

## COMENTARIOS A LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Por: Secretaría Operativa de la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

La postura del Estado Colombiano frente a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) se puede calificar, en términos generales, de incumplimiento. Desde el mismo momento en el que surgió este instrumento internacional Colombia se ha opuesto a su aprobación, prueba de ello es que fue el único país de Latinoamérica que se abstuvo de votar en la Asamblea General a favor de la adopción de la Declaración. Álvaro Uribe Vélez, presidente del país por aquel entonces, sostuvo un encuentro con las comunidades indígenas del Cauca el 4 de noviembre de 2008. En ese encuentro se discutió el tema de las consultas previas, frente a lo cual propuso el entonces presidente, que para avanzar en la aprobación de la Declaración era necesario limitar el alcance de las consultas, que estas se realizaran sin dilaciones y sin derecho de veto (Presidencia, 2008), condicionando así de manera inconstitucional y contraria a los principios de la misma Declaración, la adopción de esta a una renuncia por parte de los pueblos indígenas a su derecho fundamental a la consulta previa. En el año 2009 el Gobierno Nacional, aun bajo la dirección de Uribe Vélez, cambió la postura para desconocer sus propias propuestas de 2008, al afirmar que la Declaración no constituía un instrumento jurídicamente vinculante.

Para poder precisar los alcances que ha tenido la Declaración en el sistema jurídico colombiano, conviene identificar algunos temas particularmente sensibles en el contexto de la relación entre Estado y pueblos indígenas en este país. Por ello, nos referiremos a dos casos concretos en los que fácilmente se podrá vislumbrar la postura del Estado colombiano frente a la Declaración. El primero de ellos es el tratamiento de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado; el segundo se ocupa del derecho a la libre autodeterminación en materia de Jurisdicción Especial Indígena (en adelante JEI).

### EL CASO DE LA CONSULTA Y EL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Si bien Colombia es el país latinoamericano que mayor número de consultas previas ha realizado desde la aprobación interna del Convenio 169 de la OIT, no se puede pasar por alto que lo cuantitativo no necesariamente se identifica con lo cualitativo. Tampoco se puede desconocer que el hecho de que se hayan adelantado un número significativo de consultas previas en Colombia ha representado un avance en la discusión, pues ha obligado al Estado, tanto como a las comunidades, a conocer y comprender más profundamente el mecanismo, desarrollar un alcance e interpretación más extensivo, pero también, ha generado por parte del Estado y de los empresarios, una mayor prevención frente al ejercicio del derecho a la consulta previa por parte de los pueblos indígenas, y una mayor estigmatización de este derecho y de sus titulares.

Prueba de ello, como afirman López y Medina (2022) es que en materia de consulta previa la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha priorizado los intereses neoliberales en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas pese emplear en su argumentación valores como la interculturalidad y el pluralismo.

Luego de la adopción de la Declaración en 2007 surgió la obligación estatal de realizar consultas y cooperar de buena fe con las instituciones representativas de los pueblos indígenas para el consentimiento libre, previo e informado de estos, como requisito previo a la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas. Si bien ya el Convenio 169 disponía que en casos como el traslado de las comunidades indígenas se debía contar con su consentimiento, esta obligación fue reiterada en la Declaración, dando así un mayor alcance al consentimiento previo.



En lo que a primera vista parece una posición congruente con los efectos de la consulta previa conforme al sentido de la Declaración, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que el objetivo de la consulta es procurar un acuerdo con las comunidades indígenas respecto de las medidas (legislativas, administrativas o privadas) que las afecten de manera directa, y por ello la consulta previa debe guiarse por el principio de buena fe, ser flexible para que se adapte a las necesidades de cada asunto y garantizar la participación activa y efectiva de los pueblos, en la medida en que el punto de vista de ellos incide en las decisiones que se adopten (SU 123 de 2018). No obstante, la Corte Constitucional mantiene una postura en la que la consulta previa constituye un proceso de “diálogo intercultural entre iguales”, motivo por el que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas, dándose así un intercambio de razones entre culturas que tienen igual dignidad y valor constitucional (C-295-19).

Pero como no todas las consultas previas se suscitan por los mismos motivos, la Corte Constitucional ha fijado subreglas que aplican de acuerdo con el grado de afectación de la medida consultada. La primera subregla establece que en tanto

“la medida no afecte directamente a los pueblos, la participación responderá al estándar de intervención básico, relacionado con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o en la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que sea de su interés. La segunda subregla determina que si la medida genera afectación directa, se aplican todas las reglas de deliberación del derecho a la consulta previa con el propósito de llegar a un acuerdo (SU 123 de 2018). Al respecto, la sentencia T-063 de 2019 dispuso que aún en ausencia de acuerdo en el proceso de consulta previa, el Estado puede implementar las medidas que no sean arbitrarias, estén basadas en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto de la diversidad étnica y cultural, tomen en consideración hasta donde sea posible las posiciones expresadas por las comunidades y se prevean mecanismos para atenuar los efectos negativos de las medidas. Finalmente, cuando la medida afecte de forma directa e intensa y amenace la subsistencia del pueblo étnico, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado. La Corte Constitucional ha señalado que se presenta en casos excepcionales: i) traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento (T-256 de 2015); (ii) almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios (T-129 de 2009); (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia (T-129 de 2009); y iv) la elección de la empresa promotora de salud como ámbito de autogobierno (T-301 de 2018).” (López y Medina, 2022 p. 22-423).

La creación de estas subreglas y la fijación de los estándares de ellas derivados hace que la jurisprudencia constitucional colombiana sea muy detallada en materia de consulta previa, pero no por ello se puede considerar acorde a los principios de la Declaración. En tanto la Corte Constitucional colombiana ha reiterado que

“el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional; mientras la consulta es el parámetro general. En realidad, el Estado debe adoptar y ejecutar la decisión en el marco del principio de proporcionalidad y razonabilidad, análisis que debe tener en cuenta la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas diferenciadas. Sin embargo, en caso de que se encuentre probado que la medida y todas sus alternativas conducen al aniquilamiento o extinción del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de la colectividad étnica, debido a la aplicación del principio pro-personae.” T-301 de 2018

En el criterio de la Corte, el reconocimiento de principios como el de proporcionalidad y razonabilidad resultan meramente retóricos, pues tan solo en aquellos casos en los cuales está en riesgo la vida, en un sentido que parece limitarse a lo biológico, se reconoce el derecho de las comunidades a exigir el



consentimiento previo. En cambio, si lo que está en riesgo es la autodeterminación de los pueblos indígenas o el respeto de su identidad cultural, entonces se puede imponer la decisión del Estado. Esto no resulta acorde a los principios de integralidad e interdependencia de los derechos humanos que tanto invoca la Corte en sus decisiones, por el contrario, se desconoce el diálogo intercultural, como lo señalan López y Medina (2022), a partir de una falacia, al colocar a los pueblos étnicos y el Estado en una situación de igualdad de armas, negando así la historia de exterminio, colonización, exclusión y desprecio, tanto como los efectos del conflicto armado para los pueblos indígenas.

Para López y Medina “el derecho de las comunidades a exigir el consentimiento previo es una medida justa de reparación y protección para los pueblos históricamente más afectados. Sin el poder de veto, el Estado -o las multinacionales a través de un Estado plegado a sus designios- impone su voluntad, que, aunque parezca proporcionada y razonable, no lo será si eso significa vulnerar la autodeterminación de los pueblos.” (p. 424)

Pese a lo descrito, la jurisprudencia constitucional en materia de consulta previa no es uniforme del todo y continúa dejando vacíos de interpretación y serias dudas en la aplicación de los principios de la Declaración. Un ejemplo de esto se encuentra en la expedición de la Ley 1955 - Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, en cuyo artículo 161 se imponía una tasa para la realización de la consulta previa. Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (C-493 de 2020), sin embargo, como lo expresa el salvamento de voto del Magistrado Ibáñez, la decisión dejó de lado temas relevantes, como la vulneración de “los derechos de acceso a la información y a la participación democrática (ii) desconocimiento del deber de consultar con las comunidades étnicas la iniciativa legislativa; (iii) violación del contenido del derecho fundamental a la consulta previa; (iv) violación de la reserva de ley estatutaria; y, (v) violación del principio de legalidad tributaria.” (Salvamento de voto del Magistrado Ibáñez, Sentencia C-493 de 2020)

El consentimiento previo es uno de los avances más significativos de la Declaración. Sin su aplicación concreta, la consulta previa se restringe a un trámite formal que no garantiza otros derechos previstos en la Declaración, y mucho menos se garantiza el consentimiento previo, libre e informado, de allí la importancia de este primer caso.

## **VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO A LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN EN MATERIA DE JEI**

En el año 2022 el Congreso de la República de Colombia adoptó la ley 2197, por medio de la cual “se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones.” Esta ley fue iniciativa del Gobierno Nacional, que la propuso como una manera de restringir los derechos a la protesta y la movilización popular, luego de que estos fueron ejercidos masivamente en Colombia durante los 2019 y 2021, a causa de las medidas regresivas propuestas por el gobierno de Iván Duque. Como una represalia y en franco desconocimiento de los derechos fundamentales y de la voz popular, el Gobierno Nacional de ese entonces promovió una reforma al Código Penal que restringió importantes derechos fundamentales de los movimientos y las organizaciones sociales, entre ellas, de los pueblos indígenas.

El artículo 4 de la ley 2197, dispuso lo siguiente:

“Adiciónese a la Ley 599 de 2000 el artículo 33A.

Artículo 33A. Medidas en caso de declaratoria de inimputabilidad. En los casos de declaratoria de inimputabilidad por diversidad sociocultural o de inculpabilidad por error de prohibición culturalmente condicionado, el fiscal delegado que haya asumido la dirección, coordinación y control de la investigación ordenará a la autoridad competente la implementación de medidas pedagógicas y diálogo con el agente y dejará registro de estas.



Si con posterioridad a la implementación de las medidas de pedagogía y diálogo, el agente insiste en el desarrollo de conductas punibles contra el mismo bien jurídico tutelado, las nuevas acciones no se entenderán amparadas conforme con las causales de ausencia de responsabilidad o de imputabilidad.

En todo caso, se aplicarán las acciones policivas y de restitución de bienes previstas en el Código de Procedimiento Penal a las que haya lugar, a fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de la víctima y las medidas de no repetición necesarias.

**PARÁGRAFO.** El Gobierno nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo. Estos deberán respetar la diversidad sociocultural.”

Esta norma resulta violatoria de principios fundamentales reconocidos en la Declaración, entre ellos, el principio de libre autodeterminación y el de respeto a la identidad cultural. En cuanto al primero de ellos, previamente la Corte Constitucional (T-428-92, T-349-96, T-523-97 y SU-383-03) había establecido el principio de maximización de la autonomía, como un elemento axiológico y transversal al ordenamiento nacional, a través del cual se busca garantizar la vida cultural de los pueblos indígenas, mediante el establecimiento de límites a la injerencia estatal en las decisiones que competen a los pueblos.

Es de recordar, que la Constitución de 1991 introdujo la figura de la JEI como una materialización concreta de la autonomía de los pueblos indígenas. En el art. 246 se estableció que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.”

La JEI es la concreción del derecho fundamental de las comunidades indígenas para resolver sus conflictos con base en su propia cultura. Entre sus elementos característicos están:

- La función de las autoridades tradicionales;
- Los sistemas de derecho propio;
- Los procedimientos aceptados por la comunidad;
- El fuero indígena.

El art. 4 de la ley 2197 vulnera la JEI, en primer lugar porque durante el trámite de su aprobación el Estado colombiano omitió el derecho a la consulta previa, así como el principio de coordinación con los pueblos indígenas en materia de reglas aplicables a la autonomía jurisdiccional. El artículo 4 de la ley 2197 incide en el procedimiento penal que deberán seguir las autoridades indígenas e invade las competencias de las instancias de decisión propias de los pueblos indígenas, motivo por el cual esta disposición debió haberse sometido a una consulta previa.

Pese a que el parágrafo del artículo 4 de la ley 2197 estableció que el Gobierno Nacional reglamentará y proveerá los programas de pedagogía y diálogo, esta medida no es suficiente, pues se limitan las competencias de la JEI sin garantías reales para el ejercicio de su autonomía. El principio de coordinación se ve sacrificado en la medida que quedó la reglamentación como una competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

En tanto se omitió el principio de coordinación se vulneró el precedente convencional. En el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, la Corte IDH consideró que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en



una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

En cuanto a los efectos particulares del artículo 4 de la ley 2197, se regula una situación en la que un miembro de una comunidad indígena actúa fuera del territorio indígena en infracción a una norma prevista en la legislación penal del Estado. De manera que, por ejemplo, si un indígena tumba un monumento a un colonizador, motivado en que el personaje allí representado es para su pueblo un símbolo del colonialismo, el racismo o el genocidio al que fueron sometidos, y como consecuencia de ello es capturado e investigado por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad puede ordenar a las autoridades indígenas del pueblo al cual pertenece el capturado, que lo “reeducuen”. Si esa misma persona considerada infractora de la ley penal reincide y participa en otro acto por el cual se destruye un monumento a los asesinos de los pueblos indígenas, ya no será considerada inimputable, pues ya fue sometido a un proceso de pedagogía y por ende perderá la protección especial que la figura de la inimputabilidad por razones de diversidad cultural que reconocía la ley antes de la reforma introducida en el año 2022.

Así, se pasa por alto que, aunque el imputado conozca la ilicitud de su comportamiento, obra bajo una convicción invencible al destruir un monumento a la infamia y el racismo. Sancionar como imputable al indígena reincidente de tal acto desconoce que, aunque el indígena procesado penalmente puede comprender en abstracto que la conducta de destruir un monumento público es delito conforme a la ley estatal, él puede no estar de acuerdo con lo que esa norma busca proteger, y así, se le sanciona en realidad por obrar conforme a sus convicciones culturales, privándolo de su propio relato histórico y de la memoria colectiva, pues tiene que soportar que la sociedad en general, y la comunidad indígena incluida en ella, rinda homenaje a una institución y a unas personas que negaron lo más sagrado: el derecho a existir.

La Corte Constitucional (C-014 de 2023) declaró inexecutable el inciso 2º del artículo 4 de la Ley 2197 de 2022, al considerar que dicha norma vulneraba

“los principios de diversidad étnica y cultural y de culpabilidad en materia penal. Esto, porque, sin otra consideración, bastaría con que el procesado que haya sido declarado inimputable o inculpable por diversidad sociocultural en un proceso anterior surta unas medidas pedagógicas y un diálogo, para que no pueda ser considerado inculpable o inimputable si vuelve a incurrir en una conducta punible. Con ello, se estaría negando al sujeto que se valore su situación particular frente a su entendimiento sobre la ilicitud de su conducta, por el simple hecho de haber surtido un proceso de diálogo y pedagogía. De esta manera, se estaría creando un régimen de responsabilidad objetiva y de derecho penal de autor, proscritos por el ordenamiento constitucional colombiano. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala resaltó que la inexecutable de la referida norma no impide que el juez penal valore en cada caso si un sujeto, que previamente ha sido considerado inimputable o inculpable en otro proceso y que reincide en un nuevo delito, tiene conciencia de la ilicitud de su actuar en la nueva ocasión.”

Pese a la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 4 de la ley 2197, la postura del Congreso de la República, y la de la Corte Constitucional en la mencionada sentencia, son contrarias a los principios de la Declaración. Esto ocurre porque la norma se mantiene dentro del ordenamiento, pese a que se omitió la consulta previa y a que la esencia del artículo (como es el hecho de que el Estado pueda desconocer la autonomía de la JEL) se mantenga incólume; y finalmente, porque limita la protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas.



En el caso concreto del art. 4, la vulneración a la identidad cultural radica en que, mediante una disposición administrativa, como la expedida por el fiscal del caso, la persona acusada de reincidir en un delito es privada del derecho a definir su identidad cultural con base en su diferencia étnica. Esto ocurre porque, en tanto la norma prevé que el indígena reincidente ya no es inimputable por el solo hecho de haber tenido un “diálogo” con la autoridad o haber estado sujeto a una “medida pedagógica”, pierde una protección prevista por el derecho para garantizar la identidad cultural. Esta situación no se modifica por el hecho de que sea el juez penal quien valore en cada caso si un sujeto, que previamente ha sido considerado inimputable o inculpable en otro proceso y que reincide en un nuevo delito, tiene conciencia de la ilicitud de su actuar en la nueva ocasión. Solo cambia la autoridad, pero no el objeto de la norma. Al respecto, debe observarse que la inimputabilidad por diversidad socio cultural, como también la inculpabilidad por error culturalmente condicionado, existen como mecanismos de reconocimiento de la diversidad cultural y las diferentes visiones de mundo que eso implica, las cuales son irreductibles y pueden llegar a ser irreconciliables. En tanto figuras del derecho penal como las aquí tratadas de inimputabilidad e inculpabilidad a favor de los pueblos indígenas tienen fundamento en la identidad cultural diversa, no se puede desconocer aquellas sin que esta resulte vulnerada, independiente de si dicha facultad la ejerce un fiscal o un juez. En otras palabras, la identidad no se pierde por la reincidencia en un delito, ni mucho menos por una decisión administrativa del ente investigador o de un juez penal. El artículo 4 de la ley 2197 de 2022, pese a la declaratoria de inexecutable del inciso 2, constituye una violación de la identidad cultural, en tanto criminaliza la diversidad y despoja de sentido la construcción identitaria como derecho fundamental, principios previstos en la Declaración.

## BIBLIOGRAFÍA

López, Oscar y Medina, Angélica. (2022) Desarrollo sostenible y constitución ecológica ¿simple ambigüedad o una coartada oportuna? En: Tres Décadas de Constitución. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez.

