

Bogotá D.C. 6 de marzo de 2018

CONTRICUCIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, DIRIGIDAS AL MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

BALANCE DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 10 AÑOS DESPUÉS

En un comienzo Colombia fue uno de los países que no se adhirió la Declaración por varias razones relativas al alcance del consentimiento libre, previo e informado, y a la realización de consultas frente a la presencia y operación de la fuerza pública en los territorios indígenas.

Lo hizo fundamentalmente en atención, primero, a la larga historia de un conflicto armado interno que podría terminar por incrementar el riesgo de los grupos indígenas si se les llegara a consultar el accionar legítimo de las fuerzas armadas; y, segundo, porque frente al consentimiento la Corte Constitucional colombiana desde antes de la promulgación de la Declaración, había dado suficientes pautas y definiciones en virtud a las cuales éste (o sea el consentimiento) no configuraba poder alguno de veto.

Posición que adicionalmente resultaba comprensible si tiene en cuenta que en Colombia alrededor del 32% del territorio nacional corresponde a territorios étnicos jurídicamente titulados, bien como resguardos indígenas (27%) y títulos colectivos de comunidades negras (5%).

De hecho, esta corporación tempranamente trazó alternativas a la eventual situacional límite cuando el consentimiento finalmente no se obtenga.

La Declaración fue finalmente adherida por el gobierno colombiano entendiendo siempre que por la naturaleza de este instrumento su alcance ante todo funda doctrina y su observancia debe atemperarse con la autonomía y tradición jurídica de cada país, y en modo alguno puede ir en desmedro de la unidad normativa, política y territorial de una nación.

Así las cosas, para valorar la implementación de la Declaración diez (10) años después, se debe tener en cuenta que Colombia es quizá el país que más estándares ha desarrollado en materia de derechos de los pueblos indígenas, tanto por vía normativa como por vía jurisprudencial, mucho antes de la Declaración, específicamente a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT en el año 1991 (Ley 21).

En esto también ha sido fundamental el dialogo político y la concertación que se ha venido sosteniendo con las organizaciones indígenas nacionales a instancias de la Mesa Permanente de Concertación.

La adhesión a la Declaración entró a reforzar lo que por diferentes circunstancias se había dado y/o se venía gestando, en temas como Jurisdicción Especial Indígena, participación directa en el gasto descentralizado de la nación, sistemas de educación y salud, reconocimiento de territorios ancestrales, titulación y derecho colectivo a la propiedad, etcétera. Otorgó mayor legitimidad y dio consistencia a los procesos de concertación social que suelen acompañar estas medidas, no siempre exentos de conflictos políticos con el Estado y los gobiernos.

Asignarle a la Declaración los desarrollos jurídicos y políticos a partir de la adhesión a la misma, sería desconocer lo que justamente ha llevado a Colombia a ser uno de los países con mayor avance en materia de consagración y reconocimiento de derechos indígenas a nivel internacional.

Obviamente la brecha entre el reconocimiento formal y la realización material de tales derechos es un asunto que en diferentes temas debe subsanarse, bien por cuestiones económicas, de voluntad política, conflictividad interna, entendimiento intercultural o todas a la vez; y al respecto la Declaración en algo también ha contribuido por su efecto reforzador.

La Declaración ha sido un argumento adicional en la jurisprudencia constitucional de las altas cortes y de los jueces de tutela, siendo usualmente citada dentro de la doctrina y los precedentes que respaldan sus decisiones.

En este orden de ideas (la Declaración) entró a legitimar las reclamaciones de las organizaciones étnicas y a respaldar los avances del país, razón por la cual la Defensoría en particular saludó la adhesión del Estado y en todos los escenarios actúa como promotora y difusora del tal instrumento.

De otro lado y en atención a que el Mecanismo de Expertos decidió en el 2017 (julio) que el próximo estudio sería sobre el alcance del consentimiento libre, previo e informado, pasamos a hacer varias consideraciones al respecto.

El consentimiento, como la misma Corte Constitucional lo ha reiterado, debe entenderse como la aprobación cualificada y expresa que una comunidad étnica otorga a un OPA (Obra, Proyecto o Actividad), medida legislativa o acto administrativo que eventualmente los pueda afectar directamente.

Sin embargo, en torno a dicho consentimiento hay que decir varias cosas porque no se trata de una aprobación simple u ordinaria, de ser así todo el derecho a la Consulta se envanecería.

Primero, el consentimiento es el sentido último de la Consulta, así obtenerlo no sea obligatorio en la mayoría de los casos (pero sí el objetivo esencial), razón por la cual corresponde a los interesados demostrar que se utilizaron todos los medios y se otorgaron todas las garantías posibles para conseguirlo.

Segundo, (el consentimiento) supone una Debida Diligencia o un Debido Proceso, que aunque no está reglamentando implica plena y adecuada socialización del proyecto o decisión que se va a implementar; oportunidad de que la comunidad se pronuncie anticipadamente (por eso es previa); análisis de posibles afectaciones o impactos; adopción concertada de medidas para evitar, mitigar, corregir o reparar los daños eventuales, etc. Sin un proceso adecuado el consentimiento carecería de fundamento y de garantía, aún cuando éste sea favorable.

Conviene recordar que a partir de la Consulta Previa de los apartados correspondientes a los grupos étnicos previstos en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, se instauró una suerte de debida diligencia a la consulta de medidas legislativas de esta naturaleza, que se continúa siendo observada y ajustada.

Tercero, (el consentimiento) tiene como correlato la voluntad y disposición de las comunidades de participar o de dejarse consultar, evitando incurrir en prácticas dilatorias.

Cuarto, (el consentimiento) solo en tres situaciones puede entenderse como obligatorio o vinculante, veamos rápidamente lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T129 de 2011:

“Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.”

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.”

Según este predicado el consentimiento adquiere dos connotaciones adicionales, por un lado, nunca puede darse a costa de comprometer la existencia del grupo étnico implicado; y, por el otro lado, supone una ponderación entre los intereses que comporta la obra o decisión consultada y la pervivencia del grupo étnico, y la prevalencia de esta última de forma absoluta, por razones obvias a nuestro juicio.

No obstante, el consentimiento como tal continúa siendo un terreno algo dilemático

Es claro que en caso de no obtenerse pese a seguirse el debido proceso, no hay poder de veto y que salvo las tres situaciones ya mencionadas existe la posibilidad que la medida prospere a condición de que la respectiva autoridad administrativa tome la medida menos lesiva y desprovista de arbitrariedad (para la cual el Ministerio del Interior aplica un test de proporcionalidad), sin embargo en la práctica opera como tal por los costos reputacionales que implica para los ejecutores de las Ofertas Públicas de Adquisiciones contrariar el sentir de una comunidad; lo cual es en nuestro entender inherente a la Consulta y revela la dimensión extrajurídica y extraproceso de la misma que ocasionalmente puede resultar determinante.

Una de las tres situaciones planteadas por la Corte Constitucional relativa al riesgo de desarticular a un grupo étnico al punto de comprometer su existencia, obre un abanico de interpretaciones disímiles entre las partes que conviene parametrizar más a fin de evitar debates indefinidos que aplacen precisamente la posibilidad de obtener el consentimiento, es decir que se hace necesario definir más y mejor lo que se entiende por dicho riesgo, diferenciándolo del históricamente adquirido por muchas comunidades étnicas, que precisamente las ha hecho sujetos de especial protección.

Finalmente se considera imprescindible poder establecer cuando o bajo qué circunstancias el consentimiento resulta idóneo o, incluso, posible, porque altos niveles de vulnerabilidad histórica o situacional de determinados grupos, conflictos internos, situaciones de constreñimiento, alta preservación cultural, etcétera, pueden limitar seriamente la posibilidad de obtenerlo; razón por la cual se hace necesario evaluar en los momentos pre-consultivos la disposición y el cumplimiento de mínimos organizativos, cognitivos, anímicos, culturales para afrontar un proceso que requiere el consentimiento del grupo implicado.

Si se llegara a concluir anticipadamente que por una u otra razón no es posible que el consentimiento prospere, o que su obtención no es idónea, lo coherente es adoptar mecanismos suplementarios de protección, apoyo y consulta.

Decimos con esto que desde el punto de vista cultural la construcción de consensos internos y la configuración del consentimiento comunitario no es un requisito menor ni obvio, por el contrario puede llegar a ser todo un reto que requiera de especiales medidas de valoración y de acompañamiento, por parte de los organismos garantes como la Defensoría del Pueblo y otros más.

En Colombia alrededor del 95% de las obras, proyectos o actividades de desarrollo que se consultan terminan con un acuerdo favorable, es decir que con la facilitación del gobierno y ocasionalmente de los órganos de control las partes se ponen de acuerdo sobre las medidas a adoptar para prevenir, mitigar o compensar las posibles afectaciones; o sea que de algún modo se obtiene el consentimiento en la mayoría de los casos, sin embargo no se tiene certeza sobre si en efecto se está cumpliendo el fin último de la Consulta, como es la protección de la integridad étnica y cultural.

Hay razones para suponer que en ocasiones el consentimiento es frágil o insuficiente, porque, por ejemplo, se sobrevienen conflictos internos en las comunidades consultadas, se incorporan magnitudes económicas no previstas en sus sistemas tradicionales, se adoptan medidas autolesivas, etc.