

Pueblos indígenas, avances y problemáticas en su inclusión en la normativa sancionatorio ambiental¹

Indigenous peoples, progress and problems in their inclusion in environmental sanctioning regulations

Juan Esteban Sánchez Contreras²

Resumen

La potestad sancionatoria ambiental que ejerce el Estado es el medio por el cual se garantiza la protección de derechos colectivos, en los que se destaca el medioambiente, no obstante, salvaguardar este entorno debe contar con características diferenciales respecto de sujetos de especial protección, como es el caso de los pueblos indígenas, cuya cosmovisión del mundo matiza a la visión que sostiene la cultura mayoritaria. La presente investigación identifica como los mecanismos propuestos por las normativas sancionatorias ambientales pueden llegar a ser o no ser efectivos a la hora de garantizar los Derechos Fundamentales de estos grupos, motivo por el cual se priorizará el reconocimiento de problemáticas y establecimiento de posibles avances que faciliten el verificar el grado de participación de estos pueblos que históricamente se han visto subyugados por los grupos mayoritarios.

Fecha de Recepción: 13 de junio de 2024

Fecha de Aprobación: 13 de julio de 2024

¹ Manuscrito producto de la Investigación: Pueblos indígenas, avances y problemáticas en su inclusión en la normativa sancionatorio ambiental. Trabajo resultado de investigación dirigido por el profesor Misael Tirado Acero, en la Especialización en Derecho Sancionatorio, Facultad de Derecho, Sede Campus Universidad Militar Nueva Granada. Correo: juansanchezc11@gmail.com

² Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, No ORCID: 0009-0008-0112-0473.. Correo: juansanchezc11@gmail.com

Palabras claves: pueblos indígenas, Consulta previa, Principio de prevención, principio de precaución, garantía de derechos fundamentales, potestad sancionatoria.

Keywords: Indigenous peoples, Prior consultation, Principle of prevention, Precautionary principle, Guarantee of fundamental rights, Sanctioning authority.

Abstract

The environmental sanctioning authority exercised by the State is the means by which the protection of collective rights is guaranteed, highlighting the environment; however, safeguarding this environment must have distinctive characteristics regarding subjects of special protection, such as indigenous peoples, whose worldview nuances the vision held by the majority culture. This research identifies how the mechanisms proposed by environmental sanctioning regulations can or cannot be effective in guaranteeing the Fundamental Rights of these groups, which is why the recognition of problems and the establishment of possible advances that facilitate verifying the degree of participation of these peoples, who have historically been subjugated by the majority groups, will be prioritized.

Introducción

Para hablar de derechos de las culturas minoritarias en Colombia, necesariamente debemos referirnos al campo étnico colombiano, teniendo como sustento la Constitución política de Colombia, cuyo eje es el reconocimiento judicial y cultural, la diversidad étnica y cultural, además de los convenios internacionales (convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), cuyo objetivo es la preservación de grupos históricos que se encuentran asentados en el territorio nacional. Todo ello conforme a su trascendencia histórica que permite el reconocimiento de derechos a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. No obstante, es preciso resaltar cómo el campo étnico se constituye a partir de la complejidad del escenario político de las reivindicaciones étnicas; es decir, no solo pueblos indígenas, sino la reconstitución de los escenarios de identidad y diferencia de afrocolombianos, gitanos y otros grupos.

Dicha diversidad cultural constitucional está referida al reconocimiento del mencionado campo étnico (Art. 8, Const.), pero es una realidad rebasada por la capacidad política de los propios movimientos sociales configurados especialmente desde la propia experiencia de 1991 que propicio la participación de movimientos indígenas, comunidades negras, campesinos, gitanos, entre otros, en los cuales la presencia de diferencias marcadas permite desocultar tanto sus memorias, como los actos de identidad propios que posibilitan evidenciar conflictos presentes en cada uno de sus contextos. Así pues, el enfoque cultural que se reconoció a estos movimientos, desde la Carta Magna del 91 está en relación con la forma como se está analizando los problemas de la (multi/inter) culturalidad, incorporando las dinámicas de los conflictos internos y procesos sociales colombianos en la etnicidad, pues desde la Constitución de 1991 parece encontrarse más una inclusión forzada de las etnias que una transformación del Estado nacional reflejada mejor en una multiculturalidad del Estado.

La transformación propuesta, intrínsecamente, alude a la función social del Estado como garante de derechos para estas minorías, la cual es vital para generar un proceso de salvaguarda de principios fundamentales, uno de los puntos principales es la identificación de problemáticas que afecten directamente la estructura de los pueblos indígenas y otras minorías, conforme a, problemáticas visibles en múltiples áreas en las que existe mayor vulnerabilidad, ya sea por, características socioculturales y territoriales o por falta de representación política y social en ámbitos específicos del Estado.

La manifestación de las falencias estatales respecto al reconocimiento de estos movimientos, abarca un amplio margen de conductas, no obstante, una de las que supone un mayor riesgo es la protección de territorios que históricamente han estado bajo custodia de estos grupos, los cuales, han sido víctima del paso de los conflictos armados, el capitalismo, la sobrepoblación y la sobreexplotación de sus territorios entre otros.

Ante un sinnúmero de problemáticas que afectan estos pueblos, es deber del Estado buscar los medios para hacer efectiva la protección a los derechos fundamentales. Para ello es preciso la implementación de mecanismos eficaces que otorguen protección a través de la potestad sancionadora que se encuentra en cabeza del estado, específicamente en materia ambiental, toda vez que, uno de los ejes primordiales para su desarrollo es el mantenimiento de su territorio.

La efectividad de esta potestad sancionatoria se estudiará desde el enfoque cultural y ambiental de las minorías étnicas, en específico, los pueblos indígenas. Toda vez que, las contravenciones más lesivas para este tipo de pueblos son aquellas que vislumbran afectaciones a derechos humanos; que desprenden una serie de vulneraciones a normas fundamentales, en específico la que nos atañe para la presente situación, relacionada con el derecho fundamental al ambiente en conexidad con sus características culturales, partiendo de la autodeterminación y jurisdicción propia de los pueblos indígenas.

A causa de los supuestos mencionados, se instaura la siguiente pregunta problema:

¿Cómo la normativa sancionatoria ambiental garantiza la participación y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, conforme a los lineamientos culturales y jurisdiccionales de estos grupos? El mencionado interrogante establece un objetivo general para dar trazabilidad a la investigación, el cual consiste en identificar aspectos que permitan verificar la efectiva participación de los pueblos indígenas en procesos sancionatorios ambientales. De modo que, para conseguir dicho objetivo, se instaura una serie de objetivos específicos, que desarrollan aspectos tales como: Establecer un alcance histórico normativo, sobre la participación de las comunidades indígenas y su papel dentro del Estado Colombiano; Exponer el proceso sancionatorio ambiental como normativa carente de mecanismo para la protección de Derechos en los pueblos indígenas; Determinar como el pluralismo jurídico puede ser un eje conceptual para la participación indígena.

La hipótesis de la investigación se instaura, con el fin de identificar que mecanismos establece la Ley 1333 de 2009 en aspectos circunstanciales en materia sancionatoria

ambiental, teniendo en cuenta que, los supuestos fácticos de la Ley 1333 de 2009 son insuficientes a la hora de hacer partícipes a los pueblos indígenas.

El enfoque metodológico de este proyecto se encauzará en el ámbito cualitativo específicamente asociado con el método descriptivo y de revisión documental, a través del desarrollo de los pueblos indígenas en el contexto normativo y sociocultural, para Chavarría (2011) el fenomenólogo, se encuentra en la búsqueda de entender los hechos, a través de métodos cualitativos, que faciliten un vasto nivel de interpretación del actuar intrínseco en las personas, así como la adaptabilidad de los procedimientos legislativos que dispone Colombia para dirimir los conflictos producto del uso y explotación de los territorios indígenas, específicamente relacionado con los procesos sancionatorios ambientales, particularmente en lo que refiere a las sanciones y temas a convenir por parte de estos pueblos. Con estos métodos se logrará dar a conocer y analizar las principales problemáticas correspondientes a normativas ambientales, en específico a la Ley 1333 de 2009,, y los vacíos legales que intrínsecamente se encuentran en esta.

Ahora bien, para puntualizar el transcurso de la investigación esta se direccionará inicialmente por medio de un alcance histórico-normativo, sobre la participación de los pueblos indígenas y su papel dentro del Estado, con el fin de evidenciar cómo el proceso sancionatorio ambiental como normativa carente de mecanismos para la protección de derechos en pueblos indígenas, conforme al desarrollo jurisprudencial y normativo relativo al tema haciendo hincapié en la participación, eficacia y practicidad a la hora de establecer sanciones en materia ambiental, posteriormente, se presenta un análisis de los retos y oportunidades en la contribución de las culturas indígenas para la construcción de una normativa más inclusiva, a través de la figura del pluralismo jurídico. Finalmente, se presentarán las conclusiones al tema con una serie de planteamientos y recomendaciones propias resultantes de la investigación realizada.

1. ALCANCE HISTÓRICO-NORMATIVO, SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU PAPEL DENTRO DEL ESTADO COLOMBIANO

1.1 Análisis de la participación actual que tienen los pueblos indígenas en la normativa colombiana

Los grupos minoritarios dentro del territorio colombiano contaban con un reconocimiento y participación casi nula en los postulados normativos del Estado, conforme a los procesos colonizadores que dieron origen a conductas subyugantes, donde generalmente los pueblos indígenas por su condición cultural diferencial, eran víctimas de actos deshumanizadores en los que sus victimarios salían impunes ante la falta de reconocimiento de estas minorías. La presencia de hechos generadores de daño, no solo a derechos fundamentales, sino a aspectos que dentro de su cultura son fundamentales como el territorio y costumbres dio pie a una serie de luchas que permitieran facilitar un esbozo de problemáticas y posterior inclusión en marcos normativos, en búsqueda de un reconocimiento efectivo como sujetos partícipes del Estado (Herrán & Blanco, 2021; Mendoza, 2023).

Las luchas por la reivindicación de los derechos de estos denominados grupos minoritarios ha sido un proceso gradual y evolutivo que con el paso del tiempo dio lugar a la obtención de pequeñas victorias relacionadas con su reconocimiento, además de permitir una mayor participación como grupos sociales organizados. La multiculturalidad constituye un componente esencial en una sociedad colombiana diversa, nutrida y altamente pluralista; la Constitución de 1991 materializó todas esas necesidades y resaltó el reconocimiento como herramienta fundamental en la participación e inclusión (Blanco, 2021). De allí parte entonces una concepción de derechos indígenas que reconoce su diferencia con la cultura dominante, y que pretende preservar y potenciar su autonomía y autogobierno especialmente en territorios designados para ese efecto, (Lemaitre, 2009) sin embargo, una de las problemáticas identificadas en el desarrollo normativo de estos pueblos, radica en que, desde la

Constitución de 1991 parece encontrarse más una inclusión forzada a la normativa colombiana, que una participación activa en su construcción.

Sin duda, la anterior premisa desarrolla el punto central sobre los derechos de los pueblos indígenas y el ajuste de sus costumbres a este imperativo. Principalmente, porque, al ser la Constitución Política de Colombia una Constitución de origen liberal consagra una serie de derechos universales, estos en la configuración del Estado colombiano deben adaptarse o más bien mantener una estrecha relación con las cosmovisiones y estándares valorativos diversos y contrarios a la ética universal (Castro, 2016).

La inclusión de estos grupos minoritarios se dio de manera progresiva con el desarrollo constitucional de 1991 partiendo de manera general en el artículo séptimo, octavo y decimo de la constitución, con el reconocimiento y protección de las diversidades étnicas y culturales en específico las tradiciones orales, respetando la identidad cultural propia de cada uno de los grupos. Seguidamente de manera más específica refiriéndose a las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo que cuentan con la característica de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables (Art. 63, Const.), ampliando esa perspectiva, se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica, los cuales tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley (Art. 72, Const.). Por otra parte, se reconoce como ciudadanos colombianos a los indígenas que comparten territorios fronterizos, a condición de reciprocidad (Art. 96, Const.).

De manera puntual más adelante se establece, un aspecto fundamental para el reconocimiento de estas comunidades y este es, que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes (Art. 246, Constitución Política de Colombia.).

Aunado a lo anterior, la presencia de estos pueblos está ligada directamente con factores territoriales y medioambientales. Claro está, como se ha mencionado en

postulados anteriores, el interés de estos sujetos, radica en propender por el cuidado de estos recursos, como bien establece la Corte

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. (C-595-10 Corte Constitucional de Colombia, 2010)

La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural (*Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2005), el precepto suscitado por la corte identifica valores relacionados con la autodeterminación territorial como factor clave en el desarrollo cultural de los pueblos, partiendo de una diferenciación en la cual la visión que tienen la cultura mayoritaria, no es semejante a la que sostienen los pueblos indígenas, debido a la cosmovisión que sostienen.

De igual forma, se debe evidenciar como los mecanismos internacionales vinculantes a la hora de sentar posición sobre la materia parten desde el ya mencionado convenio 169 de la OIT, conjuntamente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (UNDRIP) (Asamblea General, A/RES/61/295, 2007) forman un bloque de constitucionalidad cuya vulneración puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales Feo Valero, J. (2019). Asimismo, otras jurisdicciones emiten conceptos sobre estos pueblos y todo lo relacionado con los territorios donde están habitan, por ejemplo, el artículo 21 de la CADH propende por el cuidado tanto los territorios de los pueblos indígenas o tribales como los recursos naturales dentro del mismo, los cuales son indispensables para su existencia cultural y física dentro del Estado. Además, la Corte refirió que

la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en

el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. (*Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005*)

Lo señalado por la corte, implica necesariamente un reconocimiento del territorio como derecho fundamental para el desarrollo de estos pueblos dado que, el territorio, más que una fuente de recursos naturales, es una construcción cultural que determina creencias y prácticas de vida (Cuesta Moreno, 2018), así pues, este concepto va de la mano con lo que instituye la Constitución Política específicamente en el artículo 246 suscitando la autodeterminación como fundamento normativo en la jurisdicción de estos grupos; claro está, manteniendo una relación armónica con las determinaciones normativas propias del Estado colombiano (Blanco; Echeverry & Ortega, 2020).

Consecuentemente, la defensa que hacen los pueblos indígenas del territorio es más que una disputa por la propiedad privada: se trata de su forma de ver y vivir en el mundo (Hernández, 2006). En América Latina, las investigaciones sobre la relación entre los pueblos indígenas y el territorio han tenido un principio transversal: el territorio se analiza como unidad geográfica, social y cultural (Giménez, 2000). Lo anterior implica que los pueblos indígenas, conciben el territorio de una manera distinta a la visión de propiedad y gobierno que la sociedad occidental mantiene, de allí radica el objeto de sus luchas territoriales en búsqueda de la conservación de sus espacios sagrados, los cuales pueden ir desde una Montaña hasta un riachuelo, buscando protegerlos a través del ejercicio de un gobierno y jurisdicción autónoma con el fin de, “desarrollar sus propias concepciones de desarrollo y vida” (Herrero, 2004, p.247)”. El avance teórico que han implementado los doctrinantes posibilita un alcance mucho mayor a la concepción de territorio que sostiene estos pueblos, toda vez que, en ella se

identifican características distintivas del territorio, haciendo énfasis en la trascendencia cultural que éstas sostiene para su desarrollo como grupos social.

En este sentido, es necesario aclarar que la jurisdicción indígena goza de un especial reconocimiento y autonomía respecto de su normatividad y decisiones que se tomen, distinguiendo así el número de jurisdicciones indígenas que existen en el país, a razón de que cada comunidad se diferencia en sus costumbres ancestrales, y aplican distintos tipos de reglas que pueden no obedecer a la justicia y normatividad nacional.

Igualmente, debemos tener en cuenta el acuerdo N ° PSAA12-9614 que establece medidas de coordinación interjurisdiccional entre el sistema nacional judicial y el sistema de los pueblos. El acuerdo básicamente dispone la concertación intercultural de la coordinación interjurisdiccional enfocada hacia la capacitación de una cultura respecto de otra, en el plano netamente jurídico (estudiar las tradiciones y decisiones de los tribunales). El estado acogiendo a lo establecido en la constitución de 1991, en uso de su facultad jurisdiccional hace uso de la coordinación interjurisdiccional con el fin de respetar tradiciones y garantizar derechos, no obstante, su responsabilidad conlleva un amplio campo de acción, puesto que no debe limitarse únicamente a proteger dichas culturas ancestrales, sino que debe propender por la garantía tanto del interés particular como del interés general.

Llegados a este punto, es preciso resaltar como la relación Estado-Indígena debe mantener una estrecha conexidad, en función de dar especial protección a sus derechos, conforme al desarrollo social y las características culturales que identifican a cada uno de estos grupos, no obstante, la realidad es otra, toda vez que, los supuestos fácticos establecidos en las normativas colombianas, no se ajustan a aspectos propiamente estructurales de dichos pueblos, porque, la participación de los mismos materia legislativa es mínima dejando a la luz falencias en los procesos gubernativos, para precisar, el caso de la normativa sancionatoria ambiental la cual es el elemento central de este artículo de investigación.

1.2 Problemáticas de mayor relevancia a las que son sujetos los pueblos indígenas.

Una lectura formal acerca de las problemáticas que frecuentemente se presentan para los indígenas, parte desde su composición, funcionamiento e interacción, con la sociedad en general y con otros de los movimientos sociales y políticos en el territorio. Inicialmente, este planteamiento se funda sobre las tradiciones orales, dejando entrever cómo la norma diverge en su contenido de las prácticas culturales y tradiciones de los grupos indígenas, a razón de que por ejemplo no existe una Constitución política traducida en el lenguaje de los pueblos indígenas, ni normas que establezcan una regulación de carácter sancionatorio que actúe de manera conjunta con la disciplina de los pueblos indígenas, ya que, estos pueblos no pueden entenderse como grupos totalmente aislados y que no pertenecen a la sociedad colombiana, más bien son sujetos de derechos y están en las mismas condiciones que cualquier ciudadano, solo que con especial protección a razón de sus características ancestrales.

Avanzando en el tema, el reconocimiento de estos grupos ha sido un proceso gradual en el que significativamente, no se ha tenido un criterio igualitario, respecto a la cultura mayoritaria, en el sentido que, no tienen la misma visión del mundo que la cultura occidental sobre el territorio generando así un punto en el que el abandono estatal es notorio, ya que, la mayoría de los territorios que históricamente han presentado asentamientos indígenas hoy en día por factores externos a ellos se han visto vulnerados en específico por temas que transgreden el espacio físico de estos pueblos, dejando sin ningún amparo a sus derechos.

Dichos derechos concernientes a factores de ocupación establecidos como garantías mínimas de protección a sus territorios, específicamente a la relación cultural con la que se identifican estas minorías, toda vez que la presencia del Estado debe ser fundamental a la hora de proteger esos espacios físicos, jurídicamente a través de la implementación de una legislación en materia sancionatoria ambiental, que respete y esté acorde a su cultura y no, una que tenga características invasivas y tecnificadas como lo es la ley 1333 de 2009.

Ahora bien, la Ley objeto de discusión, deja de lado a los pueblos indígenas como entes de control ambiental, evidenciando así la participación casi nula de estas (minorías) en la esfera de la política, al igual que el acceso a cargos de elección popular que generalmente es mínimo, por lo que la participación que tienen en la toma de decisiones a nivel nacional queda bastante reducida, ocasionando una subyugación legislativa a las decisiones mayoritarias, que en muchas ocasiones no son coherentes con su desarrollo como grupo social. Lo anterior constata cómo el contexto social colombiano, se caracteriza por presentar una serie de falencias normativas en el aseguramiento de dichos pueblos.

Ahora bien, trasladándonos al plano material, no cabe duda que los procesos colonizadores históricamente han sido un factor determinante para que estos pueblos, ya que, han propiciado una caracterización histórica, en la que estos sujetos son minorías, cuando en realidad estos fueron quienes originalmente se encontraban en el territorio. Estas personas no eran minorías en su territorio: se convirtieron en minorías a consecuencia de las políticas de exterminio de los colonizadores o de la trata de esclavos que los alejaron de su tierra. (Santos, 2014: 104-105).

La evolución del concepto mencionado anteriormente se ha visto enmarcado en la globalización y el capitalismo desenfrenado que abarca a la sociedad actualmente ocasionando el desplazamiento y las afectaciones tanto territoriales como medioambientales que en muchos casos son realizadas por empresas multinacionales que sin duda contribuyeron a consolidar este fenómeno, provocando afectaciones que atentan contra los espacios físicos de los pueblos indígenas, a través del uso de medios ilícitos, tales como los grupos al margen de la Ley.

Por otra parte, el conflicto armado en el que han estado inmerso estos pueblos como víctimas, es uno de los aspectos que mayormente ha afectado a estos grupos, ocasionando conductas como el desplazamiento, uso, ocupación y explotación de sus territorios, estos hechos generan un perjuicio irremediable para su desenvolvimiento como cultura, al presentarse una separación y explotación indefinida del territorio en el

cual se han desarrollado históricamente como cultura y todavía más a sus derechos, porque las leyes no rezan una protección específica al territorio como Derecho Fundamental de estos pueblos, al no existir sanciones especiales para conductas en las que se encuentren involucrados estos espacios, atizando así el desplazamiento, victimización y por ende la violación a sus derechos.

Es preciso resaltar respecto a este supuesto que el abandono estatal es una de las principales causas para la comisión de estos actos delictivos, además, es menester establecer que sin una correcta instauración de una normativa más eficaz y rigurosa respecto a los castigos tanto penales como en materia sancionatoria ambiental, jamás será posible que los principios y derechos fundamentales sean plenamente garantizados a las minorías en el territorio colombiano.

Adicionalmente, para cerrar este apartado se dice que cuando no se produce el desplazamiento, simplemente los indígenas mueren en sus territorios por la escasez o sobreexplotación de recursos naturales necesarios para garantizar su existencia. El caso más claro: La Guajira.

Ahora bien, el alcance normativo presentado hasta el momento permite vislumbrar una serie de problemáticas que refieren a aspectos, en su mayoría de participación, en la construcción de normativas que faciliten una mayor inclusión a estos grupos minoritarios. No obstante, dicho planteamiento está encaminado en específico a un aspecto fundamental como lo es la cosmovisión de estos pueblos respecto al territorio. Como bien establece el artículo 246 y otras normativas el componente territorio para el desarrollo de las mencionadas es un ingrediente fundamental en la construcción y difusión de conocimiento heredado, esto debido a que, los linajes indígenas ven a la tierra y el medioambiente como una deidad, por lo que su grave afectación puede ser dañina para su desarrollo. Es por ello que las leyes ambientales juegan un papel fundamental a la hora de proteger y garantizar sus derechos, por lo que, se analizarán los mecanismos presentes en las normativas ambientales, para verificar su efectividad.

2. EL PROCESO SANCIONATORIO AMBIENTAL COMO NORMATIVA CARENTE DE MECANISMOS OPTIMOS PARA LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE DERECHOS EN PUEBLOS INDÍGENAS

2.1 Contextualización normativa del Régimen Sancionatorio Ambiental

Entrados en materia medioambiental de manera concomitante, debemos identificar los presupuestos fácticos concernientes a la materia. Es preciso señalar como la potestad sancionatoria del estado en materia ambiental a partir de la constituyente del 91 amplía su catálogo de Leyes con la instauración de preceptos normativos en la ley 99 de 1993, que enuncia la creación del sistema nacional ambiental, norma rectora en materia ambiental, conforme a la constitución política en su artículo 80, en la que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. (Constitución Política de Colombia, Artículo 80)

Para ello la Ley 99 de 1993 a través de la figura de la descentralización distribuye el manejo de los recursos naturales del país, con la creación de autoridades regionales (Ministerios, ANLA, Corporaciones Autónomas, Corporaciones de Desarrollo Sostenible) que administren Recursos Naturales Renovables a través de un seguimiento y control ambiental. La responsabilidad estatal, por el debido manejo de los recursos medioambientales es directa, ya que, es el sujeto encargado de proteger y garantizar estos, con la realización de medidas de control y seguimiento ambiental, correspondientes a medidas preventivas sancionadoras que cumplan con un carácter compensatorio administrativo.

El desarrollo normativo en materia ambiental continua y se establece de manera más certera con la creación de la Ley 1333 de 2009, por la cual, se implementa el procedimiento sancionatorio ambiental cuyo fin es la correcta impartición de justicia en materia ambiental a través de una norma especial que se aparte de procesos sancionatorios administrativo, de la cual se desprenden una serie de sanciones, las cuales deberán ser debidamente asentadas en el Registro Único de Infractores Ambientales (RUIA), instituida en la Resolución 415 de 2010. De igual forma, la

legislación sancionatoria ambiental avanzó con la creación del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, ampliando conceptos ambientales concernientes al régimen sancionatorio.

Todo lo mencionado, como una muy sucinta contextualización normativa en materia sancionatoria ambiental, la cual persigue el cumplimiento de los fines del Estado, de acuerdo a, principios constitucionales como el de Legalidad, Debido proceso y non bis ibídem, entre otros más constitucionalmente establecidos. Dichas normas regulatorias abarcan otra serie de principios mucho más específicos para la materia, como los son el de Prevención y Precaución, que se expondrán más adelante.

2.2 Mecanismos que establece la Ley 1333 de 2009

La Ley 1333 de 2009 presenta una serie de facultades especiales del Estado a la hora de dictaminar medidas de protección para el medioambiente, partiendo de aspectos que son tema de discusión como la presunción de Culpa o Dolo que en el papel iría en contravía de principios como la presunción de inocencia, sin embargo, cuenta con la característica que en este procedimiento especial se busca prevenir y mitigar el daño a través de cualquier medio, con el fin de proteger el medioambiente, por lo que, este endilga desde un principio una responsabilidad al sujeto que incumpla con una regulación ambiental, orientándose a la efectividad de la prevención ya sea mediante una sanción o una medida preventiva, la corte constitucional alude esto puntualizando la presunción general consagrada en las normas legales objetadas tiene un fin constitucionalmente válido como lo es la efectiva protección del ambiente sano para la conservación de la humanidad, entiéndase, que el medioambiente cuenta con recursos finitos de los cuales el uso tecnificado y la sobreexplotación del mismo puede generar un perjuicio irremediable, puesto que, el establecimiento de la presunción de culpa y dolo y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, en la que el infractor debe demostrar su inocencia, resulta adecuada a la salvaguarda de un bien particularmente importante como lo es el medioambiente.” (C-595-10 Corte Constitucional de Colombia, 2010) . Así pues, el desarrollo normativo en materia ambiental, busca que el

cuidado del medioambiente sea de obligatorio cumplimiento, implementando una serie de principios en los cuales se materializa dicho actuar.

2.2.1 Principio que rigen la potestad sancionatoria ambiental.

La prevención y precaución como principios específicos de este proceso especial, están encaminados hacia la protección de manera antesora de los recursos medioambientales, estos como su nombre indica propenden por una previsibilidad de hechos que afecten el desarrollo de un medioambiente sano vulnerando el interés general. La prevención está enfocada en aquel previo conocimiento que se debe tener a la hora de efectuar un hecho que pueda generar un daño jurídico, es decir que el riesgo de un posterior daño ambiental se puede conocer de manera anticipada y se puede contener por medio de medidas que limiten su ejecución, por ello su finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas a través del análisis del posible riesgo que una conducta pueda generar al medioambiente, es decir, se impone una acción de prevención (*C-595-10 Corte Constitucional de Colombia, 2010*).

La prevención como principio debe ser fundamental a la hora de realizar un juicio de reproche sobre la actuación de un particular en la afectación de los bienes jurídicos del medioambiente.

Ahora bien, el principio de precaución como regulador en materia sancionatoria manifiesta aspectos determinantes a la hora de revestir de responsabilidad a un sujeto, puesto que, no se deberá actuar únicamente con criterios de prevención como se mencionó anteriormente, sino que al efectuar una actividad si esta no cuenta con las suficientes bases científicas que permitan constatar el grado de repercusión a sabiendas de que puede ser nocivo para el medioambiente, por lo que este puede que no posibilita visualizar una afectación sobreviniente como bien lo articula la corte constitucional en la sentencia C 595 del 2010 al decir que la precaución como principio es una herramienta que propicia la intervención activa del Estado cuando se está frente a posibles daños potenciales al medioambiente de los cuales no se tengan certeza respecto a su impacto.

La precaución no solo atiende en su ejercicio a las consecuencias de los actos, sino que principalmente exige una postura activa por parte de los organismos estatales en los cuales debe existir un actuar que permita anticipación, con un objetivo de previsión de la futura situación medioambiental a efectos de optimizar el entorno de vida natural (C-595-10 Corte Constitucional de Colombia, 2010).

La precaución concierne entonces, al deber de actuar de manera previsible sobre la viabilidad de desarrollos innovadores que pueden generar un daño desconocido al medioambiente, ya que, el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción, dado que, cuando exista 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 ambiente (Mosquera Santiago, 2020). La posibilidad de anticipación se limita e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos (C-595-2010). Es decir, que, la certeza no se encuentra garantizada, por lo que se debe actuar de la manera más adecuada, conforme a criterios que se ajusten a la lógica y la razón.

2.3 Los vacíos normativos en la Ley 1333 de 2009 en conflictos territoriales indígenas

Refiriéndonos, a aspectos circunstanciales como los son los principios en cuestión, la Ley 1333 de 2009, faculta dichos criterios con el fin de proteger el espacio ambiental de todas las personas que integran el territorio nacional, conforme a su función que radica principalmente en identificar, mitigar y sancionar a los hechos generadores de infracciones ambientales, no obstante, esta facultad queda desbordada para los territorios indígenas, toda vez que, no se tiene en cuenta que muchos de los territorios en los cuales se encuentran asentamientos indígenas, no cuentan con la facilidad de acceso para que se haga un estudio de fondo, sobre la conducta que se va a desplegar, aunado al poco conocimiento de estos principios por parte de muchas comunidades

indígenas, que por el desarrollo cultural que sostienen y sus costumbres no tienen la facilidad de acceder al conocimiento de los mismos.

Principios como la prevención y precaución se quedan cortos cuando los asentamientos indígenas no son de fácil acceso por condiciones geográficas o se encuentran en zonas con riesgos inminentes de violencia o explotación, de los cuales un trámite administrativo por parte de un sujeto externo a la comunidad indígena, no sería inmediato ni pertinente en aras de una posible afectación inmediata.

Entrando en materia sustancial de la presente la Ley, ya se han mencionado una serie de falencias y vacíos sobrevinientes que han ido en aumento conforme a un desarrollo normativo obsoleto para un área de estudio tan amplia como lo es lo ambiental, como muchos autores lo establecen, entre ellos Eduardo del Valle Mora en su escrito Oportunidades de mejora del proceso sancionatorio ambiental. Llegado a un análisis del texto en cuestión, el autor parte de lo más general a lo más particular a la hora de identificar qué aspectos pueden ser objeto de mejora en la Ley 1333, todo esto mediante la recopilación de argumentos de otros doctrinantes críticos de la misma Ley; sin embargo, el foco de discusión para este artículo, de acuerdo con el avance metodológico que se ha dado, radica en los pueblos indígenas y los vacíos que la Ley 1333 deja entrever ante estos sujetos de especial protección.

Para ello, el autor propone que uno de los aspectos carentes en esta normativa involucra un actuar erróneo al dejar sin facultades sancionatorias a las jurisdicciones indígenas como ente territorial que permita vigilar y castigar las conductas lesivas dentro de su territorio. (Del Valle Mora, 2018) Si bien este aduce un aspecto que ejemplifica las mencionadas fallas, se queda un poco corto, toda vez que existen una serie de facultades que se vulneran a estas jurisdicciones indígenas en lo que atañe a su discrecionalidad y participación en aspectos normativos que son competencia, pues afectan de manera directa su territorio.

Por otra parte, es necesario señalar que, ante una innominada jurisdicción sancionatoria ambiental en materia indígena, existe un conflicto de competencias, puesto

que el territorio como concepción ancestral para un indígena no puede ser estudiado con mecanismos que consideran como invasivos o que afecten sus costumbres como lo pueden llegar a ser aquellos utilizados por las corporaciones medioambientales. Igualmente, debemos señalar de manera conexa con los supuestos mencionados, la falta de participación en un medio trascendental como lo son las autoridades ambientales, si bien estos organismos son los encargados de ejercer la potestad sancionatoria, una de las características que presentan es que es casi nula la participación que otorgan a los indígenas dentro de la estructura de las entidades, evidenciando un vacío enorme a la hora de posibilitar una consulta interna en la cual se tenga en cuenta a un representante de los movimientos indígenas.

Las mencionadas falencias permiten analizar el campo de acción de la Ley 1333 para ello debemos evidenciar qué mecanismos hacen partícipes a los pueblos indígenas respecto de decisiones en sus territorios.

2.3.1 La Consulta previa como mecanismo directo en la participación de pueblos indígenas

Las características culturales de los pueblos indígenas, mencionadas a lo largo de este escrito permiten denotar la presencia de unos sujetos de especial protección por su cultura y costumbres, no obstante, no es posible inferir que estos son sujetos excluidos de la toma de decisión en sus territorios, para ello existe la figura de la consulta previa cuyo fin es hacer partícipe a los integrantes de un territorio en específico para dar a conocer sobre un posible acto que pueda afectar el desarrollo de su comunidad, ya sea en aspectos económico, culturales o ambientales. La consulta previa es el mecanismo de participación fundamental que tienen los pueblos indígenas, para tomar decisiones que involucren la realización de proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, con el fin de proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. (Rodríguez, Gloria, 2008)

Si bien la consulta previa como mecanismo de participación debe instituir un criterio de prevención conforme al principio mencionado, este debe estar conexo con el principio de precaución con el fin de instruir y hacer partícipe a los pueblos sobre las decisiones que puedan afectarlos de manera directa, La corte constitucional, aúna en este precepto al mencionar que

existe afectación directa a las minorías étnicas cuando:
(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. (SU121-22, Corte Constitucional, 2022)

pues bien, lo expuesto por la corte, propicia un análisis en el que los actos que afecten directamente la estabilidad cultural de estos grupos, deben ser consultados previamente, empero, la realización de esta consulta previa no se realiza conforme a los parámetros establecidos, ya que, existen casos como el de la Sentencia T-080 de 2017, donde se constata plenamente como existe una vulneración a este derecho de consulta, dado que, en el presente caso se evidencia la acción de tutela interpuesta por Martín Narváz Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) contra el ministerio del interior, referido al esparcimiento de glifosato para la erradicación de cultivos ilícitos en un territorio con asentamiento de la comunidad indígena mencionada. (T-080-17 Corte Constitucional de Colombia, 2017)

Para este caso en específico, la Corte Constitucional evidencia una violación directa a derechos fundamentales tales como la participación, el debido proceso y el **medioambiente** entre otros, al encontrarse un hecho que generó un daño para esta comunidad, como consecuencia de una no realización de una consulta previa además de una sobreviniente vulneración al principio de precaución ambiental, respecto a la fumigación con agentes que pueden llegar a generar afectaciones graves tanto a la vida como al medioambiente y en específico al desarrollo cultural de estos sujetos de especial

protección, la actividad de aspersión (fumigación) aérea de cultivos ilícitos con glifosato, al tener la potencialidad de generar menoscabo a la salud y al medioambiente, como se ha visto en el caso de la comunidad Carijona, está sujeta a la aplicación del principio de precaución (*T-080-17 Corte Constitucional de Colombia, 2017*) como ya se ha mencionado este principio en materia sancionatoria ambiental es trascendental para la prevención de una situación en la cual no se tiene plena certeza que pueda generar un daño, de manera específica la corte relaciona:

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(...) en caso de que exista duda razonable respecto de si estas afectan el entorno natural o la salud de las personas, como se ha evidenciado (T-622-2016, Corte Constitucional, 2016).

Las acotaciones hechas por esta sentencia permiten divisar un panorama en el que la facultad sancionatoria ambiental no estuvo presente, puesto que, el sujeto pasivo tuvo que acudir al amparo de derechos fundamentales a través de la acción de tutela, teniendo que recurrir a un mecanismo de carácter subsidiario, mientras que, las entidades encargadas de propender por el cuidado medioambiental no fueron efectivas a la hora de aplicar el principio de precaución

Así pues, la desprolijidad de la Ley 1333 queda expuesta como bien se evidencia no solo por su ignorancia a la hora de cumplir con su función principal, sino que también al no tener nominada una protección constitucional para estos pueblos de especial protección, a través de la inclusión de los mecanismos como la consulta previa en el texto normativo como un medio de garantía del principio de prevención y precaución, por lo que, se genera una contravención a normas constitucionales. Teniendo en cuenta que, si bien la consulta previa es un mecanismo de carácter constitucional este debe tener una inclusión en las normativas especiales, como es el caso del procedimiento sancionatorio ambiental, con el fin que, ante una posible vulneración el sujeto pasivo no

tenga que recurrir a mecanismos subsidiarios, sino que, más bien esté taxativamente establecida.

3. EL PLURALISMO JURÍDICO COMO EJE CONCEPTUAL PARA LA PARTICIPACION INDÍGENA

3.1 Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena

Partiendo de las problemáticas expuestas, es el momento justo para evaluar cómo formalmente se puede ejecutar un procedimiento más participativo para estos sujetos, basado en los criterios de autodeterminación, cosmovisión y autogobierno de los pueblos indígenas.

Siguiendo con este razonamiento, debemos abarcar un postulado trascendental: el Pluralismo. Determinante en un sistema jurídico con proyección hacia la inclusión y la participación, el pluralismo fortalece su valor como aquel foco de análisis social tendiente a generar la participación y representación en el Estado, para aquellos grupos sociales que cuentan con características propias supeditadas al cumplimiento de un régimen superior (Constitución). Esta situación de pluralismo jurídico se hace evidente en contextos como el latinoamericano, donde tanto la sociedad como el sistema legal estatal deben someterse a transformaciones profundas con el fin de alcanzar un reconocimiento auténtico. (LlanoJairo, 2012)

El fenómeno en cuestión sugiere un complemento al desarrollo normativo colombiano, específicamente en la participación de los pueblos indígenas, la coexistencia de axiomas normativos, posibilita la integración de los mencionados actores, otorgando la posibilidad de la ya mencionada autodeterminación, permitiendo que se tenga en cuenta las costumbres propias de estos agentes en el marco legal del Estado Colombiano.

De manera concomitante, se debe señalar que el pluralismo jurídico como planteamiento conceptual, identifica la diversidad jurídica en un Estado, para el caso en concreto, si bien en el desarrollo del artículo profundiza en el término **pueblos**, este

se interpreta como un supuesto generalizado, ya que, estos grupos étnicos se desarrollan en múltiples comunidades, las cuales mantiene tradiciones características únicas y diferentes instauradas históricamente por el contexto en el que se desarrollan, por lo que no es lo mismo decir que los mecanismos de castigo usados por las comunidades cogui, son iguales a los implementados por las comunidades embera katio. De allí parte el núcleo fundamental del pluralismo jurídico, la variedad de sistemas que pueden coexistir en un mismo territorio.

No obstante, los conflictos previamente referidos en los títulos anteriores, distinguen una sucesión de falencias que no concede la posibilidad del correcto cumplimiento de la figura del pluralismo, dado que, las problemáticas expuestas tienden a generar conflictos de competencias entre las jurisdicciones ambientales e indígenas, ya sea por su potestad como entidad encargada del manejo de recursos naturales (CAR) con facultades sancionatorias o los pueblos indígenas investidos constitucionalmente con jurisdicción propia para la protección de su territorio. Allí es donde se plantea una dicotomía entre las relaciones que cada uno sostiene sobre los bienes jurídicos que se encuentran en disputa, sin embargo, es posible disponer de aspectos jurisprudenciales desarrollados por la corte constitucional que encaminan la resolución de controversias, ante vacíos normativos presentes en las leyes ambientales.

3.2 Conflicto de competencias presentes en la jurisdicción ambiental respecto a territorios indígenas

Para el caso concreto, la implementación de criterios de ponderación actúa como elementos sustanciales a la hora de asignar poder preferente en la actuación en materia ambiental, sustrayendo aspectos como el sujeto activo en la comisión de la conducta, el territorio, entre otros. Precisamente en sentencia Rad. 00230 00 del 14 de junio de 2023, el consejo de estado compila conceptos instaurados por la corte constitucional en sentencia C436 de 2014, en los que posiciona parámetros en los cuales La Corte Constitucional define cuatro pautas que deben ser minuciosamente

consideradas por las instituciones para determinar si las acciones de las autoridades indígenas, que afectan a su comunidad, son apropiadas en situaciones específicas.

Elemento personal: *Consistente en que, se debe investigar y determinar que el acusado de un hecho punible pertenece a una comunidad indígena, pertenencia que debe ser acreditada en atención a: i) la propia consciencia del sujeto frente a su pertenencia al grupo étnico; y ii) el reconocimiento de la misma comunidad.*

Elemento territorial: *Consistente en evaluar e identificar el lugar geográfico de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos objeto de la investigación, ya que, en principio, la autoridad tradicional solo puede juzgar aquellos que ocurran dentro del territorio ancestral, por cuanto, según el artículo 246 de la Carta, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas.*

Elemento objetivo: *Se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado o afectado por la conducta objeto de investigación, con el fin de determinar si el interés del proceso recae exclusivamente en la comunidad indígena, o si es de interés para la sociedad (cultura mayoritaria).*

Elemento institucional: *Se refiere a que exista un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados. Este elemento, también denominado elemento orgánico, se refiere a la existencia de autoridades, usos, costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. (Consejo de Estado, Rad 00230, 00, 2023)*

El análisis dado por las altas cortes, funda disposiciones sustanciales, encaminadas a llenar lagunas normativas, puesto que, las hipótesis que sostiene la Corte advierten aspectos resolutivos en torno a, la competencia, en vista que, la ley 99 de 1993 (Ley general del Medioambiente), otorga facultades de prevención y especial protección a los pueblos indígenas, acorde a su jurisdicción especial, sin embargo, la Ley 1333 no identifica criterios procedimentales ante un posible conflicto de competencias.

El aspecto central de los conceptos traídos a colación radica en la importancia de definir que conductas se pueden ajustar a las competencias de cada una de las jurisdicciones. En este punto, las directrices que determina la Corte denotan aspectos que pueden llegar a ser materia de estudio ante una posible ponderación de Derechos, ya que, la disputa radica en el derecho particular que tienen estos pueblos y la protección del interés general que se tiene sobre el medioambiente por parte de las autoridades ambientales, acorde a la Ley 99 encargadas de su protección.

Ahora bien, es posible evidenciar que las recomendaciones que da la Corte, se adhieren al elemento cultural, que caracteriza las costumbres de los pueblos indígenas en su jurisdicción como lo son: quien comete la conducta, a sabiendas de que este es miembro de la comunidad; si la conducta se realizó dentro de los límites de su territorio conforme a su especial conexión y cosmovisión del mismo, teniendo en cuenta que este es uno de los requisitos fundamentales para aplicar su jurisdicción; igualmente si la conducta dañina está generando un menoscabo del interés general y la protección del medioambiente, o si esta está afectando un bien jurídico perteneciente al pueblo indígena, por lo tanto, en este elemento el análisis va dirigido a los bienes jurídicos en disputa y a quien le genera una mayor perjuicio; por último, que el sistema en el cual se deba castigar la conducta este legitimado por las costumbres y tradiciones de cada pueblo, en relación con la existencia de un procedimiento y una sanción para cada conducta sin que esta llegue a transgredir la constitución, el último criterio en cuestión, ejemplifica de forma más clara la participación activa del concepto pluralista en las jurisdicciones indígenas, concernientes al estudio de cada caso, según los reglamentos propios de cada comunidad indígena.

Lo expuesto de manera sucinta, nos sirve como postulado para identificar los medios que propone la Corte para dirimir las contravenías en competencias ambientales, aun así, esta no tiene en cuenta que los hechos generadores pueden provenir directamente del mismo Estado, ya que, en muchas ocasiones no se otorga la consulta previa como medida de participación para estos pueblos incurriendo en afectaciones que no deberían soportar estos actores, comúnmente suele ocurrir por la propuesta de proyectos explotación del territorio en las que se ven inmersas las licencias conferidas

por las corporaciones autónomas regionales u otras entidades administrativas ambientales y de las cuales se puede desprender un daño mayoritario al territorio de estos, ahora bien en el texto se señala que un criterio directo para determinar la competencia es el factor territorial, que en la práctica no tiene el sustento suficiente para ser juzgado.

Como bien se ha desarrollado a lo largo de este documento, la Ley de procedimiento ambiental es un documento obsoleto y poco eficaz para proteger de manera adecuada a los pueblos indígenas, puesto que, no concede las suficientes garantías para salvaguardar los derechos de estos pueblos, ni generar la suficiente participación, debido a que, muchos de los hechos generadores de daño provienen de la realización de proyectos de explotación en zonas de protección cultural, en los cuales interviene directamente las autoridades ambientales al conceder licencias a sujetos que únicamente buscan el beneficio económico a cualquier costo, sin tener en cuenta que opinión existente por parte de los miembros de la comunidad en la cual se concede la licencia, incurriendo en un desconocimiento a los principios del régimen ambiental como lo son la prevención y precaución; la prevención asociada con la participación en específico el derecho a la consulta previa.

Un punto fundamental para resaltar y relacionar, es el acceso a la justicia, que se encuentra limitado y vulnerado, el desarrollo de los postulados en cuestión lo identifica a grandes rasgos, considerando que, el mecanismo que procede a la hora de luchar por el acceso a la justicia para estos pueblos radica en la acciones constitucionales, en las cuales comúnmente la Corte constitucional evalúa los casos en los que los territorios indígenas se ven afectados por conductas lesivas que pueden transgredir sus Derechos Fundamentales, por lo que, se encuentra refugio únicamente en los medios constitucionales mencionados, que cuentan con la característica de ser subsidiarios, y a que voy con esto, las acciones mencionadas al ser subsidiarias suponen la existencia de otros mecanismos suficientes para la protección, antes de agotar este, no obstante para el caso ambiental no es así, la Ley 1333 de 2009 no faculta a los pueblos

indígenas para que ejerzan una real y efectiva protección de sus derechos por medio de un mecanismo legal que sea acorde a sus elementos culturales característicos.

3.3 El pluralismo como avance en los procesos sancionatorios ambientales

Bajo estas circunstancias, la correcta implementación del pluralismo jurídico facilitaría una participación mayoritaria en aspectos que pueden ser tratados y reconocidos por el estado, conforme a que el proceso de reconocimiento desde el constituyente del 91 ha sido paulatino, llevado a cabo a través de las luchas de reivindicación y reconocimiento indígena, con el fin de genera mayor inclusión en el Estado, acorde a las costumbres propias de cada comunidad indígena, generando así una conexidad entre el sistema jurídico mayoritario y el sistema jurídico especial.

En este contexto, se reconoce la singularidad de los derechos indígenas, es decir, su carácter único. Desde esta perspectiva, se puede empezar a desarrollar un modelo de Estado plurinacional. Esto implica comprender que la designación de “pueblos indígenas”, a pesar de tener connotaciones históricas que han vulnerado los derechos de estos grupos, en el marco legal actual conlleva una serie de garantías, estas garantías permiten un mayor entendimiento mutuo y evitan el desconocimiento de la justicia indígena, que en los últimos años ha despertado el interés de los medios de comunicación y ha sido etiquetada como un acto de discriminación. (Núñez María, 2018)

El hecho que fundamenta lo expuesto en el presente documento es la relación existente entre los derechos ambientales de los pueblos indígenas y los mecanismos de protección que propenden por la salvaguarda de sus derechos, cabe aclarar que el postulado normativo del pluralismo jurídico funciona como complemento a los postulados normativos en discusión, toda vez que, estos se pueden servir como un medio para llegar a una armonización entre las leyes ambientales y las leyes y costumbres propias de cada comunidad, sin transgredir una a la otra, sino que, actuar de manera interdisciplinaria, con la ayuda de, mesas de trabajo y planes de acción en los cuales las autoridades ambientales tengan en cuenta las opiniones, conceptos y

visiones culturales que mantiene los pueblos indígenas de sus territorios y la trascendencia que estos tienen para su comunidad.

Aunado a lo anterior, la presencia del estado en zonas de conflicto y de difícil acceso como lo son la mayoría de los territorios de estos pueblos, en situaciones que medie el conflicto armado en las que genere desplazamiento es vital a la hora de garantizar el amparo de los derechos fundamentales de los sujetos en cuestión, si bien esto no puede ser malinterpretado como bien establece Núñez María, quien infiere que el Estado debe identificar las problemáticas en cuestión, fundamentado en las formas de discriminación ambiental comúnmente dirigidas hacia los pueblos indígenas, que se manifiesta a través de la explotación excesiva de sus tierras para diversos propósitos relacionados con la industria extractiva. resultando en el desplazamiento forzado de estos pueblos, la degradación del entorno natural y la agravación de la escasez de recursos, lo que a su vez tiene efectos perjudiciales en la salud. Por otra parte, el actuar de manera razonable con el fin de no someter a estos pueblos a cargas que no tienen por qué soportar, ya que, el estado en ocasiones fomenta la protección de las inversiones extranjeras, concediendo respaldo al capitalismo desenfrenado que suele vulnerar los derechos de estos pueblos.

Por consiguiente, debemos ceñirnos al elemento estructural del Estado colombiano en el que la participación es un factor fundamental para el desenvolvimiento y progresiva inclusión de los pueblos indígenas, los cuales podrían a través de un representante por comunidad que sirva como sujeto de consulta a la hora de tomar decisión que afecte alguno de los campos mencionados por la corte para la determinación de la competencia. Simultáneamente, se debe tener en cuenta la importancia de la participación e inclusión en materia legislativa, como bien se ha señalado la norma procedimental en materia sancionatoria ambiental es extremadamente limitada para las problemáticas actuales e históricas que han tenido que afrontar dichos pueblos, si bien desde la constitución de 1991 se ha fomentado la inclusión, esta se ha dado por luchas de reconocimiento y reivindicación, las cuales se han enmarcado en un proceso transitorio.

Finalmente, garantizar la igualdad y participación, implica ajustar los sistemas jurídicos a los contextos sociales y culturales propios de cada grupo minoritario integrante del Estado, es decir, los textos constitucionales y legales, concernientes a temas de vital importancia como las disposiciones normativas referentes a procedimientos ambientales, no cuentan con una traducción a las lenguas de cada una de uno de los pueblos indígenas que integran el Estado colombiano, este es un punto de partida para dar una correcta aplicabilidad a las relaciones Estado-Pueblo indígena. La implementación paulatina de mejoras a los mecanismos de participación permitirá el fortalecimiento del pluralismo, pues este abarcará ampliamente aspectos de mejora que faciliten la resolución a aquellas necesidades sobrevinientes de los pueblos indígenas, con el fin de brindar progreso y respeto a la identidad cultural de estos sujetos, en búsqueda de un estado más participativo y más pluralista.

Conclusiones

Todo lo expuesto muy brevemente a lo largo de este escrito entonces lleva a inferir que las minorías han debido adaptarse a todas las dinámicas y a la construcción social de un Estado liberal que ha establecido un modelo paralelo, pero opuesto a lo que ha sido la visión cosmogónica y de las prácticas propias de los grupos. Es clave inicialmente según Gros (2012) desde el Estado educar en las distintas lenguas indígenas, desarrollar programas de bilingüismo, de tal manera que permitan reconocer los grupos étnicos en un sentido más profundo y generar interlocución con ellos así fortalecer la comunicación y reconocimiento, un reconocimiento no solo formal sino práctico. La conformación de grupos interdisciplinarios de estudio de los pueblos, serán importantes en la construcción de un enlace entre los sistemas jurisdiccionales tradicional y especial, el trabajo en estos campos hacia el fortalecimiento de la etnicidad será clave en la armonización de los dos tipos de justicia.

Asimismo, el correcto establecimiento de estos grupos interdisciplinarios significa un avance a la hora de identificar factores culturales que facilitaran la implementación de normas que tengan características y sanciones especiales para los

pueblos indígenas, partiendo de una identificación única de cada uno de ellos, generando así una jurisdicción especial con el fin de garantizar sus principios y derechos fundamentales.

Por otra parte, es fundamental el trabajo interdisciplinario entre las ramas del derecho sancionatorio, las normas internacionales, la normativa penal interna y las jurisdicciones especiales, con el fin de enfatizar en la creación de una especialidad que abarque de manera más rigurosa las sanciones en contra de los contraventores que atenten contra bienes jurídicos de estos pueblos de especial protección.

Asimismo, un tema que no deja de ser inferior en este análisis y es la política, las reivindicaciones que ellos han buscado no han sido en vano, la participación en la Constitución fue un proceso exitoso que permitió introducir unos derechos y garantías que generaron un empoderamiento y consolidaron una nueva cultura política hacia la construcción gradual del modelo democrático participativo, no cabe la menor duda que estas acciones descritas al llevarlas a la práctica pueden empezar a develar lo que es una inclusión étnica del Estado.

Finalmente y quizás como argumento más fuerte es el de reconocer a estos grupos en igualdad, en el sentido que no tienen la misma visión del mundo que la cultura occidental establecida en el continente, mucho después del asentamiento sobre el territorio de estas civilizaciones, de aquí se desprende el siguiente argumento: otorgarles derechos de ocupación en sus territorios, territorios que por derecho natural les pertenecen y es donde no hay un contraste entre las etnias y el Estado, más bien es la inclusión de las etnias. Dichos derechos de ocupación establecidos como garantías mínimas de protección a sus territorios, específicamente a la relación cultural con la que se identifican estas minorías, toda vez que la presencia del Estado debe ser fundamental a la hora de proteger esos espacios físicos, a través de la legislación en materia sancionatoria ambiental, estableciendo un procedimiento que respete y este acorde a las culturas ancestrales y no, uno que tenga características invasivas y tecnificadas como lo es el que establece la ley 1333 de 2009.

Bibliografía

Blanco, C. (2020). El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el Covid-19 en el Estado colombiano, en *Revista Novum Jus*. Vol. 15, Núm. 1. DOI: 10.14718/NovumJus.2021.15.1.2. p.p . 17-40

Blanco Alvarado, C., Echeverry Botero, D. y Ortega Ruiz, G. (2020). ¿Por qué es importante relacionar a la Comunidad Andina con la descentralización territorial? *Revista IUSTA*, 53, 207-225. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.6277>

Calderón Gamboa, J. C. G. (2012). PUEBLOS INDÍGENAS Y MEDIOAMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. UN DESAFÍO VERDE

Castro, Elías. Unidad didáctica 3, Sujetos de especial protección constitucional y perspectiva de género. Maestría en Derechos Humanos, Gestión de la Transición y Posconflicto. Esap, 2016.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1333 de 2009.

Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993.

Consejo de Estado, Rad 0230 00. Magistrado ponente María del Pilar Bahamón Falla, 2023.

Constitución Política 1 de 1991 Asamblea Nacional Constituyente - Gestor Normativo. (s. f.). Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125#:~:text=Todas%20las%20personas%20nacen%20libres,religi%C3%B3n%20opini%C3%B3n%20pol%C3%ADtica%20o%20filos%C3%BFica>.

Corte Constitucional, Sentencia C-595/10 (2010), Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Corte Constitucional, Sentencia T-063/19 (2019), Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-080-17. (2017). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-080-17.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258

Cuesta Moreno, O. C. (2018). Trabajos sobre indígenas y territorio en Colombia, estado de la cuestión. Universidad Javeriana.

De Sousa Boaventura. Derechos humanos, democracia y desarrollo. Dejusticia. ISBN 978-958-58464-6-3. PÁG (53-54). 2014.

De Souza, Boaventura. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. EL OTRO DERECHO, número 28. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, Julio de 2002

Del Valle Mora, E. V. M. (2018). Oportunidades de mejora del proceso sancionatorio ambiental. Universidad Externado de Colombia.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales. (s. f.). <http://cidh.org/countryrep/tierrasindigenas2009/cap.v-vi.htm>

Ficha Técnica: Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. (2003). Corte interamericana de derechos humanos. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258

Gros, Christian. Políticas de la etnicidad: Identidad Estado y Modernidad. ICANH, 2012.

Guzmán, L. F. G. J. (2020). CONFLICTOS AMBIENTALES EN TERRITORIOS DE COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA. Universidad Externado de Colombia.

Herrán Pinzón, O. A. y Blanco Blanco, J. (2021). De los derechos de los grupos indígenas en el marco internacional. Revista IUSTA, (55). <https://doi.org/10.15332/25005286.6851>

Hernández, E. (2006). La resistencia civil de los indígenas del cauca. Papel Político, 11(1), 177- 220.

Lemaitre, J. (2009). El derecho como conjuro. ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/256010643_El_Derecho_Como_Conjuro

Martínez Durango, L y D'Amato, G. (2022). Identidad y protección en derecho ambiental de los indígenas Mokaná en Malambo, Atlántico. Universidad de la Costa, CUC.

Mendoza Pulido, Fabian (2023). De la memoria histórica al derecho a las memorias colectivas: una propuesta hermenéutica en Revista Nuevos Desafíos del Derecho, Vol. 3 Núm. 1. <https://doi.org/10.15765/rndd.v3i1.4097> . Documento extraído el 23 de agosto de 2023 de <https://revistas.poligran.edu.co/index.php/desafios/article/view/4097>

Mosquera Ladeut, S. M. (2020). CONFLICTOS AMBIENTALES EN TERRITORIOS DE PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA. Universidad Externado de Colombia.

Nuevos desafíos DERECHO



Núñez Ávila, M. D. (2018). El reconocimiento de la “justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. *ANIDIP*, 6, 175-200. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7162>

Rodríguez, G. A. R. (2008). LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS. *semillas*. <https://www.semillas.org.co/es/la-consulta-previa-un-derecho-fundamental-de-los-pueblos-indgenas-y-grupos-tnicos-de-colombia>