

a | MÁSTER
UNIVERSITARIO
EN DERECHO AMBIENTAL

Ana de Sousa Selfa

**ARTICULACIÓN DE LOS REGÍMENES JURÍDICOS DE
PROTECCIÓN AMBIENTAL Y DE PROTECCIÓN DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Dirigido por el Dr. Antoni Pigrau i Solé y el Dr. Alexandre Moreno Urpí

**València
2023**

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CONTEXTO AMERICANO.....	11
2.1. El factor diferenciador en el contexto americano.....	11
2.2. La tensión entre el estado liberal-occidental y la existencia de comunidades étnico-cultural y políticamente diferenciadas.....	15
2.3 La relación de los pueblos indígenas con la naturaleza y el reto de la protección ambiental	20
3. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA CUESTIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA.	26
3.1 Regímenes internacionales de protección de los pueblos indígenas y su relación con la naturaleza aplicables en Colombia.....	27
3.2 La protección ambiental y su articulación con la protección de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico interno de Colombia	44
3.3 El papel de la jurisprudencia en la consolidación del sistema de protección de los pueblos indígenas y de conservación ambiental en Colombia	56
4. CONCLUSIONES.....	61
5. BIBLIOGRAFÍA.....	64
a. Legislación.....	64
b. Jurisprudencia.....	65
c. Doctrina.....	66

1. INTRODUCCIÓN

La defensa jurídica del medio ambiente se ha convertido en las últimas décadas en una prioridad compartida por la práctica totalidad de los países a nivel mundial. Los problemas asociados a la crisis climática y de pérdida de biodiversidad en las que nos encontramos inmersos, así como las cada vez mayores evidencias de las graves consecuencias generadas por estas crisis, han generado un impulso, de dimensión sin precedentes, para el desarrollo de legislaciones (tanto nacionales como internacionales) cuyo objeto es la protección del medio ambiente. Ya en 2011, la investigadora y abogada Edith Brown Weiss en su artículo «The Evolution of International Environmental Law» avisaba sobre esta tendencia:

«As we look to the future, we can anticipate that climate change is likely to dominate the environmental legal agenda, whether explicitly or implicitly (...) Change will be rapid and constant, requiring new measures to accommodate it in order to ensure sustainable and equitable development for both present and future generations». (Brown, 2011, pág. 27)¹

En esta misma línea, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, publicó un informe² (2019), en el que se advertía que el volumen de leyes ambientales vigentes en la actualidad a nivel global se ha multiplicado por 38 desde la década de los años 70 del siglo pasado, así como que contamos en la actualidad con más de 1.100 acuerdos internacionales de temática ambiental que, en una u otra materia, han ido incorporando compromisos por parte de la práctica total de países (acuerdos bilaterales en algunos casos, tratados internacionales en otros, o bien textos asociados a organismos de derecho internacional regional en otros). Así pues, hoy día es indudable que nos encontramos con un contexto jurídico global favorable para la producción de

¹ Si miramos hacia el futuro podemos anticipar que el Cambio Climático dominará la agenda legal, ya sea de manera explícita o implícita (...) El Cambio Climático requerirá constantemente de nuevas medidas (**legales y legislativas**) con vistas a asegurar un desarrollo sostenible y equitativo para las presentes y futura generaciones. (Traducción propia. Negrita propia añadida)

² Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2019) *Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global de ONU Medio Ambiente*.

nuevas normativas de protección ambiental, así como para el desarrollo y el avance en la implementación de otras ya existentes.

Cuando hablamos de derecho ambiental, o de protección jurídica del medio ambiente, hacemos, en ambos casos, referencias a un área de conocimiento de una amplitud inmensa. Dentro del paraguas conceptual que representa el término de derecho ambiental, encontramos temáticas tan diversas como son; la regulación de limitaciones a las emisiones de gases contaminantes, el tratamiento de residuos, la regulación del uso de pesticidas y otros químicos en la producción alimentaria, la regulación para el bienestar animal, la legislación vinculada a la protección de especies animales y/o vegetales silvestres y sus hábitats, la regulación para el fomento de economías circulares y de escala o la persecución de aquellas conductas que afectan al medio ambiente y que se puedan considerar penalmente punibles, entre otras. Todas estas temáticas (así como todo el resto de cuestiones que no han sido citadas entre los ejemplos que sin ánimo exhaustivo se han enumerado previamente), y por tanto, la definición absoluta de lo que se encuadra bajo el término del derecho ambiental, se construye, desarrolla y articula tomando como punto de partida uno de los principios enunciados en la «Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo³» (1992). Este Principio que sirve de articulación para todo lo que se engloba bajo el concepto de «defensa jurídica del medio ambiente», es el Principio 10 de la Declaración:

«El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar

³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Río de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques*. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes». (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, pág. 3)

La importancia de este Principio es clave por cuanto, a diferencia de otros de los principios recogidos en la Declaración de Río, este se refiere al «cómo» y no tanto al «qué». Se recoge en este principio una instrucción por la que se reivindica la necesidad de promover una sociedad civil comprometida⁴, una sociedad que pueda informarse, participar y acceder a la justicia (si fuese necesario) en materia ambiental, como condición para que pueda garantizarse una efectiva protección del medio ambiente. En palabras del informe de *UN environment*, citado anteriormente, la importancia de este Principio 10 de Río se plasma en la siguiente idea:

«Rule of law, and so environmental rule of law, is predicated on cooperation between state and citizen. Citizen engagement in monitoring and enforcement “disciplines public agencies” into fulfilling their legal duties, advocates for correction of failures in the law, and generally represented the interest of the people. However, many nations do not have a culture or political tradition of such citizen engagement». (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente [UN environment], 2019, pág. 31)⁵

Presentado este panorama sobre la tendencia creciente de desarrollo a nivel global de los derechos de protección ambiental y habida cuenta de la importancia

⁴ Lo que en el informe realizado por *UN environment* se denomina *civil engagement*.

⁵ El Estado de Derecho y también el Estado Ambiental de Derecho se basa en la cooperación entre el estado y la ciudadanía. Una sociedad civil comprometida con el monitoreo y la vigilancia *incentiva* a los organismos públicos al cumplimiento de sus obligaciones, fomentando que se corrijan los posibles incumplimientos legales y, además, permitiendo que en estas legislaciones se reflejen las necesidades de la población. Sin embargo, muchos países carecen de una cultura política en la que se tenga presente la idea de una sociedad civil comprometida. (Traducción propia)

que el principio 10 de Río tiene como mecanismo para la consecución efectiva de esta pretendida protección, el presente trabajo tiene como objetivo analizar la situación de protección jurídica del medio ambiente en un solo país; la República de Colombia.

El pasado mes de febrero de 2023, tuve la oportunidad de viajar a la región colombiana del Chocó gracias al apoyo financiero de la Universitat Rovira i Virgili (y en colaboración con dos entidades locales⁶). El motivo del desplazamiento fue el de llevar a la práctica un proyecto en el que veníamos trabajando desde que en julio de 2021 conocí por primera vez aquel territorio. El nombre del proyecto era *Conocer el acuerdo de Escazú*. El objetivo del mismo proponía, a través de la generación de espacios comunicativos y formativos con las personas de la comunidad⁷, facilitar que estas personas adquiriesen un mayor conocimiento sobre las posibilidades de acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental, aprovechando la reciente ratificación⁸ del *Acuerdo de Escazú* y lo que esto podía suponer para las posibilidades y estrategias de defensa del territorio de las comunidades. Desde el proyecto queríamos generar una aproximación al marco legal recién aprobado, impulsando su conocimiento y fortaleciendo la percepción comunitaria de que éste marco es una herramienta que ellas, las comunidades, pueden utilizar para la defensa ambiental frente a las amenazas a sus recursos y territorios.

No es objeto de este trabajo el análisis del proyecto que se realizó. Sin embargo, sí que debe reconocerse en esta experiencia (la de la realización del proyecto) una de las causas que motivan el planteamiento del mismo. La región en la que se realizó el proyecto, la costa pacífica de Colombia, es una de las regiones con

⁶ La Fundación MadreAgua, entidad formada por biólogos marinos que desarrolla su actividad de turismo científico e investigación en Ciudad Mutis (Bahía Solano-Chocó) y cuyo principal foco de investigación es la vida marina de la región, y en particular, la investigación de los cetáceos de la zona, y el Centro de Estudios para la Justicia Social «Tierra Digna», una ONG colombiana con sede en Bogotá, que trabaja en todo el territorio colombiano con el foco puesto en la defensa del territorio en apoyo a luchas de poblaciones locales.

⁷ Las poblaciones con las que se trabajó fueron la Comunidad de El Valle y la Comunidad de Ciudad Mutis, ambas en la región de Bahía Solano (Región del Chocó-Colombia).

⁸ El 5 de noviembre, el presidente de la República de Colombia sancionó la Ley 2273 del 2022, mediante la cual se ratificó el Acuerdo de Escazú y este pasó a incorporarse como parte de la legislación nacional del país.

mayores recursos naturales aprovechables económicamente (minería, madera, pesca, turismo, recursos hídricos etc.) y, además, es una de las regiones con mayores índices de pobreza y exclusión social del país⁹. Estas dos circunstancias generan una gran variedad de situaciones en las que la voluntad de lucro y beneficio económico de algunos termina por vulnerar los derechos ambientales y comunitarios de la población local. Pues bien, con este contexto en mente y celebrando la finalmente conseguida ratificación del Acuerdo de Escazú en Colombia, la estancia en la zona para llevar a cabo la ejecución del proyecto nos permitió experimentar de primera mano la distancia que existe entre el avance de las instituciones y la legislación ambiental, y las posibilidades reales de llevar a cabo la implementación de las mismas. En relación con esta cuestión, el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente plantea lo siguiente:

«Environmental rule of law requires a whole-of-society approach. While substantial emphasis is naturally placed on strengthening governmental institutions at the national, regional, and local levels, civil society also plays an essential role (...) Involving vulnerable and marginalized populations that are often excluded from decision making and yet are most affected by environmental and natural resource decisions is a challenging but integral aspect of civic engagement» (UN environment, 2019, pág.87)¹⁰

Colombia es un país en el que encontramos multitud de zonas rurales donde viven comunidades étnicas con regímenes jurídicos propios que han sido reconocidos como tales por el estado colombiano. Uno de los motivos por los

⁹ Para tener una buena comprensión de las características socio-económicas y culturales de la región del Chocó, remitimos a la lectura del apartado de ANTECEDENTES contenidos en la Sentencia T-622/16 (la referencia completa podrá encontrarse en el apartado (8) de Bibliografía, en el subapartado (b) de jurisprudencia.

¹⁰ El Estado de Derecho Ambiental requiere un enfoque que tenga en cuenta a toda la sociedad. Mientras que suele ponerse el énfasis y el esfuerzo en fortalecer las instituciones, tanto a nivel nacional como regional y local, la sociedad civil también (**debería jugar**) juega un papel esencial. Involucrar a poblaciones vulnerables y marginalizadas que son habitualmente excluidas de la toma de decisiones, y sin embargo, suelen ser de las más afectadas por cuestiones relacionadas con los recursos y el medio ambiente, representa un gran desafío, pero es, a su vez, fundamental para la consecución de una sociedad civil comprometida. (Traducción propia. Negrita propia añadida)

que se ha dado cobertura legal a estos regímenes propios es la asunción por parte del estado colombiano de la existencia de comunidades étnico-culturales de origen previo a la institución del estado, y que, con valores y principios propios, conforman entidades socio-políticas distintas a la propia del estado. Esta realidad diversa, plasmada en regímenes distintos que conviven bajo un mismo estado, el estado colombiano, plantea retos importantes. Uno de los retos principales que se plantean, es el que tiene que ver con universalizar y hacer válido para todas las comunidades, lo que, en origen, tiene una matriz burocrática-estatal, occidental y liberal. En concreto hablamos del derecho ambiental, de sus cauces, de sus procedimientos y dinámicas.

Como se ha expuesto previamente, para el correcto funcionamiento de la protección jurídica del medio ambiente, además de leyes, instituciones y procedimientos, hace falta una ciudadanía comprometida y activa con esta defensa. Desde el punto de vista occidental y desde la perspectiva de la organización estatal, una ciudadanía comprometida es aquella que participa activamente en las instituciones y cauces democráticos planteados por el estado. Como se irá viendo a continuación, la legislación colombiana donde se recoge el Derecho de Petición, la Acción de Tutela o el propio Acuerdo de Escazú, comparten también esta premisa, necesitan, para su correcto funcionamiento, el compromiso participativo de la ciudadanía. Pero, ¿qué ocurre cuando esos cauces procedimentales, las instituciones o los principales actores protagonistas de esas leyes resultan ser ajenos a la cultura política de estas comunidades étnicas? ¿Es el marco jurídico colombiano (tanto por lo que se refiere a la normativa interna, como por lo que se refiere a la externa) adecuado para asegurar una defensa efectiva del medio ambiente? ¿De qué forma se articula el marco genérico de protección ambiental en Colombia, que se pretende universal, con los diversos regímenes de reconocimiento de estatus jurídicos diferenciados para comunidades étnicas específicas? ¿Deben entenderse como complementarios o la existencia de unos y otros va en direcciones distintas? Para tratar de responder a estas cuestiones, el presente trabajo irá atendiendo al estudio de diversos temas. El primer capítulo del trabajo partirá de reconocer la importancia de localizar contextualmente cualquier hecho social, entendiendo

bajo este concepto de hecho social el Derecho Ambiental. Localizando el hecho social que se quiere estudiar en el continente americano, se presentará una breve contextualización sobre la relación que existe en América Latina entre los derechos humanos y los derechos de protección del medio ambiente, y se vinculará esta relación con el factor clave que diferencia al continente americano de otros contextos: la pervivencia de pueblos indígenas étnico-cultural y políticamente diversos. En este apartado se atenderá a dos de los factores que diferencian el contexto latinoamericano de protección ambiental de otras realidades en otras regiones del mundo: por un lado, la intrínseca relación aún existente entre derechos de la naturaleza y derechos del territorio de los pueblos originarios y comunidades étnicas y, por el otro lado, la realidad de violencia a la que se enfrentan las personas defensoras de los derechos ambientales y humanos en este contexto y en concreto en Colombia. Avanzando este primer capítulo, se analizará la tensión que la co-existencia de pueblos étnico-culturalmente diversos bajo una organización estatal de matriz liberal-occidental genera. Con la finalidad de comprender mejor el porqué de esta tensión, se analizará la raíz de la diferencia entre las sociedades liberal-occidentales y los pueblos indígenas, centrando el análisis en el lugar y el sentido que la relación con la naturaleza ocupa en el modo de entender y vivir el mundo para los pueblos indígenas y el resto de comunidades étnico-cultural y políticamente diferenciadas.

A partir de esta contextualización en el territorio colombiano, se dedicará el siguiente capítulo a la presentación y análisis de los regímenes de protección ambiental y de protección de los pueblos indígenas (y otras comunidades étnico-cultural y políticamente diferenciadas). Este análisis se centrará en analizar los preceptos e instituciones que contenidas en sendos regímenes tienden la conexión entre ambos. Será imprescindible en este punto dividir el capítulo en diversos subapartados. En el primero de ellos se comenzará con el análisis del marco jurídico internacional del que el estado colombiano es parte, para pasar posteriormente al análisis del marco jurídico interno. Se finalizará este capítulo realizando un análisis de los principales pronunciamientos que los tribunales colombianos han ido realizando y que en conjunción con la propia normativa,

conforman la situación actual de protección del medio ambiente y de los pueblos indígenas en Colombia.

Por último y a partir de los distintos análisis realizados a lo largo del trabajo, se realizará una reflexión y una evaluación de los aspectos positivos y de los puntos débiles que encontramos en la articulación que necesariamente debe darse la legislación de protección ambiental y la legislación de protección de las comunidades étnicas en Colombia. El trabajo se cerrará con un apartado de conclusiones donde se recogerán las distintas ideas exploradas a lo largo del texto. Tras las conclusiones se encontrará el apartado de bibliografía donde se relacionarán los distintos textos, tanto legales, como doctrinales, consultados para la realización del presente trabajo.

2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CONTEXTO AMERICANO.

2.1. El factor diferenciador en el contexto americano.

El avance en las herramientas jurídicas de protección ambiental se está produciendo, sin excepciones, a lo largo y ancho de todo el planeta. Sin embargo, este proceso cuenta con sus propias particularidades en atención al contexto en el que se desarrolla. Así, la profesora e investigadora Sandra Hincapié, en su artículo *Gobernanza ambiental global y derechos de la naturaleza en América Latina* (2023), destaca la necesidad de entender cualquier hecho social (y, entre ellos, la protección ambiental) teniendo en cuenta su contexto:

«En todas las formas de movilización social, la reivindicación de los “derechos de la naturaleza” puede tomar matices distintos, los cuales se relacionan con las características particulares de los actores movilizados y sus lenguajes de valoración, así como con los mecanismos institucionales disponibles para reivindicarlos» (Hincapié, 2023, pág. 16).

En el presente trabajo se dirigirá el foco de atención al contexto americano y, en particular, se analizará con más detalle la realidad jurídica de protección ambiental presente en la República de Colombia. Los motivos por los cuales se escoge el estudio de la realidad colombiana son varios.

En primer lugar, de conformidad con uno de los últimos informes publicados por *Global Witness*¹¹, Colombia es uno de los países con más conflictividad ambiental de todo el planeta. Entre otros datos, el informe recoge que «El 2021 fue otro año dramático en Colombia, que continúa registrando una de las cifras más altas de asesinatos en el mundo. Al menos 33 personas defensoras de la tierra y del medio ambiente fueron asesinadas allí el año pasado» (pág. 12). Si

¹¹ Global Witness (2022). *Una década de resistencia. 10 años informando sobre el activismo por la tierra y el medio ambiente alrededor del mundo*. Accesado a 27 de junio de 2023 https://www.globalwitness.org/documents/20426/Decade_of_Defiance_Defenders_Report_SPA_-_September_2022.pdf

nos fijamos en los datos que se ofrecen en el informe en relación con la última década, los números son todavía más alarmantes, pues de los 1733 asesinatos que esta ONG registró en el periodo de 2012-2021, 322 se produjeron en Colombia. Estos datos ponen de manifiesto dos dimensiones de una misma cuestión: por un lado, existe un gran número de conflictos ambientales en Colombia¹² y, por otro lado, las instituciones y cauces existentes que actualmente tratan de garantizar la protección del ambiente (y la seguridad de las personas defensoras) no parecen ser suficientes o su funcionamiento no está siendo todo lo satisfactorio que debería, pues solo de este modo se entienden los altos niveles de conflicto ambiental existente y los resultados trágicos de muchos de estos.

En segundo lugar, Colombia ha destacado en los últimos años por el carácter garantista de muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales de sus tribunales (en especial de la Corte Constitucional). En un apartado posterior del trabajo se desarrollará con detalle esta cuestión, destacando y analizando algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que han definido líneas argumentales y conceptos innovadores y trascendentes para la protección ambiental en este país (así como su potencial extrapolable a otros países del contexto) y que por este motivo convierten a Colombia en un caso de estudio interesante y pertinente en el contexto actual en lo que a la protección jurídica del medio ambiente se refiere. A este respecto, Hincapié (2023) comenta que:

Ha sido en Colombia donde los derechos fundamentales, particularmente el derecho a un medio ambiente sano, han venido dando forma a líneas jurisprudenciales que realmente avanzan en la efectiva reivindicación de derechos de la naturaleza inscritos dentro de la trama más amplia de transformaciones socioculturales.

Los mecanismos de exigibilidad y reclamación de derechos,

¹² De conformidad con los datos ofrecidos por el recurso web *Atlas de Justicia Ambiental* (<https://ejatlas.org/>), Colombia es el sexto país del mundo con más conflictos ambientales reportados en términos absolutos y el segundo, por detrás de Brasil, en lo que al continente latinoamericano se refiere. Hay que tener en cuenta que estos datos se ofrecen sin tener en cuenta la dimensión geográfica del país, de hecho, los cinco países que reportan más casos de conflictos ambientales que Colombia son países que superan en mucho la extensión geográfica de éste.

especialmente a través de la acción de tutela, han sido el motor de procesos que otorgan personalidad jurídica a varios ecosistemas. Esto al establecer con claridad los vínculos entre derechos fundamentales de los seres humanos y derechos de los ecosistemas que buscan ser protegidos o restaurados, a fin de garantizar los bienes y servicios que la naturaleza provee, que son, a su vez, los garantes de derechos básicos y esenciales para las presentes y las futuras generaciones. (Hincapié, 2023, pág. 19)

En tercer y último lugar, y como ya se adelantó en la introducción, la elección de Colombia se debe también a la experiencia que tuve la oportunidad de vivir a raíz del proyecto *Conocer Escazú* que allí se desarrolló en febrero de 2023. A lo largo del presente trabajo se irán compartiendo algunas de las situaciones de lo vivido a lo largo del proyecto que, seguro, servirán a los efectos de ejemplificar algunas de las cuestiones que vayan apareciendo.

Dado el interés que suscita Colombia para el objeto de este trabajo, resulta necesario abordar las particularidades del contexto americano y en concreto, de América Latina, para poder identificar y conocer los factores que han venido marcando el desarrollo de la protección jurídica del medio ambiente en esta región del mundo. Cabe tener en cuenta que dichas particularidades afectan a la totalidad del continente y, por consiguiente, también a la República de Colombia. La idea es identificar el factor clave que distingue el continente americano de otros contextos, y en especial, del contexto europeo (por ser éste el marco de referencia conceptual y contextual desde el que quién realiza este trabajo escribe).

Cuando se habla del «factor clave» que distingue el contexto americano del europeo, nos referimos a la pervivencia de pueblos indígenas, sus culturas y sus organizaciones políticas, y cómo esto supone un reto que debe ser asumido y tenido en cuenta por el estado y por su sistema jurídico, en concreto, en cuanto este sistema se proyecta hacia la protección del medio ambiente. En el estudio realizado por la «Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Parques

Nacionales, Otras áreas protegidas, flora y fauna silvestre¹³» en colaboración con algunos otros organismos, se destaca que:

«en la Región existe una gran coincidencia entre las zonas geográficas de mayor riqueza biológica con las de mayor diversidad cultural. Un buen indicador de este fenómeno es el hecho de que casi un 80% de las áreas protegidas en América Latina incluye a pueblos indígenas (...) La cosmovisión y prácticas culturales de los pueblos indígenas están íntimamente relacionadas con los espacios naturales y se diferencian de las visiones de otros sectores que separan lo natural de lo humano. Sin duda, las diversas formas de aproximación, administración y manejo de los recursos naturales y de la biodiversidad que existen en América Latina han estado marcadas por las diferencias entre estos distintos tipos de lógicas». (Redparques, 2008, pág. 8)

Precisamente por este motivo y a pesar de que esta convivencia y diversidad supone un reto también en otros niveles del desarrollo y la estructura estatal, su trascendencia es mayor cuando se trata de establecer regímenes de protección del medio ambiente. Esto es así debido a que, por definición (y por tradición discursiva y jurídica), la protección ambiental se plantea con vocación de universalidad¹⁴. Debido al hecho de que la protección del ambiente se proyecta sobre la idea de universalidad, las estrategias, procedimientos e instituciones desarrolladas con este fin deberían ser especialmente sensibles a todas aquellas diversidades que pudieran suponer dificultades para su aplicación. Las instituciones encargadas de la implementación y el desarrollo de los mecanismos de protección ambiental, deberían ser capaces de evaluar estas dificultades para poder realizar los cambios necesarios y asegurar así su funcionamiento óptimo.

¹³ Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Parques Nacionales, Otras áreas protegidas, flora y fauna silvestre (2008) *Pueblos indígenas y Áreas protegidas en América Latina*. Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe.

¹⁴ Una muestra clara que evidencia esta pretensión de universalidad la encontramos en la Resolución de las Naciones Unidas de fecha 28 de julio de 2022 donde se recogió que «todas las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable»

Pues bien, el factor clave que distingue al contexto americano de otros, y más aún cuando hablamos de cuestiones ambientales, es la presencia viva en los territorios americanos de población perteneciente a pueblos originarios. En este sentido, Colombia destaca por contar con territorios donde además de poblaciones indígenas, se encuentran también presentes otras comunidades étnico-cultural y políticamente diferenciadas, las denominadas comunidades afrodescendientes. A lo largo de este trabajo se irá estudiando en detalle el reconocimiento jurídico que estos pueblos indígenas, así como las comunidades afrodescendientes, han ido consiguiendo. Se estudiarán cuáles son estas conquistas de derechos y estatus jurídicos, y en qué niveles e instrumentos, nacionales y supranacionales, se han ido recogiendo.

2.2. La tensión entre el estado liberal-occidental y la existencia de comunidades étnico-cultural y políticamente diferenciadas.

Una vez identificado este factor diferenciador y propio del contexto americano, es necesario atender ahora a las implicaciones que esto genera. Al analizar el Estado colombiano, atendiendo a su origen, objetivos y también a su propia naturaleza de existencia, nos encontramos con un sistema de organización política típica del Estado occidental-liberal surgido y consolidado como modelo imperante, tras las denominadas revoluciones liberales del siglo XIX en Europa. Sin que sea objeto de este trabajo profundizar en este extremo, valga anunciar algunas de las características principales que lo definen. El modelo de estado occidental-liberal en tanto que organización y estructura política, se basa en tres ideas claves; la separación de los poderes que conforman el estado (legislativo, judicial y ejecutivo), el imperio de la ley (el estado de derecho), y la igualdad de todas las personas ante esta. Así pues, mirando al estado colombiano, debe entenderse que estas tres ideas se encuentran en la base de su existencia y en su razón de ser.

Retomando las ideas de Sandra Hincapié, los fenómenos sociales no pueden ni deben tratar de entenderse sin atender a los contextos en los que surgen. La autora añade que esta idea contiene, en su complejidad, una advertencia: debe prestarse especial atención y actuar con cautela al plantear la traslación de

modelos (en tanto que hecho social), a contextos distintos de donde se originaron. En el caso de que no se actúe con esta cautela, lo más probable es que, como en el caso que se estudia en el presente trabajo, se generen tensiones, dificultades y retos que, en ocasiones, pueden tener difícil solución. Precisamente esta dificultad es la que enfrenta el Estado colombiano¹⁵. Como consecuencia de la diversidad étnico-cultural existente y las dinámicas de conquista de derechos y estatus jurídicos diferenciados protagonizadas en las últimas décadas por estos pueblos, el Estado colombiano (en tanto que estructura político-administrativa y conceptual), se enfrenta al reto de asumir esta diversidad a pesar de las contradicciones que esta diversidad plantea al propio modelo de estado. En definitiva, en Colombia, igual que ocurre en otros países del sur global, el modelo de estado-nación importado del contexto europeo se enfrenta al reto de transformar su propia estructura y funcionamiento a las realidades propias de cada uno de estos países. De esta capacidad de adaptación y de generar nuevas dinámicas y modos de organización, ajenas a las originarias del contexto europeo, depende y dependerá la validez y posibilidad de continuación exitosa de la organización en estados-nación de muchos de los países del sur global que atraviesan hoy día crisis en sus modelos y funcionamiento estructural básico.

Tal y como se había enunciado en líneas anteriores, la separación de poderes, el imperio de la ley y la igualdad ante esta son los tres principios fundamentales del Estado de matriz liberal-occidental. ¿Cómo puede, entonces, este estado liberal-occidental gestionar con éxito la convivencia de dos sistemas legales paralelos bajo su dominio? ¿Puede dejar de hablarse de «estado de derecho» y sostenerse un nuevo concepto de «estado de derechos»? ¿Cómo puede el estado liberal-occidental funcionar asumiendo una aplicación desigual, distintiva, de la ley en atención al origen cultural de sus ciudadanos, y no a la propia condición de ciudadanos en sí? Y, por último ¿Consigue el estado colombiano mantener el monopolio del poder, a través de su sistema de contrapesos y separación de poderes, cuando es posible que coexistan, al menos, dos poderes judiciales, ejecutivos y legislativos bajo el mismo paraguas estadual?. Todas estas cuestiones planteadas están siendo estudiadas en otros espacio y

¹⁵ Al igual que la mayoría de otros estados americanos.

proyectos y darán respuestas a multitud de cuestiones. El motivo por el que se han planteado en este presente trabajo es porque representan factores a tener en cuenta para entender el éxito o fracaso, las fortalezas y las debilidades del funcionamiento del sistema de protección jurídico-ambiental en Colombia.

Esto es así debido a dos motivos: en primer lugar, el motivo general de tensión del sistema que, como a cualquier otra parcela del mismo, alcanza a lo que a protección ambiental se refiere. Sin embargo, y en segundo lugar, hay que destacar que, además de esta tensión general, en el caso del desarrollo de regímenes de protección ambiental, se añade una particularidad que se deriva de la consideración de que la protección del medio ambiente se entiende, orienta y desarrolla con vocación de universalidad.

Los diversos textos que a nivel internacional han ido asentando los fundamentos básicos de la protección ambiental proponen, más allá de soluciones sustantivas concretas, los principios de acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental¹⁶. Como puede percibirse, esta propuesta sobre el *cómo* proteger, se entiende y cobra sentido cuando se desarrolla en su contexto de surgimiento¹⁷; una sociedad liberal-occidental, sometida al imperio de la ley, organizada en poderes separados y cuya máxima es la igualdad ante la ley de sus ciudadanos/as. En esta idea del *cómo* proteger, es donde se identifica esta pretensión de universalidad. El motivo por el que se plantea que el medio ambiente merece ser protegido es consecuencia de que «todos/as» (los y las ciudadanas) tenemos derecho a disfrutar de un ambiente sano. Se considera que cada individuo se implicará en proteger el medio ambiente, porque si bien el

¹⁶ Algunos ejemplos son: el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, el contenido del libro Blanco de la Gobernanza Europea (2001), o el propio Convenio de Aarhus que en 1998 elevó los principios de Acceso a la Información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental a fundamento clave del funcionamiento del sistema jurídico de protección ambiental en el contexto europeo.

¹⁷ Los textos que se consideran origen y fundamento de la tendencia creciente de desarrollo de regímenes de protección ambiental, han surgido de convenciones y encuentros de organismos internacionales muy vinculados a este modelo de estado liberal-occidental del que se ha estado hablando a lo largo de este apartado. Por ejemplo, en el caso de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, se elaboró en el seno del trabajo de *La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. De igual forma, otro de los textos de referencia para la protección internacional del medio ambiente, y con gran importancia por la inspiración que supuso para el posterior Acuerdo de Escazú, el *Convenio de Aarhus*, se desarrolló en el seno de la *Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa*.

medio ambiente es un bien público, su goce es individual. Es la voluntad que los y las ciudadanas tienen de respirar un aire limpio, de proteger un paisaje, o de evitar la extinción de una concreta especie de flora lo que acciona los mecanismos de protección. Esta lógica universaliza la voluntad de las personas de defender el medio ambiente, porque universaliza la necesidad de un medio ambiente sano para el correcto desarrollo de las personas. Y en esta misma línea plantea, como consecuencia, una universal vocación de protección del medio ambiente que sería llevada a cabo a través del ejercicio de la ciudadanía plena, en sociedades democráticas, y con la participación como fundamento.

Este desarrollo del modelo y las lógicas de protección ambiental impulsado desde el escenario internacional y que en los últimos años ha permeado los regímenes jurídicos de protección ambiental de la inmensa mayoría de los países, y en concreto, en este caso, de Colombia, apuesto por fortalecer el poder del ciudadano, convirtiéndolo así en actor principal que puede actuar defendiendo al medio ambiente. En este modelo no se incorporan lógicas¹⁸ distintas a esta (lógicas como las de los pueblos indígenas). Esto genera, como se analizará en el capítulo segundo, fallas muy importantes que causan un funcionamiento ineficiente del sistema de protección jurídica ambiental en Colombia.

A este respecto, cuando, como este caso, se reconoce la existencia de pueblos, en tanto que sujetos políticos, cuya estructura no se basa en una agregación de individuos-ciudadanos/as¹⁹ (como si ocurre en la concepción occidental-liberal de pueblo), debe prestarse especial atención al reconocimiento pleno para evitar tensiones y nuevos abusos. Cualquier organización político-social, económica y cultural que pretenda servir de marco a diversos pueblos, debe partir del reconocimiento pleno de estos diversos pueblos para poder sentar las bases de

¹⁸ Modos de entender la naturaleza, a los seres humanos y la relación entre ambos.

¹⁹ En el siguiente subapartado se profundizará en la naturaleza de esta diferencia, en porqué motivo no resulta suficiente, ni acertado, tratar de entender a los pueblos indígenas como un conjunto de individuos que comparten una historia, una lengua y una cultura. Se prestará especial atención a la que se considera como el fundamento principal de las sociedades indígenas, la existencia de una cosmovisión propia, diferenciada a la occidental, y las implicaciones que esta contiene respecto a la relación entre los pueblos indígenas y la naturaleza.

una organización que sea capaz de dar respuesta a las necesidades de todos ellos, así como articular las necesidades y aspiraciones de los mismos. Precisamente sobre esta cuestión se pronunciaron los autores Reyes y Santis cuando, partiendo de las ideas del sociólogo francés Pierre Bourdieu advirtieron que:

«La aplicación de las categorías jurídicas de las sociedades occidentales a las llamadas sociedades «exóticas», **(generan)** un campo de intercambio social, (...) un campo de luchas simbólicas, donde interactúan diferentes sistemas jurídicos». (Reyes, & Santis, F. J, 2016, pág. 3. **Negrita propia añadida**)

Este campo de luchas simbólicas del que hablan los autores y, originariamente, Bourdieu, sería en este caso particular, todos aquellos conceptos que se relacionan con la noción de ciudadanía activa y participación democrática. No teniendo en cuenta lo ajenos que estos conceptos e instituciones liberales resultan a los pueblos indígenas, se corre el riesgo de reproducir dinámicas de poder, de erigirse en un nuevo ejercicio colonial que perpetúe los abusos y vulneraciones de derechos producidas sobre los pueblos originarios. Con la finalidad de ejemplificar esta idea, respecto de la forma en que se propone la participación de las poblaciones indígenas en los trámites y procedimientos previstos²⁰ en la legislación de defensa ambiental, e incluso en lo que al propio reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos implica, Delgado-Hernández advierte sobre este riesgo de reforzar desigualdades en los siguientes términos:

«Podemos señalar que la implicación condicionada a la participación desde un solo marco de acción, que desde el discurso ya establece jerarquías en sus relaciones, limita no solo los ideales y horizontes de inclusión sino su comprensión y abordaje. Por ejemplo, la nominación del indígena como sujeto jurídico ha sido

²⁰ Más adelante se tratará con detalle y profundidad cuáles son los mecanismos de participación que se prevén, tanto en la legislación ambiental como en los regímenes de reconocimiento de derechos indígenas en Colombia.

formada por el discurso constitucional. La posibilidad de ser sujeto social para el indígena es solo viable a través de un marco jurídico que, para muchos pueblos originarios, es impuesto y ajeno y que además desconoce sus fuentes propias de justicia». (2020, pág. 3)

A modo de cierre de este subapartado, puede afirmarse que es imprescindible que la propuesta jurídica de protección ambiental, no solo en cuanto a sus objetivos, si no especialmente en cuanto a sus medios, tenga en cuenta la pluralidad de los sujetos a los que va a ofrecer mecanismos y a imponer obligaciones. De este modo se sientan las bases que pueden asegurar un mejor funcionamiento y unos mejores resultados en lo que a la protección ambiental a través de regímenes jurídicos se refiere.

2.3 La relación de los pueblos indígenas con la naturaleza y el reto de la protección ambiental

Una vez apuntados los retos que presenta el modelo estatal de matriz liberal-occidental respecto de la gestión de la diversidad en su territorio, podría parecer que dicha gestión no debiera ser tan distinta a la que puede darse, por ejemplo, en la gestión que el Estado español hace al reconocer, en la rama civil del derecho, una convivencia de distintos regímenes (Código del Derecho Foral de Aragón, Fuero Nuevo de Navarra, Código Civil Catalán etc.). Sin embargo, aunque puedan encontrarse algunos paralelismos en la gestión de la diversidad en uno y otro contexto, los pueblos indígenas presentan en su esencia una diferencia que hace que la situación sea radicalmente distinta.

En el caso español, encontramos que los diversos regímenes civiles comparten raíces comunes en cuanto a la tradición político-jurídica a partir de la cual se desarrollaron. Esto implica que, aun con ciertas particularidades, se puede hablar de la existencia de una tradición occidental (romana) y de un modo de entender el mundo (cosmovisión), compartida entre ellos. Sin embargo, esto no ocurre para el caso de los pueblos indígenas. Debido a factores histórico-culturales sobre cuyo origen no se profundizará en este trabajo, el modo en el

que los pueblos indígenas conciben la vida y el mundo, difiere de la cosmovisión, de las lógicas y de las racionalidades occidentales. En esta diferencia de cosmovisiones se encuentra la razón principal que genera esa tensión que supone gestionar la diversidad para el estado de matriz liberal-occidental. Un ejemplo que ilustra el porqué de esta tensión lo encontramos en la relación que los pueblos indígenas establecen con la tierra/el territorio, y como esto difiere de la institución básica y fundamental de la propiedad que caracteriza el modelo occidental. En palabras de la investigadora Georgina Gaona Pardo, en su artículo *El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas*:

«Los pueblos indígenas defienden la propiedad colectiva de las tierras al entender que éstas proporcionan beneficios colectivos a toda la comunidad, rechazando su posible apropiación individual y entendiendo que la labor que ellos, pueblos indígenas, tienen en relación con la tierra es su conservación y preservación para las generaciones venideras» (Gaona, 2013, pág. 5)

En lo que respecta a la protección medio ambiental, debido a esta diferencia en el modo de comprender la vida y la naturaleza que los pueblos indígenas tienen respecto de la cosmovisión occidental, se requiere que frente a problemas y amenazas compartidos puedan plantearse soluciones y análisis distintos.

Para entender las consecuencias sobre el funcionamiento de los regímenes de protección ambiental que puede tener el reconocimiento de estos pueblos como sujetos políticos, es necesario comprender cuál es la relación que estos pueblos tienen con el medio ambiente. Esta cuestión ha sido largamente estudiada por diversos autores y autoras, y como más adelante se verá, las conclusiones han sido ampliamente aceptadas e incluso plasmadas en importantes textos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de

los Pueblos Indígenas²¹ o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo²². En el siguiente capítulo de este trabajo se analizarán con mayor profundidad estos textos y los derechos y obligaciones que contienen.

Manteniendo el foco sobre los fundamentos básicos de la cosmovisión indígena, y en particular, buscando comprender como la naturaleza es concebida por estos, Gaona recoge que:

«Es en las tierras ancestrales donde estos grupos encuentran el fundamento y origen de su cosmovisión, de sus prácticas religiosas y simbólicas, de su organización social y cultural, además de ser la fuente última de vida y sabiduría, y el elemento que, en última y primordial instancia, les dota de identidad». (2013, pág. 5)

Como expone la autora, el hecho de que las poblaciones originarias tuvieran y mantengan en la actualidad una cosmovisión del mundo propia, donde la naturaleza es entendida de un modo radicalmente distinto al que ocupa en la cosmovisión racional-occidental, hace que sea imperativo que esta cosmovisión sea tenida en cuenta a la hora de proyectar estrategias de defensa ambiental. De lo expuesto anteriormente se observa, por lo tanto, que la relación entre el medioambiente y la identidad cultural así como la propia existencia de estos pueblos es indisoluble. La abogada Daniela López Madrid (2021) ejemplifica esta relación en los siguientes términos:

«Los indígenas perciben el territorio como aquel espacio donde se construyen identidades e importantes vinculaciones espirituales con el medio que los rodea, creando así nuevas relaciones sociales y

²¹ Naciones Unidas (UN), *Declaración de las naciones unidas de los derechos de los pueblos indígenas*, 13 Septiembre 2007, disponible en esta dirección: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [Accesado en Septiembre 2023]

²² Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 Junio 1989, C169, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html> [Accesado en septiembre 2023]

místicas que permiten la alta protección del medio ambiente y los recursos naturales que comprenden agua, montañas, animales, insectos, árboles, y también los espíritus del bosque». (López Madrid, 2021, pág. 3)

Este hecho tiene como consecuencia que no sea posible, en lo que respecta a los pueblos indígenas, pensar en la protección del medio ambiente sin pensar también en la protección o el aseguramiento de las condiciones que permitan la supervivencia de estos pueblos. En este sentido, y tal y como se verá más adelante a partir de la jurisprudencia analizada, el ligamen que existe entre los pueblos indígenas y la naturaleza tiene una implicación en un doble sentido. Por un lado, es necesario proteger y conservar el medio natural porque es la condición indispensable para la existencia de los pueblos indígenas. Por otro lado, asegurar la supervivencia de estos pueblos es la mejor oportunidad para alcanzar una adecuada conservación de los espacios naturales, ya que estos pueblos disponen de unos conocimientos y unas prácticas que, a lo largo de siglos, se han demostrado como la mejor forma de habitar sin destruir, de convivir con y de proteger la naturaleza y el equilibrio ecosistémico.

De lo expuesto previamente se desprende que, para los pueblos indígenas, la naturaleza es un elemento indisoluble de su identidad como pueblo. El territorio y todos los elementos, vivos y no vivos, que lo conforman son parte intrínseca de la cultura, historia e identidad de los mismos. El futuro de estas sociedades no puede imaginarse de manera abstracta, desligada de su territorio y, consecuentemente, la mayoría de lógicas y enfoques propuestos para la protección ambiental, cuando tienen su origen en la cosmovisión occidental, suelen plantear escenarios que carecen de sentido para estos pueblos. Este paradigma de protección parte de una comprensión de la relación entre el ser humano y la naturaleza que se concretiza de modo muy claro en el concepto de *servicios ecosistémicos*²³. Este concepto sirve para definir las diversas formas

²³ Este concepto se popularizó en su uso a partir de la publicación de la *Evaluación de los ecosistemas del Milenio* realizada por las Naciones Unidas en 2005. En la página 39 de dicha publicación encontramos la siguiente definición de servicios ecosistémicos «Los servicios ecosistémicos son la multitud de beneficios que la naturaleza aporta a la Sociedad (...)»

en las que, desde la cosmovisión occidental, se asigna valor a la naturaleza siempre partiendo del beneficio/utilidad que este *servicio* tiene para las personas. Estos servicios ecosistémicos se dividen en servicios de aprovisionamiento (disponibilidad de agua, de madera etc.), servicios de regulación (polinización, regulación del clima etc.), servicios culturales (aquellos relacionados con el ocio y la cultura) y servicios de soporte (aquellos relacionados con los procesos propios del funcionamiento de un ecosistema). Partiendo de este concepto, se puede observar que el medio ambiente es, desde el punto de vista occidental, un conjunto de recursos que generan beneficios para las sociedades humanas. Dentro de esta lógica, por tanto, el medio ambiente se convierte en un factor disponible, es decir, un factor sobre el que los humanos pueden decidir. Por ejemplo, puede decidirse autorizar la producción de una fábrica de papel en la vertiente de un río aun cuando esto suponga que ese río deja de ser un ecosistema habitable para otras especies, y/o asumiendo que ese río deje de ser un lugar en el que las personas de una población cercana puedan abastecerse de agua y utilizarlo para refrescarse en verano²⁴. Y puede autorizarse, decíamos, porque el medio ambiente se reduce a un conjunto de servicios, un recurso o varios, que al enfrentarse o ponderarse con otros intereses (como, por ejemplo, el desarrollo económico) pueden ser sacrificados. En este escenario y bajo esta lógica, el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental son los mecanismos más efectivos para asegurar que las sociedades puedan decidir del mejor modo posible sobre el sacrificio o la protección de los recursos ambientales. Así, una población que verá afectada su posibilidad de disfrutar de un espacio de recreo como el río, por bajar este seco o contaminado, puede decidir apoyar el proyecto que implique el sacrificio de

Los **servicios ecosistémicos** hacen posible la vida humana, por ejemplo, al proporcionar alimentos nutritivos y agua limpia; al regular las enfermedades y el clima; al apoyar la polinización de los cultivos y la formación de suelos, y al ofrecer beneficios recreativos, culturales y espirituales». Seguidamente, en el propio informe se habla de los distintos tipos de servicios ecosistémicos existentes.

²⁴ Revisando la prensa podemos encontrar multitud de casos reales donde ha ocurrido esto, se ha sacrificado la existencia equilibrada de un ecosistema en pro del desarrollo económico. Como ejemplo ilustrativo véase este caso de un río cuyo ecosistema quedó alterado, contaminado y destruido en Granda: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-08-02/cronica-de-la-muerte-de-un-río-un-pueblo-de-granda-culpa-a-un-matadero-de-pollos-de-destrozar-su-paraiso.html>

este río si cree que los beneficios económicos, la creación de empleo, o la disponibilidad de una nueva fuente de ocio, lo compensan.

Este planteamiento, sin embargo, resulta absolutamente ajeno e inasumible al modo en que los pueblos indígenas entienden el mundo y la naturaleza en relación a ellos mismos. Para los pueblos indígenas no es posible comprender la naturaleza en su reducción a la definición de recurso. La naturaleza no puede definirse como un factor y, desde luego, no se considera un elemento disponible sobre el que puede, o no, decidirse su sacrificio en pro de un modelo de desarrollo económico y/o civilizatorio para estos pueblos. Para los pueblos indígenas, la naturaleza conforma un todo indisoluble con su propia existencia, humanos y no humanos forman parte de un todo, y es por esto por lo que no es concebible sacrificar la propia vida en nombre del progreso económico o civilizatorio. Las poblaciones indígenas, como se verá más adelante en el estudio de algunas de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana de las que se hablará, realizan actividades en y con la naturaleza, pero nunca proponiéndolas a una escala o con una lógica en la que pueda llegar a plantearse una dicotomía: progreso económico o protección de la naturaleza. Es por este motivo que, por ejemplo, un instrumento como la «consulta previa», donde se pregunta a una población indígena, sin carácter vinculante, si aceptan o no la puesta en marcha de una explotación minera, con la consiguiente destrucción de la montaña o del río del que se van a extraer los minerales, simplemente es inasumible, carece de sentido. De igual modo que en el consenso occidental no resulta lógico ni asumible plantearse si la vida de un ser humano puede o no ser sacrificada en pro del desarrollo económico.

A modo de conclusión del presente apartado, hablar de la protección ambiental en el contexto americano implica tener en consideración que hay un factor clave que distingue este de otros contextos como el europeo: la presencia en los territorios americanos de pueblos indígenas. Consecuentemente, deben comprenderse las consecuencias que la existencia de pueblos indígenas tiene para las posibilidades de acción de los Estados en cualquier materia, pero en especial y por lo que aquí respecta, en la materia de protección del medio

ambiente. Estas consecuencias se resumen en la tensión y dificultad que genera para los estados de matriz liberal-occidental, gestionar la diversidad en su territorio. En concreto, la diversidad entre pueblos que no comparten ni tradición jurídica ni cosmovisión. Por último, resulta clave para poder gestionar esta tensión, y por tanto, para una adecuada gestión de la diversidad, entender, aunque sea de forma somera, los principales elementos que constituyen la cosmovisión indígena.

3. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LA CUESTIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA.

Una vez observado el factor clave en la protección del medio ambiente en el contexto americano y sus consecuencias en la gestión de la diversidad por parte de los Estados latinoamericanos, este segundo capítulo pretende analizar cómo se articulan en la práctica los regímenes jurídicos propios reconocidos a los pueblos indígenas en Colombia y las instituciones y procedimientos generales de protección ambiental previstas.

Con este análisis se busca señalar cuales son las debilidades y los retos inherentes en el sistema actual. Además, y gracias a la doctrina jurisprudencial que se analiza, se apuntan posibles soluciones o interpretaciones que refuerzan, de manera indisoluble, la protección ambiental y la protección de los pueblos indígenas. No será objeto de este trabajo la valoración de los regímenes de protección de los pueblos indígenas en general, si no que se va a poner el foco únicamente sobre aquellos preceptos de las normativas que a continuación se analizarán que se relacionan con la protección del medio ambiente.

Respecto de esta cuestión, Gaona menciona como el hecho de tener presente y conocer esta relación existente entre pueblos originarios y medio ambiente resultan una condición *sine qua non* para lograr el pretendido respeto y realización de los derechos humanos de estas poblaciones:

«El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reiterado la íntima relación existente entre el derecho a la tierra y a los

recursos que se encuentran en ella y el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos, en tanto los primeros son elemento esencial para la consecución del segundo». (Gaona, 2013, pág. 10)

El presente apartado se estructura de la siguiente manera: En primer lugar, se hablará de los regímenes de protección de los pueblos indígenas que existen en el panorama internacional y de los cuáles Colombia forma parte. Se analizarán, específicamente, los que se refieren a su relación con la naturaleza. En segundo lugar, se pasará a analizar el ordenamiento interno colombiano. Se observarán los regímenes de protección de los pueblos indígenas y los mecanismos e instituciones de protección ambiental que ha ido aprobando el Estado colombiano. A partir de este análisis se apuntarán los principales retos a los que deben hacerse frente relativos a la protección del medio ambiente. A todo ello se añadirá la doctrina jurisprudencial de los pronunciamientos más notables de los tribunales colombianos en la materia y que están sirviendo a los efectos de superar estas las eventuales carencias del sistema de protección del medio ambiente colombiano, ofreciendo soluciones a las tensiones y debilidades previamente anunciadas.

3.1 Regímenes internacionales de protección de los pueblos indígenas y su relación con la naturaleza aplicables en Colombia

A diferencia de lo que ocurre con otras materias, en lo que se refiere a la protección jurídica de los pueblos indígenas, sus inicios se dieron antes en el panorama internacional que en el plano estatal. Desde mediados del siglo XX, organismos y entidades supranacionales comenzaron a desarrollar textos jurídicos con el objetivo de proteger a los pueblos indígenas de los abusos históricamente cometidos contra ellos por los regímenes coloniales y postcoloniales. Aunque se pueden buscar orígenes anteriores²⁵, el primer gran texto en el que se propusieron unas bases mínimas para tratar de garantizar la protección de las personas indígenas en todo el planeta fue el Convenio nº107

²⁵ Véanse las aportaciones hechas por pensadores tales como Fray Bartolomé de las Casas, Pedro de Córdoba o Vasco de Quiroga entre otros.

adoptado bajo los auspicios por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957²⁶. Además, este texto es destacable a los efectos de este trabajo porque es el primer texto internacional al que se adscribe el Estado colombiano²⁷ en relación con la cuestión de los derechos de las personas indígenas.

Hágase notar que en se ha hablado de personas indígenas y no de pueblos indígenas. Esta decisión de utilizar el término persona, en lugar del que se ha venido utilizando hasta ahora, pueblos, no es casual. La utilización del término persona al hablar del Convenio de 1957 resulta más acertada a la hora de mostrar cuál es el enfoque que en éste se da a la cuestión indígena, y en general, al modo en el que en la época en la que se firma el citado convenio se entendía y gestionaba la diversidad. De la lectura de este documento de mediados del siglo XX destaca de manera predominante la idea de que la solución para que las personas indígenas dejen de estar en situación de desigualdad, pobreza y exclusión es que estas personas dejen, precisamente, de ser indígenas. Desde el enfoque que mantiene el Convenio, el problema de las personas indígenas es que practican una cultura (la propia de los indígenas) que es atrasada y poco evolucionada. En el artículo primero del Convenio se recoge esta idea de la siguiente forma:

«Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

- (a) a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;» (OIT, 1957, Pág. 7)

²⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 107) sobre pueblos indígenas y tribuales*, 26 Junio 1957, C107, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbf26a.html> [Accesado en septiembre de 2023]

²⁷ Es en el año 1969 cuando Colombia ratifica el Convenio y este empieza a tener efectos en su territorio.

Por este motivo, desde el Convenio se propone que la solución a esta situación de desigualdad pasa por crear las condiciones adecuadas para que las personas indígenas puedan *superar* su cultura atrasada e incorporarse a la cultura mayoritaria y evolucionada (occidental-liberal) del país. Estas ideas de la aculturación y la asimilación cultural dominaron el panorama de las ciencias sociales desde que terminó la II Guerra Mundial y hasta finales del Siglo XX²⁸.. Con el fin de ilustrar con claridad el enfoque del convenio respecto al tratamiento de la diferencia, así como para entender cuál era el discurso de la asimilación como remedio para los problemas de la diversidad, se citan a continuación algunos apartados del texto de 1957:

«Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población (...)

Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo (...)

²⁸ La preminencia de estas ideas se entiende en un contexto en el que, tras el obligado rechazo a las teorías raciales que fundamentaron ideológicamente el nazismo, las ciencias sociales siguen observando la existencia de grandes desigualdades y exclusiones. En la búsqueda que la sociología, la antropología, la ciencia política e incluso el derecho hacen con el objetivo de encontrar explicaciones con las que entender estas desigualdades, y una vez que se han descartado los motivos biologicistas, las culturas se convierten en el nuevo chivo expiatorio que explica las desigualdades. En concreto, se plantea que existe un recorrido histórico-evolutivo cultural universal. A este respecto, cuando se detectan desigualdades que afectan a grandes grupos de personas que comparten características, como las culturales (por ejemplo, como ocurre en el caso de las personas indígenas) esto debe achacarse a que su cultura se encuentra en un momento evolutivo anterior al de las sociedades modernas y evolucionadas.

Artículo 10. 2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones». (OIT, 1957, Pág. 2 y 15)

La preminencia de este carácter *asimilacionista* y de la voluntad de erradicación de la diversidad es tan evidente que en el propio prólogo del Convenio 169 de la OIT de 1989, Convenio que viene a sustituir el de 1957, se recoge que «Considerando la evolución del derecho internacional desde 1957 (resulta) aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores».

La relevancia de destacar el enfoque con el que se escribió el Convenio 107 a los efectos de este trabajo la encontramos en el hecho de que este plantea un modelo único de sociedad, entendiendo esta como una agregación de individuos-ciudadanos, sin llegar a comprender en ningún momento, ni siquiera pretenderlo, la posibilidad de que existieran modos de organización social y cosmovisiones distintas²⁹. Esta falta de comprensión se plasma especialmente en el título del Convenio, el título denominado: *Parte II. Tierras*. En esta parte del tratado se pretende dar una respuesta a cómo proteger a las personas indígenas en relación con su ocupación de la tierra. Como se ha visto en el apartado anterior, una comprensión real de la cosmovisión indígena implica que la protección y la garantía de derechos para estos pueblos, pasan por blindar sus territorios. Esto es así por la relación irrenunciable e indisponible que los

²⁹ En el convenio de 1957 se habla de miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales, es decir, de individuos, cuya única diferencia a nivel conceptual respecto de los individuos occidentales está en que se desarrollan en una cultura distinta. Como se ha comentado anteriormente, después de que Europa viese con horror lo que las teorías de la diferencia racial podían generar, era necesario proclamar la igualdad de todos los seres humanos, de ahí esta igualdad conceptual entre individuos. Sin embargo, como ocurre en este caso, el pretendido «individuo» neutro, único y genérico al que simplemente, como si se tratara de un vestuario, se le viste con una u otra cultura, es una forma de entender al individuo que lejos de ser universal, nace de la tradición de pensamiento liberal-occidental. Esto genera problemas en la comprensión de los pueblos indígenas. Las personas indígenas son, sí, seres humanos iguales a los de cualquier otra cultura, sin embargo, como se vio en el apartado anterior al hablar de la cosmovisión indígena, les resulta ajeno pensarse a sí mismos en tanto que «individuos», en tanto que entes individuales. Los pueblos indígenas conforman un todo entre ellos, con su entorno y con otros seres sintientes no humanos.

pueblos indígenas tienen con su entorno. La tierra donde viven los pueblos indígenas no es un simple medio físico, acúmulo de recursos, si no que en estos territorios se arraigan sus deidades, sus mitos, sus sentidos y orientaciones de presente y futuro como pueblo. Pues bien, en el apartado del Convenio 107 dedicado a la Tierra, en ningún momento se plasma esta concepción. De hecho, se reduce la protección ofrecida a una dinámica compensatoria similar en planteamiento y concepción a la propuesta por la figura de la expropiación y su correspondiente valoración y pago de *justiprecio*. De lo expuesto hasta el momento en relación con el Convenio 107, puede verse que este representó, en su momento, un inicio para la necesaria protección de los pueblos indígenas. Sin embargo, pronto una creciente autoorganización política de estos mismos pueblos, y su afirmación en tanto que sujetos políticos, avanzaron en las exigencias y conquistas de nuevos derechos.

En el año 1989, la OIT, convocó en Ginebra su conferencia general anual en la que, contando con la participación de representantes gubernamentales, representantes de empleadores, y con la participación también de líderes indígenas, adoptó el ya previamente citado Convenio 169 de la OIT. Este Convenio, que sigue vigente en la actualidad, es un instrumento muy completo en el que la protección planteada para los pueblos indígenas parte, esta vez sí, de un intento de comprensión de la diferencia. Este Convenio fue ratificado por Colombia en 1991 y es de una importancia crucial para este país por cuanto asentó los principios básicos de protección de los pueblos indígenas y su relación con el medio natural. Estos principios básicos supusieron la base para el desarrollo complementario de la protección a nivel interno de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicamente diferenciadas en Colombia, tal y como se verá a continuación.

Así, el Convenio 169 de la OIT planteó un enfoque radicalmente distinto al de la aculturación y la asimilación planteado por su predecesor. Este cambio de enfoque y el planteamiento de un nuevo paradigma de protección se plasma con claridad en el propio preámbulo del Convenio:

Considerando X

«El Convenio núm. 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan».

Este nuevo enfoque parte de una concepción de reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos con deberes y derechos iguales al resto de pueblos del mundo. Dentro de este reconocimiento de deberes y derechos, uno de los reconocimientos que mayor importancia tiene es el derecho (recogido en el propio preámbulo del Convenio 169 OIT) a «decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.»

Con el objetivo de estudiar con más detalle los contenidos del Convenio 169 OIT, a continuación, se destacarán algunos de los artículos clave de este documento. En primer lugar, conviene destacar el art. 1 del Convenio 169 que, a diferencia de su predecesor, ya no habla de *personas pertenecientes a*, si no que habla de *pueblos indígenas* en tanto que sujeto político colectivo. A partir de esta concepción y partiendo de una visión en la que se tiene en cuenta el dominio económico, político y cultural de la sociedad no indígena en aquellos países en los que conviven ambas colectividades, el Convenio 169 se encarga de imponer obligaciones de preservación a los Estados. Si antes encontrábamos un incentivo para que los estados creasen las condiciones que facilitasen la aculturación y posterior incorporación de las personas indígenas a la cultura mayoritaria, ahora vemos como en los artículos de la primera parte del Convenio se busca asegurar que el Estado respete las instituciones y dinámicas de los pueblos indígenas:

Artículo 2:

«1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción

coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (...).».

Precisamente este nuevo enfoque que busca garantizar la igualdad en la diversidad es la clave de bóveda del sistema que vincula la protección de los pueblos indígenas con los regímenes de protección ambiental, y de la realización de esta idea depende el éxito o el fracaso de la correcta articulación entre ambos regímenes. Que el Estado alcance un nivel alto de realización de este «deber de garantizar la integridad de los pueblos indígenas» a través de, si fuera necesario, *medidas especiales* (artículo 4 del Convenio 169), será lo que permitirá que el régimen general de protección ambiental tenga una adecuada implementación.

Como ya se ha comentado, en Colombia, tanto las fuentes de derecho internacionales como las internas asientan en los tres pilares de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia ambiental la protección jurídica del medio ambiente. Teniendo esto en mente, se entiende la importancia de aplicar *aquellas medidas especiales* necesarias para permitir que las poblaciones indígenas y afrodescendientes, para las que las fórmulas de participación liberal-occidentales son ajenas (comunicación individuo-administración pública mediante procedimientos burocráticos), puedan ejercer sus deberes y derechos de vigilancia y protección de los recursos naturales de los que dependen. Gaona destaca esta idea haciendo mención del artículo 7 del Convenio 169 OIT:

«El artículo 7.1 contiene uno de los más importantes principios de este convenio, y proporciona un marco dentro del cual los otros artículos pueden ser interpretados al establecer que: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural». (2013, pág. 18)

Sin duda, ese «derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida que éste afecte (...) a las tierras que ocupan», resulta ser una conexión directa con el principio 10 de Río, y con la normativa vigente en Colombia en materia de protección ambiental³⁰.

³⁰ Al respecto de esta cuestión voy a compartir un ejemplo práctico vivido durante el desarrollo del proyecto *Conocer Escazú*. Este ejemplo ilustra perfectamente la fina línea que separa una implementación exitosa de las normas de protección ambiental, de la mano de una protección exitosa de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, de un fracaso absoluto, tanto en un objetivo como en el otro. Cuando a lo largo del año 2022 se estuvo preparando el proyecto y su implementación, la idea era la de que las personas de la comunidad afrodescendiente de Bahía Solano (alrededor del 90% de la población), generasen, con el acompañamiento de personas con conocimientos jurídicos y técnicos de la zona, unos protocolos de vigilancia propios que, aplicando los principios del Acuerdo de Escazú, les permitieran llevar a término el *acceso a la información ambiental, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental*. Las estrategias, técnicas y protocolos de monitoreo y vigilancia comunitaria que permitiesen que las personas de Bahía Solano ejercieran sus derechos ambientales solo podían salir de escuchar a la comunidad. Trabajar con una población que siente una distancia tan grande y, en muchos casos, un desconocimiento casi absoluto de las instituciones ambientales oficiales y de los cauces básicos de funcionamiento de las administraciones públicas en su relación con la ciudadanía en ambientes occidental-liberal, no convierte a estas poblaciones en *inhábiles* o *inútiles* para la protección ambiental, sino que plantea el reto de saber garantizar los derechos atendiendo a sus dinámicas culturales y políticas. Por ejemplo, en el caso de las comunidades afrodescendientes, como es el caso de la población de Bahía Solano, allí tienen gran importancia la figura de los *Consejos Comunitarios*. Más adelante se hablará de esta institución y de la ley que la regula. El proyecto, para poder desarrollar la labor que tenía prevista, debió partir precisamente del diálogo con estos Consejos Comunitarios, pues no hubiera sido una entrada adecuada ni estratégicamente valiosa el haber tratado de contactar en primer lugar con la alcaldía o con Codechocó. Tanto la Alcaldía como Codechocó resultan ser entes políticos mucho más ajenos de lo que son los Consejos Comunitarios. Sin embargo, la realidad de muchos Consejos Comunitarios en algunas regiones es que no conocen los procedimientos y legislaciones estatales y por tanto, no se establece el puente necesario que asegure la garantía de la consecución de derechos para todas las poblaciones (también las culturalmente diferenciadas). Las personas de la comunidad de Bahía Solano, ante un problema ambiental acuden a los Consejos Comunitarios, y estos, en muchos casos por desconocimiento, por falta de formación facilitada por el estado, no dan una respuesta adecuada ni aprovechan los cauces que la legislación ha abierto para la efectiva protección del medio ambiente.

Así pues, en la *Parte II Tierras* del Convenio 169, sí que encontramos un enfoque que se centra en comprender y reconocer la cosmovisión indígena como la clave que explica la relación entre el medio ambiente y estas poblaciones:

«Artículo 13 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación».
(OIT, 1987, pág. 37)

En esta misma línea, a lo largo de esta Parte II del Convenio donde se vinculan derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza, encontramos una mención al derecho a la propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas y/o utilizadas por los pueblos indígenas así como la obligación del estado de

Cuando en el seno del proyecto observamos esto, tras meses de contacto con personas de la población, consejos comunitarios y entidades políticas, una de las entidades participante en el proyecto decidió que el proyecto debía centrarse en *hacer llegar la alarma* de lo que estaba ocurriendo en la zona, de los problemas ambientales que se estaban produciendo (sobrepesca y, consecuentemente, riesgo para el equilibrio ecosistémico de la zona y para la supervivencia de las poblaciones humanas que veían su soberanía alimentaria amenazada). Esta decisión fue apoyada por el resto de entidades promotoras del proyecto, debido a la larga experiencia y trayectoria de quién lo propuso. Así, el proyecto dedicó sus esfuerzos en terreno a movilizar a la comunidad para que firmara un manifiesto de denuncia dirigido al más alto nivel político de la nación, el Ministerio de Agricultura y Pesca y el Ministerio de Medio Ambiente.

Tras la finalización del proyecto y habiendo recogido el feedback de personas de la comunidad, así como las propias percepciones que tuvimos en los encuentros que mantuvimos con las personas, nos dimos cuenta de que la estrategia seguida había «atropellado» a la comunidad. Se aplicó un instrumento de denuncia política que resultó absolutamente ajeno a las prácticas diarias de la comunidad. Se pensó que una llamada de atención, que es una estrategia muy utilizada en ambientes ciudadanos, donde la alta concentración de población (y su traducción en votos), genera un efecto que asusta a los políticos, funcionaría también en este caso.

Más allá de si fue o no la mejor estrategia, el mejor medio para un fin, lo que está claro es que fue un medio que se hizo sin contar con la comunidad, y por tanto, que no permitió una verdadera protección de los pueblos indígenas ni, en este caso, comunidades afro, desde lo que significa la verdadera comprensión de la igualdad en la diversidad. Además, por lo que se refiere a la protección del medio ambiente, a día de hoy, las personas de la comunidad con las que seguimos en contacto nos cuentan que siguen enfrentando los mismos problemas y amenazas de antes, y, lo más grave, que continúan sin saber que hacer en respuesta. A espera de un gobierno nacional que escuche y aplique, de arriba abajo, alguna solución que pudiera beneficiarles, la incapacidad del proyecto de *implementar medidas especiales*, de pensar más allá de las soluciones importadas de los ambientes urbanos, ha supuesto una insatisfactoria aplicación del *Acuerdo de Escazú*, de la protección de los derechos humanos y del aseguramiento de las condiciones que permiten la vida de las poblaciones afrodescendientes e indígenas de la zona.

prever mecanismos que garanticen la reivindicación de esta propiedad (artículo 14 del Convenio). En el artículo siguiente (artículo 15 del Convenio) se recoge, una de las cuestiones más problemáticas en lo que se refiere a la tensión que podría aparecer entre los intereses del estado y los intereses de los pueblos indígenas. En concreto, en este artículo 15 se habla de la capacidad de decidir sobre el destino de los recursos naturales presentes en un territorio indígena. En concreto se recoge que los derechos de los pueblos indígenas a este respecto *comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*. Acto seguido, en el apartado segundo de este artículo 15 se matiza que cuando, como es el caso de Colombia³¹, esos recursos sean propiedad del estado, éste únicamente quedará obligado a:

«Establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados (...) antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras».

Este segundo apartado del artículo 15 restringe la obligación del estado para con los pueblos indígenas en relación a la gestión de los territorios propiedad de estos últimos a un procedimiento de consulta. Como consecuencia, en la práctica se ve afectada en gran medida la capacidad real de estos pueblos para *decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo* (contenido del artículo 7 del Convenio ya previamente citado), pues si bien deben ser consultados, no se les reconoce la capacidad de oponerse/vetar cualquier decisión que el estado quisiera tomar en relación con la explotación de recursos naturales. Esto sería así aún en el caso de que la explotación pretendida de

³¹ En la Constitución Política de Colombia de 1991 se recoge respecto de la propiedad de los recursos naturales:

Artículo 332: El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Artículo 80: El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

algún tipo de recurso (minerales, recursos pesqueros, recursos fósiles) supusiera la destrucción de las tierras ancestrales de algún pueblo indígena. Más adelante se volverá sobre este tema que, como puede advertirse, parece ser una debilidad del modelo en lo que al carácter garantista de protección ambiental y de los pueblos indígenas se refiere. Sin embargo, los tribunales colombianos han realizado, en ocasiones, ponderaciones de derechos que han terminado en interesantes conclusiones a favor de la protección de la naturaleza y la garantía de supervivencia de los pueblos indígenas.

Tras la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, fueron muchos los Estados que se adhirieron, suponiendo esto un gran crecimiento en las normativas internas de los países en lo que respeta a la protección de los pueblos indígenas. Este es sin duda el caso de Colombia, donde en el año 1991 se aprobó, por un lado la Ley 21 de 1991³² referida a los pueblos indígenas, y por otro, la ley 70 de 1993 referida a las comunidades afrocolombianas³³. Ambas leyes se promulgaron bajo el marco jurídico que asentó la denominada Constitución Política de Colombia (en vigor hasta el momento) y que fue aprobada en 1991³⁴. Los principios, derechos y obligaciones contenidos en esta Constitución de 1991 son, hasta la actualidad, los pilares básicos y fundamentales de la protección de los pueblos indígenas (y de las comunidades afrocolombianas) y de la conservación del medio ambiente. Más adelante se analizará con mayor detalle esta normativa interna.

Continuando con el análisis, , tras la aprobación e incorporación al ordenamiento jurídico colombiano del Convenio 169, este se ha mantenido en vigor hasta la actualidad. Con la entrada del Siglo XXI, sin embargo, han sido varios los textos

³² Ley 21 de 4 de marzo de 1991 *Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989* (Diario Oficial No. 39.720, de 6 de marzo de 1991.).

³³ Ley 70 de 31 de agosto de 1993 *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política* (Diario Oficial No. 41.013, de 31 de agosto de 1993.)

³⁴ Constitución Política de Colombia [Const] de julio de 1991 (Colombia).

que a nivel internacional han reforzado y, en cierta medida, desarrollado o ampliado este Convenio de 1989.

En el año 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena. Si bien en el momento de la aprobación, el Estado colombiano se abstuvo de votar a favor argumentando que la legislación interna colombiana ya recogía los derechos que se recogían en esta, algunos años después (2010), Colombia cambió de postura y decidió apoyar la Declaración adhiriéndose a ella³⁵. Respecto del contenido de esta declaración de las Naciones Unidas, dos son las cuestiones que resultan destacables. En primer lugar, y siguiendo la línea de lo ya comentado en relación con el Convenio 169 de la OIT, la Declaración da gran importancia al derecho a la participación (y por tanto, intrínsecamente ligado, al derecho al acceso a la información que permita esta participación) como derecho instrumental o estratégico que sienta las bases para el cumplimiento del resto de los derechos recogidos. En este sentido, ya en el preámbulo la Declaración recoge que:

«Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades».

Destacan, en este sentido, su art. 18, donde se recoge el derecho de los pueblos indígenas a participar en aquellas materias que los afecten, y el artículo 32.1 de la misma, donde se establece el derecho que estos pueblos tienen a determinar y elaborar estrategias propias de desarrollo. Paralelamente a estos dos artículos, y como segunda idea y aportación clave y diferencial de esta Declaración respecto a los documentos ya comentados que la preceden, está el

³⁵ Este cambio de postura fue, en parte, una respuesta del legislativo y el ejecutivo colombiano al llamado realizado por la Corte Constitucional de Colombia en su Auto 004 de 2009, donde apelaba para que todas las instituciones y entidades del Estado con competencias en cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas, diesen cuenta de todas las acciones que realizaban y llevaban a cabo para protegerlos.

pronunciamiento específico acerca de que el derecho a participar conlleva, implícitamente, una obligación de responsabilizarse de aquello en lo que se participa. En esta línea, es importante destacar el artículo 25 de la Declaración por cuanto al pronunciarse específicamente sobre «el derecho a asumir responsabilidades (...) para con las generaciones venideras», amplía la profundidad conceptual del derecho de participación previamente reconocido. Esta profundización en el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujeto político, donde se pasa de reconocerlos únicamente como portadores de derechos, a comprenderlos, en igualdad, como sujetos políticamente responsables, fortalece enormemente la conceptualización que desde las tradiciones liberal-occidental se tiene de la relación existente entre la naturaleza y los pueblos indígenas. Esta asignación de responsabilidades aleja la percepción del buen salvaje, del indígena que solo por falta de civilización vive en la naturaleza, e inaugura el camino para la comprensión del carácter biocéntrico de la cosmovisión indígena, y de la asunción y el desarrollo a nivel jurídico del concepto de derechos bioculturales. Es fundamental comprender que es el hecho de, por fin, imponer obligaciones al tiempo que se reconocen derechos, lo que abre la puerta a este nuevo escenario.

Continuando con el repaso al panorama internacional de la normativa que conforma el marco regulatorio de los derechos de los pueblos indígenas y su relación con la protección del medio natural, en el año 2016 es aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*³⁶. Esta declaración se proclama con el interés principal de fortalecer las alianzas estratégicas entre los países del continente americano, consolidando y reforzando los derechos y deberes de los pueblos indígenas ya presentes en los textos previamente comentados. Sin embargo, este instrumento sí que trata de ir un paso más allá en lo que respecta precisamente a la posibilidad de los pueblos indígenas de ejercer soberanamente sobre sus territorios. Se reconoce el derecho a ser informados,

³⁶ Organización de Estados Americanos (OEA), *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 15 de Junio de 2016. Disponible en esta dirección: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>

participar y acceder a la justicia de los pueblos indígenas, y, con especial énfasis, se insiste en que este derecho a ser informados y a la participación deben ser garantizados por el Estado de manera previa a cualquier decisión que pudiese afectar a los territorios y/o a los recursos naturales que estuvieran en territorios tradicionalmente ocupados por pueblos indígenas. Esta previsión era, sin embargo, siempre restrictiva, pues limitaba en cualquier caso que este derecho *a ser consultados y a participar*, pudieran suponer un veto real a la toma de decisiones por parte del estado.

Respecto de esta cuestión, la *Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas* propone un pequeño avance. Manteniendo la obligación de que los Estados aseguren el derecho de los pueblos indígenas a ser informados y a poder participar, en el art. 29, apartado cuarto se recoge lo siguiente:

«Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo».

A pesar de que en una primera lectura puede parecer que este apartado del art. 29 no hace sino repetir lo ya establecido en los textos previamente estudiados, la introducción de la expresión «a fin de obtener su consentimiento libre e informado» es el matiz diferencial que abre la puerta a que pueda darse una interpretación en la cual se reconozca a los pueblos indígenas un verdadero derecho a veto. El análisis de este apartado 4 del artículo 29 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas resulta fundamental para este trabajo puesto que precisamente Colombia, en vistas de lo que esta posibilidad de derecho a veto podría suponer, decidió pronunciarse en contra y no someterse a este apartado. A continuación se reproducen los argumentos que el Estado colombiano dio para no quedar vinculado a este apartado:

«El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del Artículo XXIX, numeral 4 de la Declaración de los Pueblos Indígenas de la OEA (...) Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia (...) Colombia, consagra constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de toda la nación. Por esta razón, las disposiciones contenidas en este Artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional».

Como puede observarse, en esta objeción presentada por el Estado colombiano, se plasma de una manera muy clara la tensión que plantea el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, y en este caso, el potencial reconocimiento de derecho a veto, frente al monopolio de poder en el que se fundamenta la propia noción del estado liberal-occidental. En la objeción que el estado colombiano presentó frente a este artículo, se plasma la amenaza que la idea de reconocer plenamente la soberanía de los pueblos indígenas, llegando hasta la consecuencia de permitir una verdadera capacidad de decisión de estos pueblos sobre sus territorios, representa para el propio estado. Este reconocimiento sería incompatible con los principios del estado liberal-occidental, pues abriría la puerta a la existencia de un contrapoder paralelo o dentro del estado que pondría en peligro el propio funcionamiento y fundamento de este (el imperio de la ley -única-, la igualdad ante la ley -única-, y la separación de poderes -competencial entre ellos y jerárquica y unicéfala en cada uno de sus órdenes).

Para finalizar este apartado, el último texto que a nivel internacional resulta clave para comprender la protección jurídica del medio ambiente en su relación con

los derechos y obligaciones garantizados a los pueblos indígenas es el *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*³⁷³⁸. El motivo por el que se analizará este acuerdo pero no se hablará sobre otros documentos internacionales anteriores en materia ambiental, es porque es precisamente el Acuerdo de Escazú el que recoge de forma magistral la idea de la vinculación entre los derechos humanos y los derechos ambientales. Partiendo de esta vinculación, una de las características fundamentales del Acuerdo, y lo que hace, a su vez, que éste sea tan relevante a los efectos de este trabajo, es que todo el texto se desarrolla a partir de la idea de no dejar a nadie atrás. Esta expresión aparece en el propio preámbulo del Acuerdo, y se utiliza para referirse a la idea ya previamente comentada de que cualquier régimen social, jurídico o político, (en este caso un régimen jurídico de protección ambiental) debe tener en cuenta como punto de partida el contexto en el que se desarrolla. El contexto americano, es un contexto en el cuál las desigualdades atraviesan de forma muy profunda las sociedades de esta región. De entre estas desigualdades estructurales, sin lugar a duda, una de la más fuertes es la que continúa existiendo entre las poblaciones indígenas (y otras comunidades étnicas) y las sociedades pertenecientes a la mayoría cultural del país. Esta, junto con otras ideas que a continuación se comentarán, es la idea clave que hace cobrar gran relevancia a este Acuerdo.

El *Acuerdo de Escazú*, fue aprobado en el año 2018 por un conjunto de países de América Latina y del Caribe quienes, tras la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), decidieron comenzar a trabajar por la aprobación de este tratado internacional. Este Acuerdo se aprobó en 2018, aunque en el caso de Colombia, no fue ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico interno hasta 2022. El hecho de que el Acuerdo de Escazú no suponga grandes novedades a nivel sustantivo respecto

³⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* (LC/PUB.2018/8/Rev.1), Santiago, 2022

³⁸ De ahora en adelante *Acuerdo de Escazú*.

de los derechos y obligaciones que ya muchos estados americanos tenían recogidas en sus legislaciones internas, no debe impedir que se valore la gran trascendencia que tiene este Acuerdo en el contexto americano.

En el párrafo anterior se ha destacado ya una de las ideas claves contenidas en el Acuerdo de Escazú: el enfoque de no dejar a nadie atrás. Vinculado con esta idea, está otra de las potencialidades fundamentales que presenta el Acuerdo: en su art. 14, el Acuerdo de Escazú recoge la creación de un Fondo de Contribuciones Voluntarias. La creación de un fondo económico que ayude a financiar, a nivel estatal, la implementación y cumplimiento efectivo de los derechos y obligaciones que impone el Acuerdo resulta clave en un contexto donde algunos países cuentan con recursos muy limitados. Habida cuenta de que la característica principal de los derechos de información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental es que son derechos instrumentales, es preciso considerarlos derechos de *medios* y no de *finés*, y para su realización imponen una inversión económica importante (formación de personal público que atienda las peticiones, desarrollo de plataformas donde se comparta la información, promoción del propio Acuerdo entre la población etc.). Así pues, el Acuerdo de Escazú resulta clave por cuanto refuerza el apoyo y el desarrollo de una estructura institucional, tanto a nivel organizativo como a nivel económico, que ayude a los países a implementar, no solo lo previsto en el acuerdo, si no lo que en la mayoría de casos ya se encontraba recogido de forma más o menos completa en sus legislaciones internas.

Además de este refuerzo del multilateralismo y el apoyo institucional y económico que el Acuerdo brinda a los Estados parte, el Acuerdo de Escazú es fundamental por cuanto es el primer tratado internacional que establece derechos y obligaciones para proteger a las personas defensoras de derechos ambientales. Esta cuestión es especialmente interesante teniendo en cuenta la situación de las personas defensoras de DDHH en Colombia, que como ya se ha visto, sufren un elevado nivel de violencia en dicho país, especialmente los líderes indígenas o comunitarios..

Así pues, el Acuerdo de Escazú contiene en su propio enfoque y desarrollo, permeando cada punto, una gran consciencia de la relación existente entre la justicia social y la denominada justicia ambiental. En este sentido, se comprende de la lectura del Acuerdo que no puede pensarse en una protección ambiental real si no se centra el esfuerzo en conseguir que toda la población pueda participar en su defensa. En este sentido, son varios los artículos (artículos 4.3, 4.5, 4.6, 6.6, 7.10, 7.13, 7.14 y, en especial, el 7.15) que centran sus esfuerzos en asegurar que los derechos de acceso a la información, participación y acceso a la justicia (todos ellos derechos contenidos y clave en la protección de los derechos de los pueblos indígenas previamente estudiadas), sean realizados también para aquellos estratos de la comunidad que tenga especiales dificultades de acceso: Art. 7.15. «En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales».

Teniendo lo dicho hasta el momento en relación con la articulación que se da entre los regímenes de protección de los pueblos indígenas y los regímenes de protección ambiental en el nivel internacional, a continuación, se analizará con más detalle la forma en que esta relación se ha plasmado y desarrollado en la legislación colombiana.

3.2 La protección ambiental y su articulación con la protección de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico interno de Colombia

En el apartado anterior se ha analizado el conjunto de textos jurídico que a nivel internacional han ido consolidando el reconocimiento de la relación existente entre los pueblos indígenas y la naturaleza. Como consecuencia de esta relación y partiendo de la idea de que la mejor estrategia para proteger el medio ambiente es la que se deriva de aplicar los tres derechos declarados en el Principio 10 de Río: el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia ambiental, se trata de analizar ahora como se ha dado la relación entre estas

dos realidades (la protección de los pueblos indígenas y la protección ambiental) en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

Para desarrollar este análisis del derecho interno colombiano, es necesario centrarse, en primer lugar, en su Constitución. La promulgación de la Constitución Política Colombiana en 1991³⁹ supuso un verdadero cambio en la orientación, tanto política como social, del Estado colombiano. No solo consolidó a Colombia como un estado social y de derecho si no que, en lo que a su relación con los pueblos indígenas implica, inauguró una nueva etapa de reconocimiento de estos pueblos en tanto que sujetos políticos. Filipo Ernesto Burgos Guzmán, abogado especializado en derechos indígenas, en su artículo titulado *las minorías étnicas en la Constitución Colombiana* (2003), recogió lo siguiente respecto de lo que esta nueva constitución significó para Colombia:

«La Constitución de 1886 partía de una concepción monocultural donde existía un solo pueblo, un solo Dios, una sola lengua, una sola familia y en donde la producción de normas jurídicas y la administración de justicia estaban en cabeza del Estado central. Dichos principios fueron tomados de la Revolución Francesa (...) donde bajo el principio de igualdad solamente se reconocían derechos independientemente de la pertenencia a un grupo, lo cual chocaba con la realidad sociológica de la existencia de diferentes comunidades dentro del territorio nacional (...) [A partir de la Constitución del 91] existen derechos universales asignados a los individuos independientemente de su pertenencia a un grupo, como también derechos diferenciados de grupo». (2003, pág. 2)

No obstante, como advierte Delgado Hernández, este nuevo reconocimiento está conceptualmente limitado a lo que la propia estructura y fundamento ideológico del estado racional-occidental puede asumir:

³⁹ De ahora: CP

«Lo que hace la constitución del 91 es renovar un pacto social de credibilidad y unidad nacional, en torno a la función del Estado, que previamente se había deslegitimado por reproducir históricamente relaciones de desigualdad social, impunidad, y corrupción. Es decir, a través de un pacto se firmó una nueva relación entre los sujetos y el Estado. Sin embargo, el anhelo de unidad nacional ya hacía ver sus condicionamientos pues, aunque en sus ideales pretendía la inclusión, su reconocimiento solo era legítimo en los marcos de acción que proveía el Estado» (Delgado Hernández, 2020, pág. 2)

En esta misma línea, en su artículo *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional* (2006), Frank Semper advierte sobre esta tensión existente entre el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y el propio fundamento del estado liberal-occidental, si bien, al mismo tiempo, señala las que pudieran ser las claves para superar estas contradicciones:

«Se aprecia el antagonismo entre la aspiración del Estado constitucional moderno a la unidad nacional, en particular en forma de unidad jurídica, y el postulado del pluralismo de derechos. La superación de este antagonismo y la confluencia de diferentes sistemas jurídicos presupone dos cosas: por un lado, un Estado constitucional democrático con instituciones que se acerquen a los indígenas y a sus ideas en forma comprensiva y brinden apoyo en caso de duda; por el otro, pueblos y organizaciones indígenas que puedan interpretar a las instituciones del Estado como propias y participen (tengan la posibilidad de hacerlo) en su desarrollo». (Semper, 2006, pág. 18)

Estas dos cuestiones, por un lado, que las instituciones estatales tengan la capacidad de acercarse a los pueblos indígenas y, por el otro lado, que estos lleguen a interpretar estas instituciones como propias representan dos retos clave sobre los que más adelante se profundizará. La insuficiente consecución

de estas dos cuestiones es, sin duda, uno de los puntos débiles del sistema de articulación entre el régimen de protección de los pueblos indígenas y el régimen de protección ambiental tal y como está funcionando hoy en día en Colombia.

Mientras que la CP recoge en sus postulados una apuesta clara por convertir a Colombia en un estado social y de derecho, no propone avances tan claros en lo que respecta a convertir a Colombia también un estado ambiental de derecho. A este respecto, resulta determinante el papel que están jugando los tribunales en la consolidación y el desarrollo de la protección del medio ambiente en tanto que derecho clave para asegurar los derechos fundamentales protegidos en la Constitución. Con este refuerzo jurisprudencial, Colombia está avanzando en la dirección de consolidarse como un verdadero estado ambiental y social de derecho.

Entrando ya en el análisis del texto que conforma la Constitución Política de 1991, a los efectos de este trabajo son varios los artículos que deben ser destacados. En primer lugar, en el apartado primero de la Constitución, aquél que lleva por título *Principios Fundamentales*, encontramos dos artículos, el artículo 7 y el artículo 8, que resultan de interés. Respecto del primero de estos artículos, el artículo 7 éste recoge que «El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana», seguidamente, en el artículo 8 se añade que «Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación». Esta obligación recogida en el artículo 8 relativa a la protección de los recursos naturales y culturales del país, se refuerza además con el apartado 5 del artículo 95 de la CP donde se añade que no solo *el estado* es responsable de esta protección, sino que hace extensible esta obligación a todos/as las ciudadanas. El hecho de que el texto recoja este reconocimiento de la realidad multiétnica y cultural del país, al tiempo que impone al estado la obligación de proteger dicha diversidad (junto con la riqueza natural), y que esto lo haga en el apartado de *Principios Fundamentales*, implica que estas dos ideas deberán permear la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano.

Además de estas dos disposiciones constitucionales al respecto del reconocimiento de los derechos indígenas, resulta clave destacar la denominada Ley 21 de 1991. Esta ley supuso la incorporación definitiva del Convenio 169 de la OIT y por tanto, la consolidación dentro del ordenamiento jurídico colombiano de cuestiones clave tanto para la protección de los pueblos indígenas como para la protección del medio ambiente, como es la obligación de consulta previa (artículo 7 de la Ley 21 de 1991) a los pueblos indígenas sobre todas aquellas cuestiones que pudieran afectar al medio ambiente en el que estos viven. También en esta línea, es de nuevo esta Ley 21 la que consolida el régimen de propiedad comunal de las tierras para las poblaciones indígenas (régimen de propiedad que se reconoce previamente en el artículo 63 CP). La consulta previa y la propiedad comunal son los dos derechos que en el ámbito de la protección de los pueblos indígenas actúan como nexo conector con el régimen de protección ambiental que propone el Acuerdo de Escazú (en desarrollo del Principio 10 de Río). De la validez y el funcionamiento efectivo de estos dos instrumentos depende que podamos hacer una valoración positiva o negativa de cómo funciona el régimen de protección ambiental en Colombia.

Antes de avanzar hacia el análisis de otros artículos contenidos en la CP es fundamental hacer antes una mención al estatus que reciben los denominados *pueblos afrocolombianos*. A lo largo de este trabajo se ha hecho mención a estos en algunos puntos, si bien, a raíz de la nomenclatura de la normativa analizada, toda ella relativa a *pueblos indígenas*, podría parecer que los *pueblos afrocolombianos* son una categoría política inexistente a nivel jurídico. Si se realiza una lectura detallada de la Constitución colombiana, podrá comprobarse que en esta no se hace mención alguna a estos pueblos afrocolombianos, sin embargo, esta ausencia fue superada con la promulgación en el año 1993 de la denominada Ley 70. En palabras de Burgos Guzmán:

«Si bien la Constitución no definió a las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 (...) lo hizo como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la

relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos” (...) Mediante dicha ley, a estas comunidades se les reconoció entonces el derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios en los cuales se encontraban asentadas y estableció que se trataban de territorios inembargables, inalienables e imprescriptibles (...) Este reconocimiento, según la Corte Constitucional, genera como consecuencia el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio; se les debe aplicar por lo tanto el Convenio 169 de la OIT, ya que cumplen con los requisitos para ser catalogados como grupo étnico». (2003, pág. 8)

En esta misma línea, la Sentencia de la Corte Constitucional T-955/03 fue clave para confirmar que respecto de la aplicación del Convenio 169 OIT, las comunidades afrocolombianas también eran sujetos a los que se les debía aplicar:

«La sentencia T-955 de 2003, interpretó de forma amplia el Convenio 169 de la OIT extendiendo su interpretación a las comunidades negras, consolidando con ello un enfoque biocultural al reconocer los vínculos de los modos de vida de los pueblos indígenas, tribales y las comunidades étnicas con los territorios y la utilización, conservación y administración de sus recursos naturales. Al respecto, señaló que “del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta”. Este carácter, reconocido alude a los

pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras».

La incorporación, tanto constitucional como legislativa, de las previsiones del Convenio 169 de la OIT, no solo a través del reconocimiento de derechos si no, especialmente, en la imposición de obligaciones (tanto al Estado como a la ciudadanía en su conjunto), implica una verdadera toma en consideración y cierta comprensión sobre la cosmovisión diferenciada a través de la cual los pueblos indígenas conciben la naturaleza. A este respecto, en relación con el reconocimiento de la propiedad comunal y, fundamentalmente, respecto de la obligación de consulta previa que se impone a cualquier operador que pretenda realizar un proyecto que pudiera afectar a poblaciones indígenas, debe tenerse en cuenta que la Ley 21 de 1991 dedica varios artículos a reforzar la obligación del Estado de asegurar que se lleven a cabo las adaptaciones que fuesen necesarias para que estas instituciones (propiedad comunal y consulta previa) supongan una garantía verdaderamente efectiva para el ejercicio de derechos por parte de las comunidades indígenas (art. 4.1, 6.1.b y artículo 7 de la Ley 21 de 1991). Carlos Salinas Alvarado, jurista colombiano experto en legislación administrativa y en derechos de los pueblos indígenas lo expresa del siguiente modo:

«El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes» (2011, pág. 7)

Todas estas previsiones legales se han ido incorporando de manera efectiva a las lógicas interpretativas que se aplican a la hora de resolver conflictos sociales, políticos y jurídicos. Esta influencia se hará evidente cuando a continuación se analicen algunas de las soluciones aportadas por la Corte Constitucional Colombiana en sus sentencias. En este análisis encontraremos pronunciamientos que suponen grandes avances en la protección conjunta del medio ambiente y de los pueblos indígenas y que son, por tanto, una señal de buen funcionamiento y potencial del modelo colombiano. Sin embargo, no siempre las interpretaciones jurisprudenciales ni las decisiones políticas o administrativas al respecto de la gestión y protección de la diversidad tanto natural como cultural, se encuentran alineadas con esta interpretación tan garantista. De igual manera que la Constitución y las leyes complementarias que se han citado recogen la institución de la *propiedad comunal* y la institución de la *consulta previa*, también encontramos en estos mismos textos los límites a estas garantías.

En este sentido, el artículo clave para entender esta limitación es el art. 332 de la CP. En él se recoge que «El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes». Así pues, si bien se reconoce como entidades territoriales propias los denominados resguardos indígenas⁴⁰ (art. 286 CP), y se reconoce dentro de estos el régimen de propiedad comunal, esta propiedad no alcanza a los recursos naturales no renovables ni al subsuelo (recursos mineros, recursos fósiles etc.) y, por tanto, no se reconoce a los pueblos indígenas capacidad de decisión respecto a las actuaciones que afecten a estos recursos. En los casos en los que se deban tomar decisiones que afecten a territorios indígenas (y a los recursos presentes en estos territorios), y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de consulta previa, será el Estado el que decidirá las actuaciones y los modos de explotación que se aplicarán sobre estos recursos. De igual modo que el art. 332 CP limita el alcance conceptual y restringe los efectos de la *propiedad comunal* reconocida

⁴⁰ Los resguardos indígenas son una figura legal que reconoce un tipo concreto de relación de los pueblos indígenas con sus territorios. Su definición se recoge en los artículos 69 y 329 y ss. De la CP.

a los pueblos indígenas, este artículo 332 CP también supone una limitación al alcance de los efectos que se le reconocen a la *consulta previa*. La principal limitación que afecta al alcance de la *consulta previa* es que esta no otorgará, en ningún caso, un derecho de veto. Son varios los autores que han dedicado sus estudios a exponer la distinción conceptual que existe entre *consulta previa* y *consentimiento previo*. En su artículo «La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia», Salinas Alvarado recuerda que mientras que la *consulta previa* se recoge en el Convenio 169 de la OIT (y en la Ley 21 de 1991), el *consentimiento previo*, que implicaría un verdadero poder de veto, se recoge únicamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, como ya se adelantó en el subapartado anterior, Colombia se opuso a su aplicación argumentando precisamente la propiedad estatal de los recursos y, en consecuencia, el derecho del estado a tomar decisiones sobre los recursos de su propiedad y sobre lo que considere que sea el interés general de la nación.

Además de esta consagración de la diversidad cultural y étnica como valor, y la imposición del deber de protegerla impuesto al estado y al conjunto de la ciudadanía, la CP también dedica algunos de sus artículos a definir el lugar que la protección de la naturaleza debe ocupar en el ordenamiento jurídico interno del país. El artículo fundamental en relación con la protección del medio ambiente, y a partir del cual se van proponiendo otros derechos y obligaciones asociados a esta protección, es el artículo 79 CP. En este artículo se recoge:

«Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines».

A todo ello, es preciso añadir que el art. 79 se encuentra en el Título II – Capítulo III, bajo la rúbrica: «De los derechos colectivos y del medio ambiente». Referirse a la ubicación de este artículo en el texto constitucional obedece al hecho de que, al igual que ocurre con muchas otras Constituciones de otros países, la CP recoge la totalidad de los derechos que reconoce en un mismo título, en este caso, el Título II. Sin embargo, dentro de este título, distingue categorías diferenciadas de derechos cuyas garantías y posibilidades de protección son también diferenciadas. Habida cuenta de que el acceso a la justicia en materia ambiental es uno de los pilares básicos recogidos en el Principio 10 de Río y extendido en el Acuerdo de Escazú, este es el motivo por el que resulta de tanta importancia conocer el tipo de garantías de defensa jurisdiccional que se atribuyen al derecho a un ambiente sano y a la participación ambiental recogida en el art. 79 CP. Será conociendo estas garantías de defensa jurisdiccional que podrá valorarse el grado en el que efectivamente se ha incorporado plenamente este pilar fundamental del Acuerdo de Escazú, y, en general, del modelo de protección ambiental previsto en el ordenamiento colombiano.

En relación con los mecanismos de tutela judicial asignados a cada una de las categorías de derechos en las que se divide el Título II de la CP, lo relevante a efectos de este trabajo es que, mientras que a los denominados derechos fundamentales se les reconoce la posibilidad de tutela a través de la conocida como acción de tutela (art. 86 CP), a los derechos colectivos (aquellos recogidos en el Capítulo III) entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente (art. 79 CP), se les reserva como mecanismo de impugnación la denominada *acción popular* (art. 88 CP). A este respecto, la jurista colombiana experta en derecho administrativo, Carolina Álvarez Casadiego (2022) lo expone del siguiente modo:

«La acción de tutela se encuentra reglamentada por el Decreto-Ley 2591 de 1991, que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política. Esta acción es procedente cuando se vulnere un derecho fundamental de carácter individual. Siendo el medio ambiente el objeto de estudio debemos preguntarnos: ¿procede la acción de tutela, como mecanismo para la protección del medio ambiente?»

(...) Como el medio ambiente es un derecho colectivo, podríamos afirmar que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para su protección; la Constitución Política en el artículo 88 consagró las acciones populares, hoy medio de control de protección de derechos colectivos, como el mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el espacio público, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.» (2022, pág. 5)

Teniendo en cuenta las pretensiones del presente trabajo, así como su extensión, solamente se expondrán, a continuación, las principales características de uno y otro medio con el fin de que se comprenda el mayor alcance de la acción de tutela respecto de la acción popular. Por lo que respecta a la acción de tutela⁴¹, este es un recurso que puede interponer cualquier persona, en cualquier momento y cualquier lugar y que será resuelto de manera preferente y en proceso sumario (máximo de 10 días) por la Corte Constitucional Colombiana. La resolución de esta acción de tutela contendrá una obligación de hacer o de no hacer que permitirá dar una respuesta casi inmediata a cualquier amenaza que pudiera estar produciéndose sobre un derecho fundamental. Por su parte, respecto de la acción popular⁴², para que esta se pueda ejercer requiere que la persona o personas hayan extinguido previamente la vía administrativa. Además, no se prevé para esta acción popular, ningún proceso sumario ni preferente, por lo que los tiempos de resolución del conflicto por parte de la justicia son mayores. Consecuencia de lo expuesto hasta el momento, este procedimiento resulta menos accesible de la acción popular implica una mayor demora y un mayor coste de recursos para aquellas personas que quieran ejercitarlo, y, consecuentemente, supone un medio de impugnación menos

⁴¹ Decreto 2591/91 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política

⁴² Ley 472 de 5 de agosto de 1998 *por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones* (Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998)

accesible, y, por tanto, menos apto para dar cumplimiento pleno al derecho de acceso a la justicia en materia ambiental.

No obstante, , en los últimos años hemos asistido a un cambio en el modo en el que los tribunales, y en particular la Corte Constitucional, entienden la pertinencia del uso de la *acción de tutela* respecto a la protección del medio ambiente. Al respecto de esta cuestión, Álvarez Casadiego recoge (2022):

«Respecto al tema de tutelar derechos ambientales, la posición jurisprudencial no ha sido uniforme. En un primer momento, la Corte Constitucional solo accedió a tutelar el derecho al ambiente cuando, bajo el criterio de la conexidad, la afección de este último podía llevar también la afectación de derechos constitucionales fundamentales. Posteriormente, la Corte se ha inclinado por afirmar que el derecho al ambiente sano es un derecho fundamental autónomo, como quiera que se trata del presupuesto para el ejercicio de la vida y el desarrollo del ser humano.» (2022, pág. 6).

Sin embargo, este cambio en la interpretación de la Corte no implica que se considere pertinente la acción de tutela para la protección de derechos colectivos, como los ambientales, en cualquier caso. La admisibilidad de dicha acción de tutela continuará estando sometida a los criterios comunes de inmediatez, legitimidad activa y subsidiariedad.

En los dos subapartados de este capítulo se han analizado las normas que respecto a la protección de los pueblos indígenas y del medio ambiente conforman el marco jurídico del ordenamiento colombiano. También en este capítulo se han puesto de manifiesto los principales puntos débiles que, o bien por problemas interpretativos o bien por las propias limitaciones que el legislador ha impuesto, podrían generar que todo el sistema no pasase de ser un sistema fallido repleto de intenciones y nada más allá de letras sobre un papel. En el subapartado siguiente se analizará el papel fundamental que en el sistema colombiano tienen los tribunales, y va a ser precisamente en los

pronunciamientos e interpretaciones que estos hacen que se va a identificar el motivo por el que, aún con dificultades, el modelo de protección de derechos ambientales y de los pueblos indígenas en Colombia es uno de los que mejor funciona y más garantista está resultando dentro del contexto americano.

3.3 El papel de la jurisprudencia en la consolidación del sistema de protección de los pueblos indígenas y de conservación ambiental en Colombia

Para hacer este análisis más exhaustivo, resulta imprescindible el análisis de la doctrina jurisprudencial de los tribunales colombianos, especialmente la de la Corte Constitucional. En este sentido, son varias las dudas acerca de los límites y de las interpretaciones relativas al régimen de protección ambiental y al tratamiento de las particularidades de los pueblos indígenas en tanto que sujetos políticos colectivos, sobre todo a la hora de pensar en la aplicación práctica de este régimen. Por todo lo anterior, en el presente apartado se va a exponer el papel fundamental que en el sistema colombiano juegan los pronunciamientos jurisprudenciales. En palabras de la propia Corte:

«Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela» (T-406, 1992, pág. 23). (...) Se aclara la naturaleza y el alcance del catálogo de los derechos fundamentales estableciendo

que por conexidad con un derecho fundamental también es posible proteger derechos económicos, sociales, culturales (artículos 42 y ss.), colectivos y del medio ambiente (artículos 78 y ss.) (...)»

Este papel interpretativo de la Corte Constitucional, y, en general, del resto de tribunales establece un marco de interpretación garantista para con la protección del medio ambiente y de los pueblos indígenas que cubre el sistema al completo. A través de los pronunciamientos jurisprudenciales, el sistema colombiano da solución a algunas cuestiones que ni el legislativo ni el ejecutivo habían terminado de concretar, convirtiendo el último de los tres pilares, el *acceso a la justicia en materia ambiental*, sin duda, en el pilar que mejor y más importancia tiene para evaluar el funcionamiento del régimen de protección ambiental colombiano.

A lo largo de los dos subapartados previos se han ido señalando alguna de las soluciones aportadas por la jurisprudencia en relación a, por ejemplo, la cuestión de la pertinencia de la utilización de la *acción de tutela* como mecanismo para la protección del medio ambiente. Referente a esta cuestión resulta destacable la argumentación que ofrece la conocida como *Sentencia del Río Atrato* (T-622/16). En esta sentencia se enumeran detalladamente los requisitos que deben comprobarse a la hora de valorar si resulta o no admisible el ejercicio de la acción de tutela en sustitución de la acción popular para los casos en los que se está denunciando la vulneración de algún derecho colectivo como es el caso del derecho a un medio ambiente sano. El primer requisito del que habla la Corte y que debe comprobarse para poder aceptar la utilización de la *acción de tutela* es el denominado *requisito de inmediatez*. Fue la Sentencia T-473/08 la que desarrolló este requisito en los términos de ofrecer a la Corte una serie de herramientas que conforman un «test» de inmediatez que permiten apreciar si se dan o no los motivos de urgencia que permitirían admitir la acción de tutela:

- (1) En el caso de inactividad tras el ejercicio violatorio, ¿existe un motivo que justifique dicha inactividad?,
- (2) En el caso de que hubiera habido inactividad, ¿esta inactividad ha vulnerado derechos de terceros?,
- (3) Debe existir un núcleo causal entre la vulneración de derechos y la actuación tardía de las personas

afectadas, (4) En el caso de que la violación ya se haya producido y la acción de tutela se interponga de forma reactiva, debe existir un vínculo claro entre dicha violación y el motivo por el que se decide interponer la acción de tutela. Con la valoración de estas cuatro cuestiones, el juez podría decidir sobre la proporcionalidad o falta de esta en la utilización por parte del demandante de la *acción de tutela*. Además, y al respecto de esta cuestión, también añade la Corte que, incluso en los casos en los que transcurriera un período de tiempo que claramente impidiera apreciar la inmediatez que se le supone a la *acción de tutela*, esto podría ser asumido en los siguientes casos: (1) Cuando se considera que el daño es de carácter permanente, (2) Cuando por las situaciones especiales de vulnerabilidad de la población afectada por la violación del derecho, sería injusto y desproporcionado asumirles la carga completa de actuar ante la justicia.

Otra de las cuestiones a las que desde la jurisprudencia se ha dado una respuesta más garantista de la que el legislador y el ejecutivo ofrecían es aquella que tiene que ver con detallar los términos en los que se debe considerar que la *consulta previa* se ha llevado a cabo de forma correcta. Sentencia paradigmática a este respecto, por el detalle con el que determina las condiciones y plazos en los que debe llevarse a cabo esta *consulta previa* es la Sentencia de la Corte Suprema T-547/10. En esta Sentencia, relativa a la construcción de un puerto marítimo, al recibir la *acción de tutela* promovida por una de las comunidades indígenas que habitaban la zona (una de las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta), la corte ordenó la suspensión de la puesta en marcha de las actividades que habían sido previamente autorizadas por una licencia ambiental conseguida por el promotor del proyecto. Tras ordenar la paralización, el tribunal se pronunció detallando: cómo debía producirse la consulta previa, en cuanto tiempo debía llevarse a cabo esta, de buena fe y utilizando los métodos adecuados que aseguren que puede llegarse a *la mejor solución posible contando con la opinión fundamental de la comunidad*.

Todavía respecto del desarrollo jurisprudencial que se ha ido produciendo al respecto del concepto de la *consulta previa*, resulta también fundamental la

Sentencia C-702/10 por cuanto supuso la ampliación del alcance de la *consulta previa*, que pasó de ser entendida como un requisito preceptivo en lo relativo a la puesta en marcha de proyectos, a ser un procedimiento también obligatorio en lo que a planes, programas y proyectos legislativos o reformas constitucionales se refiere. Fue esta sentencia la que obligó a que también estos proyectos legislativos, cuando afectasen a poblaciones indígenas y tribales, requiriesen para su tramitación la realización de una *consulta previa* en la que participaran las comunidades.

Por último, aunque siendo probablemente el mayor de los avances que la jurisprudencia ha desarrollado en relación con la protección efectiva, tanto de los pueblos indígenas como del medio ambiente, encontramos la utilización por parte de los tribunales y en concreto de la Corte Constitucional del concepto de *derechos bioculturales*. Sobre este concepto, de nuevo la conocida como *Sentencia del Río Atrato*, es el mayor y más claro exponente y supuso, además, una verdadera revolución en lo referente a las posibilidades que las comunidades indígenas tienen para hacer frente a amenazas ambientales. Como se verá a continuación, la Corte Constitucional utilizó el concepto de *derechos bioculturales* para defender la necesidad de proteger, de forma vinculada e indisoluble, un río y a la comunidad que en/de/por y para él vive. A continuación, se reproduce un fragmento de la *Sentencia del Río Atrato* en las que se expone de manera muy clara y evidente lo que significa el concepto de *derecho bioculturales*, y que resulta ser una la síntesis de la totalidad del presente trabajo:

«Los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe

entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente (...) la protección del medio ambiente sano del que son titulares estas comunidades está estrechamente ligada con la protección del territorio, ya que el medio ambiente sano va más allá de la simple diversidad biológica: es una condición necesaria para el goce efectivo del derecho al territorio. En este sentido, se entiende que contar con un medio ambiente sano es una condición necesaria para garantizar otros derechos fundamentales de las comunidades étnicas, como son: la identidad colectiva y la integridad cultural. Cuando las condiciones de deterioro ambiental del territorio no permiten a los miembros de una comunidad étnica contar con bienes individuales básicos como la salud y la integridad personal, estos se ven forzados a desplazarse a otras partes del país donde dichos derechos sí estén garantizados, o al menos no amenazados de forma directa. Por otra parte, este fenómeno del desplazamiento no sólo afecta las vidas de los individuos que parten de su tierra, también destruye el tejido social que mantiene unidas a las comunidades, aquel que permite mantener las tradiciones culturales y los diferentes modos de vida que son, en últimas, los que mantienen la vigencia del carácter pluralista del Estado colombiano, principio fundamental consagrado en el artículo 1º de la Carta. Por lo tanto, la protección del medio ambiente sano de las comunidades negras adquiere especial relevancia desde el punto de vista constitucional, dado que es una condición necesaria para garantizar la vigencia de su estilo de vida y de sus tradiciones ancestrales».

4. CONCLUSIONES

La protección jurídica del medio ambiente en el contexto americano es una cuestión compleja que debe conciliar la protección de los pueblos indígenas que habitan los territorios que se pretende proteger. A lo largo del presente trabajo se ha expuesto la transformación que se ha ido produciendo en el último medio siglo respecto del tratamiento y gestión que desde el estado se hace de la diferencia étnico-cultural. Este nuevo enfoque y el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales en tanto que sujetos políticos ha permitido comprender la relación diferenciada que estos mantienen con su territorio y con los elementos naturales que en él se encuentran. Al ser conscientes de esta cosmovisión distinta que rige las relaciones entre los pueblos indígenas y la naturaleza, se ha ido desarrollando, tanto a nivel internacional como nacional una serie de instrumentos cuyo objetivo es la protección de estos pueblos, de su identidad y de su modo de vida.

De manera paralela a este proceso de reconocimiento el mundo está viviendo en las últimas décadas un proceso en el cuál, ante la consciencia creciente de una crisis ambiental sin precedentes, se está produciendo un desarrollo en los instrumentos jurídicos de protección ambiental.

Teniendo en cuenta estas dos tendencias, aquella relacionada con la protección de los pueblos indígenas y la que se refiere a la naturaleza, y teniendo también en cuenta que se calcula que alrededor del 10% de la población americana es indígena y que el continente cuenta todavía con más de 500 pueblos indígenas distintos, con sus propias lenguas y culturas, los estados americanos han centrado sus esfuerzos en tratar de articular regímenes de protección que tengan en cuenta ambas tendencias. Al comenzar a analizar esta cuestión, en el presente trabajo se han intentado mostrar los puntos problemáticos existentes a nivel conceptual. Para ello, en el primer capítulo se ha tratado la cuestión de los límites y tensiones a los que una nueva gestión de la diversidad, cuando esta implica el reconocimiento de diversos sujetos colectivos políticos dentro de un mismo estado, puede llevar al modelo estatal liberal-occidental presente en los países americanos. Servía este primer capítulo para anunciar cuáles serían en

la práctica los puntos débiles que más tarde se encontrarían al analizar la legislación existente al respecto de la protección de los pueblos indígenas y la protección ambiental.

Tras la exposición general referida al continente americano en su conjunto que, en el segundo capítulo se centra el estudio en el caso concreto del régimen de protección ambiental y de los pueblos indígenas en Colombia. En este segundo capítulo se produce un doble análisis que atiende en primer lugar a la legislación vigente en Colombia pero cuyo origen es internacional, para pasar en segundo lugar a analizar el ordenamiento jurídico interno colombiano. En este segundo capítulo se han ido problematizando diversas cuestiones a las que la legislación por sí misma no podía dar solución. Estas problematizaciones planteaban límites que ya habían sido enunciados en el apartado primero pero que ahora se concretizaban en dudas sobre alcances de algunos preceptos legales y/o constitucionales concretos. Esta problematización se ha ido realizando partiendo del enfoque planteado por los tres pilares básicos que se han identificado como clave de bóveda del sistema de protección ambiental (no solo en Colombia, si no en la totalidad de países que se organizan según el modelo liberal-occidental de estado). En esta línea el trabajo ha ido señalando como la legislación recogía e instrumentalizaba *el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental* y atendiendo a las características específicas de los pueblos indígenas.

Tras el análisis realizado y una vez que se habían expuesto los principales límites, el último de los apartados del trabajo ha ofrecido un análisis de carácter jurisprudencial en el que se han comentado varias Sentencias de la Corte Constitucional. A raíz de este análisis ha podido observarse cómo el papel de la jurisprudencia resulta clave para entender el buen funcionamiento del modelo colombiano de protección de los derechos ambientales y de la protección de los pueblos indígenas. Si bien las mayores debilidades del modelo las encontramos en lo relativo a conseguir una efectiva y funcional dinámica de acceso a la información y participación pública para estas poblaciones indígenas debido a lo lejos que les queda, a veces físicamente, pero sobre todo, simbólicamente las

instituciones y lógicas del estado, un tercer pilar reforzado (el del acceso a la justicia en materia ambiental) con unos y unas magistradas muy conscientes de lo que significa para el conjunto del país, del continente y del planeta la protección de la riqueza cultural y natural, consiguen colocar el modelo colombiano como un ejemplo de buen funcionamiento en el contexto americano.

5. BIBLIOGRAFÍA

a. Legislación

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y de Desarrollo (Rio de Janeiro, B., & Naciones Unidas. (1992). *Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques*. Rio de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.

Constitución Política de Colombia [Const] de julio de 1991 (Colombia).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* (LC/PUB.2018/8/Rev.1), Santiago, 2022

Ley 21 de 4 de marzo de 1991 *Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989* (Diario Oficial No. 39.720, de 6 de marzo de 1991.)

Ley 472 de 5 de agosto de 1998 *por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones* (Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998)

Ley 70 de 31 de agosto de 1993 *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política* (Diario Oficial No. 41.013, de 31 de agosto de 1993.)

Naciones Unidas (UN), *Declaración de las naciones unidas de los derechos de los pueblos indígenas*, 13 Septiembre 2007, disponible en esta dirección: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [Accesado el 24 Junio 2023]

Organización de Estados Americanos (OEA), *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 15 de Junio de 2016. Disponible en esta dirección: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 107) sobre pueblos indígenas y tribuales*, 26 Junio 1957, C107, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbf26a.html> [Accesado en septiembre 2023]

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 Junio 1989, C169, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8efa2.html> [Accesado en septiembre de 2023]

b. Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-622/16 (Atrato)

Corte Constitucional. Sentencia T-361/17 (Páramo de Santurbán)

STC4360-2018 (Amazonía)

Tribunal Superior de Medellín. Sentencia 38 de 2019 (Río Cauca)

Tribunal Administrativo del Quindío. Sentencia AT 2016-00442-00 (Río Quindío)

Tribunal Administrativo de Boyacá. 9 de agosto de 2017 (El Páramo de Pisba)

Juzgado Primero. Sentencia de tutela nº 171 de 2019 (Río Magdalena)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, 2020

Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 3872 de 2020

Corte Suprema de Justicia, 2020, 8-11

Tribunal Administrativo de Boyacá. Exp. 15238-3333-002-2018-00016-01, 24 de octubre de 2019, 101.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA.- Acción de Pesca (Chocó- Declaración ZEPA).

c. Doctrina

Burgos Guzmán. (2003). *Las minorías étnicas en la Constitución colombiana*. Revista de Derecho del Estado, nº 15, diciembre de 2003.

Casadiego. (2022). *La acción de tutela como mecanismo de protección del derecho al medio ambiente*. *Vía inveniendi et iudicandi*, 17(1), 195–209. <https://doi.org/10.15332/19090528.7747>

Delgado Hernandez. (2020). *Minorías étnicas o pueblos originarios. El otro en la era del reconocimiento constitucional*. *Análisis Jurídico - Político*, 1(2), 93–114. <https://doi.org/10.22490/26655489.3306>

Gaona Pando, Georgina. (2013). *El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas*. *Nueva Antropología*, vol. XXVI, núm. 78, enero-junio, 2013, pp. 141-161 Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México

Girardi, Giulio. (1977). *Pueblos indígenas, ecologismo político y religión*. El derecho indígena a la autodeterminación política religiosa. Ediciones Abya-Yala, Quito.

Global Witness (2022). *Una década de resistencia. 10 años informando sobre el activismo por la tierra y el medio ambiente alrededor del mundo*. Accedido a 27 de junio de 2023 https://www.globalwitness.org/documents/20426/Decade_of_Defiance_Defenders_Report_SPA_-_September_2022.pdf

Hincapié. (2023). *Gobernanza ambiental global y derechos de la naturaleza en América Latina*. *Revista Derecho Del Estado*, 54(54), 277–305. <https://doi.org/10.18601/01229893.n54.09>

López Madrid. (2021). *Pensamiento indígena y medio ambiente en la jurisprudencia de las altas cortes de Colombia*. *Estudios Latinoamericanos*, 48-49, 69–80. <https://doi.org/10.22267/rceilat.214849.97>

Morfa-Hernández. (2020). *Estado-nación o Estado plural? Pueblos indígenas y el Estado en América Latina (siglo XXI)*. Libro coordinado por Gaya Makaran. *Estudios Sociológicos*, 38(114). <https://doi.org/10.24201/es.2020v38n114.1836>

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2019) *Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global de ONU Medio Ambiente*.

Red Latinoamericana de Cooperación Técnica en Parques Nacionales, Otras áreas protegidas, flora y fauna silvestre (2008) *Pueblos indígenas y Áreas protegidas en América Latina*. Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe. Disponible en esta dirección: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/parques-nacionales-oapn/proyectos-de-cooperacion/2pueblos-indigenas_tcm30-287856.pdf
[Accesado en septiembre de 2023]

Reyes, & Santis, F. J. (2016). *Antropología jurídica y superposición de sistemas normativos estado/nación-pueblos indígenas: El caso actual del pueblo Mapuche*. *Revista de antropología iberoamericana*, 11(3), 319–340. <https://doi.org/10.11156/aibr.110302>

Salinas Alvarado. (2011). *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de tramites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*. *Revista Derecho del estado*, 27, 235–259.

Semper (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*