



CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL



ALFONSO CAJIAO CABRERA

Secretario General de la Defensoría del Pueblo

El desarrollo máximo en relación con la consulta previa ha partido siempre con la Corte Constitucional. Como pocos escenarios en la legislación colombiana, ha sido la Corte la que ha hecho todos los desarrollos ulteriores al articulado constitucional, no sólo en lo relativo a los derechos, a la educación, a las minorías, sino también lo que tiene que ver con la reglamentación que debe plantearse con respecto a la consulta.

En relación con lo anterior, hay que destacar inicialmente una orden constitucional que es dada en la sentencia T- 129/11, sentencia crucial que ordena que en todos los procesos de consulta previa deba estar obligatoriamente la Defensoría del Pueblo en representación de la gente. De manera tal, que aquí no es un tema de acompañamiento, ni tampoco de la voluntariedad de la Defensoría, sino un tema constitucional de obligatorio acatamiento frente a las funciones del Ministerio Público que tiene la Defensoría del Pueblo.

Cabe recordar que por mandato del artículo 118 de la Constitución, el Ministerio Público es una entidad presidida por la Procuraduría General de la Nación, que se compone del Procurador General, de los agentes del procurador, posteriormente de la Defensoría del Pueblo, del defensor y de los personeros municipales.

En virtud de lo anterior, en todos los procesos en donde se realice una función o una consulta, la Defensoría del Pueblo debe estar presente, para ello existe una defensoría delegada en el asunto respecto de sus competencias, para garantizar en el nivel regional la presencia en todos los diálogos de la Defensoría.

El punto complejo en estos temas, surge en relación con el enfrentamiento que se produce en la decisión sobre si la consulta previa, si bien es obligatoria, indica que la consulta tiene que ser positiva o no. La tensión que se produce es:

un territorio, un conjunto de costumbres, de disímiles formas de ver la realidad a través de cosmologías propias, enfrentado a un elemento de carácter económico que plantea el desarrollo del Estado Colombiano.

A raíz de lo anterior, se acude a la consulta y ésta implicaría un derecho de veto a partir de las comunidades, en relación con ésto, el Convenio de la OIT en modo alguno autoriza a las comunidades a oponerse a las decisiones estatales, no hay derecho a veto. Este es el primer punto.

El segundo punto, se refiere a decidir si las comunidades no están de acuerdo con la consulta, procede la misma o necesariamente tenemos que tener una aproximación positiva, una respuesta estatal.

Toda vez que la defensoría forma parte del Ministerio Público, para nosotros es supremamente complejo definir en situaciones particulares y concretas la inquietud del Estado de velar por políticas económicas que afectan directamente a las comunidades. Entonces, la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos ha sostenido que la diferencia entre la afectación particular y concreta, respecto de la afectación de aspectos generales, que afectan a la población de forma colectiva en condiciones de igualdad, estriba en que la consulta previa ha de referirse a aspectos particulares y concretos que regulen elementos de territorio, frente a la utilización de recursos en lugares específicos, pero es menester que el Estado consulte y fundamentalmente haya un consentimiento previo por parte de las comunidades.

De acuerdo con la sentencia T-129/11, *“la consulta es la obligación del Estado de realizar un proceso de diálogo con los pueblos indígenas, previamente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar. El consentimiento se constituye no solamente con la obligación de consultar, sino también debe obtenerse la aprobación de los pueblos indígenas para la adopción de las medidas”*.

Esto significa que la consulta no es solamente un elemento formal de preguntar, sino que también tiene que tener un elemento en el cual exista un grado de aprobación de la comunidad. Entonces entramos en el asunto, ¿y si la comunidad considera que no debe desarrollarse el proyecto, el Estado está obligado a desarrollarlo? Si o no. Esa respuesta es la que colinda con el asunto de: o nos enfrentamos al desarrollo de un Estado, al desarrollo económico del Estado, o aceptamos que el conocimiento de los elementos que afectan a la comunidad debe determinarse, para que aún cuando no exista la aprobación en el proyecto, el Estado lo desarrolle sin afectar los recursos naturales de la comunidad.

Lo anterior, como ustedes notarán, genera toda la inquietud del caso y la presencia de la Defensoría del Pueblo tiene que ser garante en el entendimiento que estamos defendiendo de las minorías frente a intereses mayoritarios, pero que también deben buscarse los límites en el entendido de que la economía del país debe desarrollarse.

Esto genera posiciones contrapuestas, porque por una parte, habrá sectores que planteen, y lo van a ver ustedes cuando estén los representantes de los ministros acá, por ejemplo en el tema minero-energético, en donde el planteamiento es muy simple: nosotros convocamos a la consulta, le avisamos a la comunidad, independientemente de que aprueben o no el proyecto, desarrollamos el proyecto. Por otra parte, habrá posturas que dirán: no señor, hay que hacer un entendido, de todas formas el consentimiento libre e informado debe ser obligatoriamente dirigido a obtener la anuencia de la comunidad para poder desarrollar el proyecto.

¿Qué papel juega la Defensoría del Pueblo en el tema de la consulta previa?

A través de la presencia regional, por cuanto el elemento geográfico en este punto es crucial, los tiempos de negociación que manejan los pueblos indígenas, Rom, comunidades afro-descendientes, es distinto de los tiempos que el Estado maneja a nivel de las leyes, porque existe un marco corporativo que hace que los proyectos deban ser más o menos rápidos. Que tengan que ver con el gasto en procesos de selección de compañías, de intereses económicos, que con el paso del tiempo hace que el negocio sea más o menos bueno.

La Defensoría está muy cercana siempre, en las mesas de concertación, está pendiente permanentemente de estos asuntos y vela porque se produzca un equilibrio en las negociaciones. Debemos aclarar, que si bien es cierto que cuando un lee el artículo 118 de la Constitución, aparece la Defensoría del Pueblo como un organismo de control, en ello debe haber un entendimiento claro, en cuanto la Defensoría del Pueblo carece de funciones disciplinarias y de funciones fiscales, para efectos de obligar o poner de presente las contradicciones que existen. Más allá de la necesidad genérica que tiene todo servidor público de denunciar las faltas de las que tiene conocimiento.

Usualmente se acusa a la Defensoría, afirmando que no controlamos, que no sancionamos, se nos hacen derechos de petición permanentemente. Forma parte del Ministerio Público la Defensoría, pero carece de las facultades sancionatorias, por lo tanto, nuestra presencia y el poder que tiene la Defensoría está en poner de presente los defectos y la presencia permanente con organismos internacionales, para establecer lo que nosotros llamamos "*el sistema de alertas tempranas*".

LUIS ALBERTO HIGUERA MALABER

*Contralor delegado sector agropecuario –
Responsable monitoreo restitución de tierras*

Este es un país de exclusiones y este es un país de excluidos. Es curioso, las minorías étnicas y las minorías afro, si las sumamos con las minorías vulnerables son las mayorías. Este es un país de paradojas, se reglamenta para minorías que en verdad son mayorías numéricamente, cuantitativamente, pero evidentemente son minorías, si las miramos por su cercanía al poder y a la decisión sobre su propio destino.

La consulta previa empieza con un avance un poco curioso, cuando desde las Naciones Unidas en la declaración de los derechos de los pueblos indígenas Colombia inicialmente se abstiene de votar, argumenta problemas de conflicto interno y problemas de ocupación militar por actores legales o ilegales.

Volvemos al mismo punto de partida, en este país se legisla de acuerdo con las conveniencias de las minorías. Las minorías que detentan el poder económico y social. Para esas minorías que representan a las mayorías, se determina en un momento dado que en este país no hay conflicto, porque es el querer de las minorías que representan a las mayorías.

Desde la Contraloría General de la República, estamos haciendo en los dos últimos años un fuerte trabajo de campo, de manera personal. Entonces uno confronta la realidad del país real con el país central. Como órgano de control autónomo independiente, tenemos la posibilidad y el deber de plantear en escenarios como estos lo que nosotros vemos como país real.

Para la Contraloría, la consulta previa no es una mera garantía aislada, es un punto de partida y encuentro de los derechos de todos los pueblos indígenas, en tanto condición de eficacia, de su derecho a adoptar decisiones autónomas o de su destino, sobre sus prioridades sociales, económicas y culturales.

La consulta previa es el mecanismo para que la autoridad y la comunidad indígena determinen con derecho propio, legal y natural su propio destino.

Para la Contraloría, la consulta previa no debe considerarse como una mera garantía aislada. Es un punto de partida y encuentro de todos los derechos de los

pueblos indígenas, en tanto condición también de eficacia de su derecho a adoptar sus decisiones autónomas sobre su destino, sobre sus derechos sociales, sobre sus derechos económicos y sobre sus derechos culturales.

Si el Estado protege lo anteriormente descrito, garantizamos en el caso de muchos pueblos indígenas, su mera supervivencia. Porque estamos ante un fenómeno de extinción de diferentes etnias y no hay un programa de apoyo, no hay un programa de sostenimiento. Esto es lo que piensa la Contraloría como base fundamental de lo que debe ser la consulta previa y entonces allí empiezan a jugar dos cosas importantes. En primer lugar, el modelo de desarrollo económico de este país y en segundo lugar, el modelo de desarrollo rural.

La posición de la Contraloría, desde la delegación del sector agropecuario es que el interés general supremo es la supervivencia de los pueblos indígenas. Esto tiene que estar por encima de un megaproyecto, de gran minería, de extracción o de lo que sea.

El interés general del pueblo colombiano en su memoria y en su construcción de sociedad no puede ser el megaproyecto que involucre la gran minería, si hay afectación de la población indígena, el interés general debe ser la supervivencia y el respeto por la autonomía indígena.

El Estado no publicita de manera expresa los proyectos, el Estado no consensua de manera adecuada con los consultados las formas, los mecanismos para realizar un ejercicio de consulta. El Estado impone, representa los intereses políticos de aquellos elegidos constitucional y legalmente. Pero es que a aquellos elegidos, se les olvida que el Estado es multiétnico y pluricultural, que la cosmogonía de los pueblos indígenas es diferente a lo que piense un viceministro o un ministro, o a lo que piense un representante de una multinacional.

LEONARDO ARBELÁEZ LAMUS

Contralor auxiliar del sistema general de regalías

Nosotros tenemos como misión el control macro y el control micro. Dentro de esa misión de controles, en el control macro está la evaluación de la política pública y dentro del control micro la gestión de entidades desde el punto de vista fiscal y desde el punto de vista de la pertinencia para los fines esenciales del Estado.

Dentro de la misión también está lo que implica la valoración del medio ambiente o de los daños ambientales que hayan sido alterados generando un daño al patrimonio público o al derecho constitucional colectivo.

Voy a centrarme en dos casos específicos donde la Contraloría General de la República ha hecho actuaciones. En primer lugar, en la ley 1382, Código de Minas y Energía que se presentó al Congreso y que fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional, porque no creó el procedimiento de consulta previa.

Al declararse inexecutable por la falta de consulta previa, la Corte deja solamente executable la ley 1382 para proteger los ecosistemas vulnerables de la Nación, como es el caso del Páramo de Santurbán.

La Contraloría General de la República actuó en el caso del páramo de Santurbán, recordándole al Ministerio de Minas y Energía que no se podía generar explotación en territorios que estuvieran circunscritos a ecosistemas de páramo.

La Contraloría ha estado muy vigilante en qué ha pasado con el código de minas y cuál ha sido el proceso, porque la Corte lo deja executable hasta mayo de 2013.

En segundo lugar, la Contraloría se manifestó en relación con la desviación del Río Ranchería y sus consecuentes impactos ambientales para las comunidades indígenas. Nos encontramos con que había firmadas 66 actas de preacuerdo con presencia del Ministerio del Interior y no habían solicitado licencia ambiental para ese proyecto específico. Entonces la Contraloría se preguntó ¿si no hay licencia ambiental (que es el primer paso), cómo es que están firmadas 66 actas de preacuerdo? Fue cuando empezamos a revisar y a hacer una investigación exhaustiva de la posición de esa empresa y encontramos que esa empresa en junio

de 2012 le dice a un medio de comunicación que ellos hasta ahora están en un análisis de prefactibilidad para ver si de pronto desarrollan el proyecto.

La Contraloría General de la República es una institución que representa los intereses de la comunidad en la gestión fiscal en el patrimonio público. La Contraloría tiene competencia directa para poder velar por las minorías y que éstas no se vean afectadas en el manejo del patrimonio o el derecho colectivo como es el medio ambiente.

