede negar que al momento en que una comunidad sufre de violencia, hay un

rompimiento en esta, que se ve reflejado en muchos ámbitos como la cultura. Al reconocer que hay un rompimiento cultural en el momento en que una comunidad es atacada, es necesario idear métodos de reparación para este problema, o lo que se llama una reconfiguración cultural. Para las comunidades afro, las grandes expresiones culturales pueden encontrarse desde el canto y la gastronomía; cada una de ellas lleva consigo una carga histórica que le da la importancia que tiene para estas comunidades.

En el caso del canto, puede encontrarse un matiz de significados en torno a este. En medio del conflicto armado colombiano, la violencia sexual ha sido un arma importante que se ha utilizado en contra de la mujer; el canto brinda una reivindicación de esta figura femenina, el papel de las cantoras ataca de manera directa las ideas machistas que objetivizan a la mujer y le da de nuevo un papel importante en sus costumbres. Cada cultura tiene sus diferentes ritos en torno a la vida y a la muerte, algo de lo que las comunidades afro no están exentas, pues en medio de la despedida dolorosa de familiares y amigos que se sufre en medio del conflicto, se encuentran los alabaos como una expresión para despedir a sus seres queridos.

La gastronomía se muestra como un gran exponente de la cultura afro, pero la misma también se ve interrumpida con el desplazamiento de las comunidades, tanto por el hecho de la reconfiguración que sufren los roles familiares como por la dificultad que supone conseguir la misma materia prima con la que contaban para repetir su tradición.

Hay una realidad que se esconde a gritos, y es que muchas veces a las personas que creen que no se han visto afectadas por el conflicto armado se les hace más fácil ignorar una situación de desplazamiento forzado a enfrentar la incomodidad que genera ver a alguien en esta situación. En medio de dicho olvido, tanto Estatal como social, la cura se presenta de formas culturales y espirituales. Al ofrecer este tipo de reparación, se crea un refugio en su propia comunidad y se vuelven a unir lazos que, incluso, se refuerzan.

Otra medida de reparación importante se da con los tribunales afro. Dicha propuesta se da desde la idea de la libertad de las comunidades afro, la cual se construye desde el

reconocimiento de que se vive en una sociedad pluriétnica y multicultural. Una de las grandes críticas a las comunidades afro es su falta de identidad, pero dicha idea se ve promovida desde el Estado en el momento en que uno de los pilares mínimos, como es el de la impartición de justicia, se ve despojado del enfoque étnico. Por ello, la justicia que se le aplique a una persona afro no va a tener diferencia con cualquier otro ciudadano que no se vea identificado con ninguna etnia; no se tiene en cuenta el peso histórico y las condiciones que ostenta una persona afro y que lo diferencian de cualquier otra.

Además del reconocimiento a las diferencias, un tribunal afro apoya la idea de una justicia comunitaria. Si bien el sentido de identidad se refuerza con las medidas culturales, se busca crear un mecanismo organizado que pueda solucionar conflictos, grupos de personas organizadas que conocen de las diferencias culturales y aplican dichos conocimientos hacia una reparación integral.

Finalmente, y para el caso en concreto, hay que tener en cuenta que las tres medidas de reparación que se presentan son sumamente importantes, ya que cada una repara una parte esencial de la cultura y la identidad afro. Sin embargo, se debe tener en cuenta el contexto en el que se vive; aquí puede observarse una gran viabilidad de políticas públicas que regulen los métodos culturales, creando espacios de apropiación y expansión de estas, que, como ya se dijo anteriormente, sirven como refugio a las víctimas de violencia y les proporciona herramientas de identidad. Por otro lado, el pensar en la implementación de un tribunal afro en Colombia suena algo utópico, pues, si bien existen algunos esfuerzos en reconocer las diferencias culturales que existen entre las comunidades que habitan este país, proponerlo implica una reconfiguración mucho más grande, tanto en el pensamiento erróneo que apoya la falta de identidad como en la configuración que ya existe para impartir justicia, por lo que no se ve un escenario favorable para esta propuesta.

Una vez leída toda la jurisprudencia sobre las medidas de reparación según la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte interamericana y la Corte

Africana, los elementos del derecho a la reparación que se podrían aplicar al caso concreto de San Marcos son, entre otros, el interés colectivo y los proyectos de vida colectiva con un interés de vida que comparte sus costumbres y su forma de vida. Por ello, es importante que al momento de una reparación para esta comunidad se reconozca la identidad como parte de esa misma reparación, que los daños de naturaleza colectiva por aspersiones aéreas tiendan o vayan encaminadas a la reparación integral del grupo, que el daño a la integridad colectiva sea plenamente reconocido, reparado y que esta reparación lleve a políticas públicas encaminadas a brindar garantías de no repetición; además, que dicha población sea tenida en cuenta como un grupo sobre el cual ha recaído un perjuicio que requiere la necesidad de una especial protección.

Se espera que con una reparación integral se haga justicia y se les devuelva un tanto de lo que el Estado les ha negado a lo largo de muchos años. La comunidad espera una reparación que contenga herramientas tanto judiciales como administrativas que conlleven a la satisfacción y rehabilitación de las víctimas. Las medidas de restitución, como indemnización, satisfacción y rehabilitación de las víctimas colectivas, deben ser elementos encaminados a la reparación integral del grupo, el cual, a pesar de la falta de oportunidades y de intervención estatal, está plenamente identificado, como se ha mencionado anteriormente.

Un marco de justicia transicional en las comunidades negras podría asegurar la verdad y garantizar la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Para lo anterior es importante resaltar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dentro de las medias de reparación, contemplan, primeramente, el derecho a la consulta previa, que se haga en forma debida, libre e informada de la misma manera que espera la comunidad de San Marcos: que dentro de la reparación de sus derechos colectivos se contemple la consulta previa como garantía. Otras medidas son que se suspendan las aspersiones aéreas, debido a que está comprobado el daño que causa en las personas, y que se reconozca al grupo, según lo expuesto por la honorable Corte Constitucional Sentencia T-080 del 2017, como sujetos de

derechos.

También tenemos el Auto 073 de 2014, que trata sobre derechos colectivos y la protección del derecho a la participación, a la seguridad alimentaria y a la protección de Estado en general, señalando en esta última el impacto que se da en las comunidades afrodescendientes cuando se les vulneran sus derechos fundamentales. Por otro lado, en la Sentencia SU-383 de 2003 los derechos alegados son: el derecho a la protección, a la vida, a un medio ambiente sano, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, al debido proceso y a la participación, derechos que han sido vulnerados en la comunidad de San Marcos, por lo que el grupo espera una especial protección.

En sentencia de la Corte Interamericana, el caso Acosta y otros vs Nicaragua puede ser un referente para el caso de San Marcos; lo que buscan es que se respete y se reconozca el derecho a la propiedad colectiva, dado que el Estado debe brindar una información clara y oportuna antes de interrumpir la tranquilidad en el territorio, como a una comunidad que le fue violado el derecho a la libre circulación. Además de los daños causados y la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales, los miembros sentían temor al desplazarse y ver aviones volando sobre su territorio.

También es bueno recordar que en la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador se presentaron una serie de violaciones muy parecidas por las cuales fue condenado el Estado de Ecuador. Por su parte, en el caso del pueblo indígena vs Panamá se buscan medidas de satisfacción tendientes a mitigar y reparar de manera definitiva el impacto o daño causado, al igual que se busca lo que pretende esta comunidad a la cual no se le ha aplicado una verdadera justicia redistributiva ni se les ha reconocido su permanencia dentro de una comunidad que lucha por el respeto a la vida, la salud, el goce y disfrute de sus tierras, la asistencia alimentaria y un medio ambiente sano.

Por otro lado, respecto de la jurisprudencia africana, está el caso de los Ogiek, una

comunidad indígena que habita en Kenia y practica la caza, la pesca y la recolección de miel. Han permanecido por décadas en el bosque Mau Forest, sin embargo, su población ha disminuido debido a que algunos han desertado en busca de movilización y otros han sido desalojados de las tierras en que vivían, obligados a abandonar su cultura.

A lo largo de esta lectura se encuentra que estos grupos no han sido fáciles de identificar como tal. Los pueblos Nilotes y los Bantu son los mayoritarios en el territorio africano y los Ogiek son los pueblos que obtienen su primera sentencia a favor emanada por la Corte Africana el 26 de mayo del 2017. Fue un gran logro para la comunidad, pues con esta sentencia el tribunal determinó el alcance del derecho a la propiedad colectiva y de tierras ancestrales. Este fallo permitió que otras comunidades presentaran demandas ante la Corte Africana sobre el derecho a sus tierras, comunidades que sufren de la subyugación y discriminación. Es importante resaltar que no todos los países africanos reconocen a las comunidades indígenas. Algunos de estos pueblos son sometidos por otros, los consideran distintos; ellos lo que pretenden es la continuidad para sus sucesores y poder transmitirles su ancestralidad, su identidad por sus costumbres y el auto reconocimiento. Poseen en su interior una marginación desde la época de la Colonia que los hace sentir inferiores ante las demás sociedades y sufren la desposesión de sus tierras.

En 1974, el bosque Mau Forest fue declarado parque nacional y los Ogiek fueron desterrados sin compensación y sin consulta previa, violando sus derechos humanos más básicos. Este caso llegó a la Corte Suprema de Kenia, y el tribunal africano no reconoció su caracterización como una tribu y desconoció algún tipo de discriminación. Sin embargo, llegó a la Corte Africana mediante la Comisión, quien finalmente decidió que el Estado de Kenia había violado múltiples derechos colectivos con el desalojo de su territorio, bajo el entendido de que sí eran una comunidad que habitaba en un territorio ancestral y no se le realizó ni siquiera una consulta previa, sino que fue despojada indiscriminadamente. La Corte Africana, además, ordenó al Estado la adopción e implementación de las medidas necesarias tendientes a

remediar las violaciones. Este caso guarda relación con el de la comunidad de San Marcos, puesto que estos también han sufrido el despojo de sus tierras por la violencia, el abandono estatal y el aprovechamiento en sus tierras sin realizarse consulta previa por parte del Estado.

Las características que debe tener la reparación en el caso deben ser especiales, debido a que se trata de una comunidad especial que ha sido marginada y olvidada. La reparación debe contener un enfoque diferencial étnico, con el propósito de satisfacer las necesidades en el grupo en específico; lo que se pretende es que las autoridades puedan dar cumplimiento a las necesidades y derechos vulnerados al grupo. Es bueno recordar que la comunidad negra de San Marcos está conformada por un consejo comunitario que cuenta con un territorio titulado y reconocido, que existe una entidad territorial y que dentro de este territorio están asentadas familias debidamente identificadas. Cuando se habla de un enfoque diferencial, el ordenamiento constitucional lo tiene presente al momento de reparar. Lo que se busca es que dicha reparación sea aplicada de la mano de políticas públicas tendientes a reconocer la pluralidad y diversidad de esta población que se encuentra en grado de desventajas entre otras con aplicación de acciones afirmativas.

Para la comunidad de San Marcos se espera, además, una indemnización monetaria y otras medidas que garanticen la participación efectiva de la comunidad y permitan, de manera autónoma, articular con el Estado para preservar sus condiciones de vida, medio ambiente, salud y todas sus costumbres y tradiciones. Esto fortalecería un grado de confianza con las organizaciones del Estado, la cual se ha visto perdida debido a los atropellos constantes en los territorios.

Para la jurisprudencia internacional, una reparación justa tendría que estar sobre las bases de que esta comunidad ha permanecido por más de una década sobre las riveras de los ríos conservando sus culturas y saberes con un amplio desarrollo de prácticas de producción. Es por ello por lo que dicha reparación debe contar con un enfoque diferencial tendiente a garantizar, a través de la consulta previa, que no se vuelva a realizar dicha práctica dañina sin

consultar primero a la comunidad, conociéndola y respetando sus derechos.

Al culminar el estudio del presente caso, los cuestionamientos que surgen son entorno a las medidas que resultarían suficientes para reparar a comunidades negras como estas, puesto que siempre será necesario ir más allá de una indemnización económica. Además cabe preguntar si el Estado colombiano, a través de la consulta previa, lo que pretende es impulsar un grado de confianza en estos territorios o si simplemente se ha contemplado como un requisito procedimental más para continuar con su política agresiva de fumigarlos y marginarlos; o si, por el contrario, a pesar de todo algún día estas personas, como seres humanos, pueden llegar a gozar de igual protección en esta vida y en un Estado social de derecho en el que la Constitución y las leyes los amparan, pero que en la realidad los atropellan.

Cabe preguntar si para el Estado colombiano no ha sido suficiente hasta la actualidad haber llevado un retroceso en materia de salud, educación y otros a estas comunidades; si algún día Colombia podrá adoptar una jurisprudencia más amplia que permita garantizar estos derechos, los cuales, por gozar de un derecho diferencial, deben ser tratados como tal y, por ende, deben gozar en su propia norma. Una norma más amplia, y, por qué no, crear una propia justicia tal y como la conservan los indígenas, ya que, aunque la misma no puede estar por encima de la Constitución, por lo menos les da un grado más de confianza e identidad.

Aún es cuestionable si a las instituciones administradoras de justicia realmente les interesa adoptar políticas con un alto grado de participación y contenido social para estos grupos, que tiendan a complementar los quebrantamientos sociales, y si, finalmente, para la justicia colombiana el caso de la comunidad negra de San Marcos merece una especial atención y un reconociendo sin tener que acudir a organismos internacionales para el respeto de sus derechos humanos.

El derecho a la reparación se debe tener en cuenta en todos los casos en los que el Estado ha vulnerado derechos fundamentales a cualquier persona y en especial a las

comunidades y grupos étnicos que cuentan con una identidad distinta al resto de la población. Se podría destacar la población indígena, la cual en un 90% vive en zonas rurales y conviven en un entorno conectado directamente con la naturaleza, donde la tierra tiene un alto significado para su subsistencia. Además de sus costumbres, en Colombia han existido cualquier clase de atropellos a este distinguido grupo étnico, el cual, a través de algunas reparaciones, ha aportado en gran manera como un modelo que podría ser incluso muy similar a la reparación que busca la comunidad de San Marcos. En la lectura de Martin (2010) se encuentra que para estas comunidades, tanto negras como indígenas, la tierra, los saberes y la ancestralidad son de gran importancia para buscar un resarcimiento de sus derechos dentro de un enfoque diferencial; otro aporte de gran importancia es la jurisprudencia y la doctrina que debe ser exclusiva al momento de tratarse de estos grupos.

El libro titulado *El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales* es un gran aporte, ya que en él se encuentran las diferencias entre estas etnias con el resto de la sociedad, por lo que debería existir en nuestro ordenamiento jurídico más normas con un alto contenido en derechos, saberes y forma de vida de estos grupos. En países como Paraguay, Ecuador y Bolivia estos grupos toman mayor relevancia y cuentan con sus propias normas constitucionales, en especial, los pueblos indígenas.

## Referencias

- Abashidze, A., Keburia, C. O. y Solntsev, A. (2016). The legal analysis of the right to reparation for the victims of the human rights violations in the European, Inter-American and African human rights protection systems. *Indian Journal of Science and Technology*, 9(37), <https://dx.doi.org/10.17485/ijst/2016/v9i37/102173>.
- African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 002/2013.
- African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 006/2012.
- Álvarez, J. H. (Autor), Moreno, S. (Autor), Ordóñez, F. (Autor), Moore, C. (Colaboradora), Naranjo, J. E. (Colaborador) y Jiménez, C. A. (Colaboradora) (2013). *Procesos socio-territoriales Pacífico: itinerarios y tendencias*. ILSA; Instituto para una Sociedad y un Derecho Alternativos.
- Amiri Ramadhani v. United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 010/2015.
- Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 012/2015.
- APDF & IHRDA v Republic of Mali, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No 046/2016.
- Arboleda, S. A. (2016). Plan Colombia: descivilización, genocidio, etnocidio y destierro afrocolombiano. *Nómadas*, (45), 75-89. <https://dx.doi.org/10.30578/nomadas.n45a5>
- Bassiouni, M. (2007a). Las directrices de Bassiouni 1999. Informe del Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos. En Comisión Colombiana de Juristas (Ed.), *Principios*

internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (pp. 319-356). Comisión Colombiana de Juristas.

Bassiouni, M. (2007b). Las directrices de Bassiouni 2000. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión. En Comisión Colombiana de Juristas (Ed.), Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (pp. 357-369). Comisión Colombiana de Juristas.

Buitrago, A. P., Cundumí, M. Yate, M., y Yaya, R. (2019). La paz desde abajo: breve historia, impacto y participación de los movimientos sociales en Colombia. Ediciones USTA.

Cárdenas, M. y Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Opinión Jurídica*, 13(26), 33-48.

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/954>

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de fondo (31 de agosto de 2001).

Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, serie C No. 125, Sentencia (17 de junio de 2005).

Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de fondo (29 de marzo de 2006).

Caso Escué Zapata Vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas (4 de julio de 2007).

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 185, Sentencia (12 de agosto de 2008).

Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 2, Sentencia (31 de agosto de 2010).

Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, serie C No. 245, Sentencia (27 de junio de 2012).

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C No. 250, Sentencia (4 de septiembre de 2012).

Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, Sentencia (20 de noviembre de 2013).

Caso de los Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 328, Sentencia (30 de noviembre de 2016).

Collectif des Anciens Travailleurs du Laboratoire ALS v Mali, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No 042/2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. CIDH.

<https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

Constitución Política de Colombia (1991).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos (1969).

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo (1989).

Cruz, A. y Baracaldo, D. (2019). Aportes desde iniciativas colectivas de mujeres negras para consolidar los procesos de afro-reparación en la transición política en Colombia. Revista Kavilando, 11(2), 370-388.

<http://kavilando.org/revista/index.php/kavilando/article/view/355>

De Cózar, J. (2005). Principio de Precaución y Medio Ambiente. Revista Española de Salud

- Pública, 79(2), 133-144. <http://scielo.isciii.es/pdf/resp/v79n2/colaboracion1.pdf>
- De Friedemann, N. S. y Arocha, J. (1986). De sol a sol: génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia. Planeta Colombiana Editorial SA.
- De Greiff, (2006).
- Díaz, C., Sánchez, N. y Uprimny, R. (2009). Introducción. En C. Díaz, N. Sánchez y R. Uprimny (Eds.), Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión (17-28). Dejusticia.
- Duque, C. y Torres, L. (2015). Las garantías de no repetición como mecanismo permanente para la obtención de la paz. *Universitas Studentes*, (12), 269-270. <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/13+Duque-Torres.pdf/8217f4c5-f3e9-4ec1-9e3d-d7a9bf43b0d9>
- Florian, V., & María, A. (2015). Efectos de la aplicación del daño antijurídico en el marco de la responsabilidad patrimonial del Estado, frente a las acciones de reparación directa consecuencia de las aspersiones con glifosato emprendidas por la Policía Nacional de Antinarcóticos en su lucha contra el narcotráfico: Análisis del expediente 29028 de 2014 del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo.
- González, J. (Eds.). (2012). Contaminación de las aguas con Glifosato y sus efectos tóxicos en ictiofauna nativa de Colombia. Universidad Nacional de Colombia.
- Huezo, A. (2017) Eradication without prior consultation: the aerial fumigation of coca in the black communities of the Colombian Pacific. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies / Revue canadienne des études latino-américaines et caraïbes*, 42(3), 375-399. <https://doi.org/10.1080/08263663.2017.1378406>
- Iglesias, M. (2018) El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. 29(2), 83-113. <https://doi.org/10.15359/rldh.29-2.4>

Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 003/2014.

Joinet, L. (2007). Las directrices de Joinet revisadas. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. En Comisión Colombiana de Juristas (Ed.), Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (pp. 69-104). Comisión Colombiana de Juristas.

Kamdem Roger v. CIMA, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 021/2015.

Ley 23, Congreso de Colombia, Diario Oficial Año CX. N. 34001 (1973).

Ley 70, Congreso de Colombia, Diario Oficial 41.013 (1993).

Ley 472, Congreso de Colombia, Diario Oficial 43.357 (1998).

Lozano, B. R. y Peñaranda, B. (2017). Memoria y reparación. ¿Y de ser mujeres negras qué? En A. Vergara-Figueroa, L. Ramírez, L. Valencia, L. Agudelo, L. Mosquera y S. Rojas. (Comp. Antologistas), Descolonizando mundos: aportes de intelectuales negras y negros al pensamiento social colombiano (pp. 415-424). CLACSO.

Lozano-Acosta, C. (2010). El daño ambiental en los programas de reparación colectiva para comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por el conflicto armado en Colombia. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17), 287-322.

Lucien Ikili Rashidi v. United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 009/2015.

Martin, C. (2010). El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales (Vol. 1). Hegoa.

- Martínez, A., Reyes, I. y Reyes, N. (2007). Citotoxicidad del glifosato en células mononucleares de sangre periférica humana. *Biomédica*, 27(4), 594-604.  
<https://doi.org/10.7705/biomedica.v27i4.176>
- Martínez, L. (2007). Desde adentro: una aproximación al tema de Verdad, Justicia y Reparación a partir de las víctimas afrocolombianas. En C. Mosquera y L. Barcelos (Eds.), *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales* (pp. 425- 442). Universidad Nacional de Colombia.
- McDougall, G. (2011). Informe del Consejo de Naciones Unidas A/HRC/16/45 (Informe de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall). Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, Naciones Unidas.  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7475.pdf>
- Mgosi Mwitwa Makungu v United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No 006/2016.
- Monroy, C., Cortés, A., Sicard, D. y Groot de Restrepo, H. (2005). Citotoxicidad y genotoxicidad en células humanas expuestas in vitro a glifosato. *Biomédica*, 25, 335-345.  
<https://doi.org/10.7705/biomedica.v25i3.1358>
- Mosquera, C., Barcelos, L. y Arévalo, A. (2007). Introducción. Contribuciones a los debates sobre las Memorias de la Esclavitud y las Afro-reparaciones en Colombia desde el campo de los estudios afrocolombianos, afrolatinoamericanos, afrobrasileros, afroestadounidenses y afrocaribeños. En Mosquera, C. y Barcelos, L. (Eds.), *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparatoria para negros, afrocolombianos y raizales* (pp. 11-69). Universidad Nacional de Colombia.
- Naciones Unidas. (1992). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.  
<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Naciones Unidas. (2007). Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En Comisión Colombiana de Juristas (Ed.), Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (pp. 215-228). Comisión Colombiana de Juristas.

Nanclares, J. y Gómez, A. H. (2017). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 59-80.  
<https://doi.org/10.22518/16578953.899>

Nguza Viking and Johnson Nguza v. United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 006/2015.

Oscar Josiah v United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No 053/2016.

Paz-y-Miño, C., Sánchez, M. E., Arévalo, M., Muñoz, M. J., Witte, T., De-la-Carrera, G. O. y Leone, P. E. (2007). Evaluation of DNA damage in an Ecuadorian population exposed to glyphosate. *Genetics and Molecular Biology*, 30(2), 456-460.  
<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-47572007000300026>

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Organization of African Unity (1998).  
<http://www.african-court.org/en/images/Basic%20Documents/africancourt-humanrights.pdf>

Redacción APP. (2019, marzo 7). ¿Quién interpuso la tutela por la que citan a debate sobre glifosato? El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/quien-esta-detras-de-tutela-por-la-que-citan-debate-sobre-glifosato-334912>

Rengifo, J. y Díaz, C. (2018). El canto como mecanismo de reparación en las comunidades

negras, víctimas de la violencia, del pacífico colombiano: entretejiéndose con el grupo integración pacífico. *Antropología Experimental*, (18), 151-164.

<https://doi.org/10.17561/rae.v0i18.3452>

Resolución 001, Consejo Nacional de Estupefacientes (1994).

Resolución 008, Consejo Nacional de Estupefacientes, Diario Oficial 46.639, (2007).

Resolución 009, Consejo Nacional de Estupefacientes, Diario Oficial 49.925 (2015).

Resolución 013, Consejo Nacional de Estupefacientes, Diario Oficial 45.264 (2003).

Resolución 1054, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Diario Oficial 45.340 (2003).

Resolución 1065, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, (2001).

Resolución 1214, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (2015).

Resolución 99, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Diario Oficial 45.104 (2003).

Rodríguez, D. (2019). Intervención del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia– en audiencia pública citada mediante auto del 23 de enero de 2019, en seguimiento de la Sentencia T 236 de 2017 [Carta enviada al Magistrado de la Corte Constitucional Alberto Rojas Ríos]. Expediente No. T- 4.245.959. Dejusticia.  
<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/03/Intervenci%C3%B3n-Escrita-Audiencia-Glifosato.pdf>

Rodríguez, S. (2008). Fronteras fijas, valor de cambio y cultivos ilícitos en el Pacífico caucano de Colombia. *Revista Colombiana de Antropología*, 44(1), 41-70.

Rúa, C. (2007). La justicia afrocolombiana se construye en el reconocimiento de la diversidad. En Mosquera, C. y Barcelos, L. (Eds.), *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales* (pp. 745-762). Universidad Nacional de Colombia.

Sánchez, N. (2019, mayo 26). Pobladores de Anchicayá (Buenaventura) denuncian nueva

contaminación del río. El Espectador.

<https://www.elespectador.com/colombia2020/territorio/pobladores-de-anchicaya-buenaventura-denuncian-nueva-contaminacion-del-rio-articulo-862811/>

Sébastien Germain Ajavon v Republic of Benin, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No 013/2017.

Secretaría del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. (2009).

Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes.

[https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/unep-pop/trt\\_unep\\_pop\\_2.pdf](https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/unep-pop/trt_unep_pop_2.pdf)

Sentencia A. 073/14, Corte Constitucional, Medidas de prevención, protección y atención de las comunidades afrodescendientes de la región pacífica del departamento de Nariño en riesgo y víctimas de desplazamiento forzado, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004 y de las medidas específicas ordenadas en el auto 005 de 2009. (2014).

Sentencia SU-039/97, Corte Constitucional, expediente T-84771 (1997).

Sentencia SU.383/03, Corte Constitucional, expediente T-517583 (2003).

Sentencia T-080/17, Corte Constitucional, expediente T-5.120.337 (2017).

Sentencia T-236/17, Corte Constitucional, expediente T-4.245.959 (2017).

Sentencia T-300/17, Corte Constitucional, expediente T-4.615.032 (2017).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 25000-23-25-000-2001-0022-01(AP-312) (2002, 28 de febrero).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 18001-23-31-000-2004-00613-01(AC) (2005a, 14 de abril).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 18001-23-31-000-2004-00614-01(AC) (2005b, 28 de abril).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 18001-23-31-000-1999-00397-01(22219) (2012, 27 de enero).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060) (2013, 30 de enero).

Sentencia, Consejo de Estado, referencia 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028) (2014a, 20 de febrero).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 11001-03-15-000-2013-01318-00(AC) (2014b, 27 de marzo).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 52001-23-31-000-2006-00395-01(34797) (2016a, 27 de enero).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 52001-23-31-000-2003-01063-01(36357) (2016b, 2 de mayo).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 68001-23-31-000-2012-00107-01(56253) (2016c, 17 de agosto).

Sentencia, Consejo de Estado, referencia 19001-23-31-000-2005-01139-01(40245) (2017a, 5 de abril).

Sentencia, Consejo de Estado, referencia 52001-23-31-000-2006-00435-01(38040) (2017b, 8 de septiembre).

Sentencia, Consejo de Estado, referencia 11001-03-15-000-2018-01152-00(AC) (2018a, 18 de mayo).

Sentencia, Consejo de Estado, referencia 19001-23-31-000-2010-00350-01 (2018b, 17 de septiembre).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 52001-23-33-000-2015-00122-01(AP) (2019a, 25 de enero).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 11001-03-15-000-2018-04740-01(AC) (2019b, 4 de abril).

Sentencia, Consejo de Estado, radicado 11001-03-15-000-2018-04739-01 (AC) (2019c, 11 de abril).

- Sicard, T. L., Salcedo, J. B., Pérez, C. T., Baquero, C. L., Rojas, C. N. R., & Hernández, C. P. R. (2005). Observaciones al 'Estudio de los efectos del programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersion aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente'. Instituto de Estudios Ambientales (IDEA) de la Universidad Nacional de Colombia, en línea. Disponible en:<  
[http://www.idea.unal.edu.co/public/docs/Observ\\_IDEA\\_a\\_doc\\_CICAD.pdf](http://www.idea.unal.edu.co/public/docs/Observ_IDEA_a_doc_CICAD.pdf).
- Solomon, K. R., Anadón, A., Carrasquilla, G., Cerdeira, A. L., Marshall, E. J. P. y Sanín, L. H. (2007). Coca and poppy eradication in Colombia: Environmental and human health assessment of aerially applied glyphosate. En G. W. Ware, D. M. Whitacre y F. A. Gunther (Eds.), *Reviews of environmental contamination and toxicology* (pp. 43-125). Springer.
- Vallejo, G. (2018). La consulta previa como contrapeso a las afectaciones a los pueblos indígenas y tribales de las medidas legislativas y administrativas. En F. R. Ostau de Lafont de León, L. Á. Niño-Chavarro, G. Vallejo, I. P. León, G. Lizarazo-Peña, P. I. Reyes-Beltrán y R. A. Huffington-Rodríguez, *Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT* (pp. 111-142). Universidad Católica de Colombia
- Van Boven, T. (1997/2007). Las directrices de Van Boven de 1997. Revisión de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a obtener reparación. En Comisión Colombiana de Juristas (Ed.), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones. Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)* (pp. 313-318). Comisión Colombiana de Juristas.
- Werema Wangoko Werema and Another v. United Republic of Tanzania, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, App. No. 024/2015.