

PERPLEJIDADES DE DOS MODELOS CONTRAPUESTOS: UNA MIRADA DESDE ALGUNAS TRANSNACIONALES EXTRACTIVAS A LA CONSULTA PREVIA

PERPLEXITIES OF TWO OPPOSITE MODELS:
A VIEW FROM THE MULTINATIONAL EXTRACTIVE COMPANY TO THE PRIOR CONSULTATION

✉ Por: Catalina Espinosa-Estrada¹

Fecha de recepción: 24 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 17 de abril de 2015

Resumen

La Consulta Previa (CP en adelante) entendida como el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a participar en las decisiones que puedan afectar su cultura, instituciones, recursos, territorios y, en general su forma de vida, se ha convertido en un tema esencial en los debates actuales. Actualmente, existe un consenso general sobre la obligatoriedad de efectuar la CP para la extracción de recursos naturales, pero también hay gran incertidumbre sobre algunas cuestiones prácticas como las etapas que debe incluir, los tiempos, formas de decisión, los participantes y en especial el alcance del derecho. Ante estas dificultades latentes, en este trabajo se abordará la CP desde la visión de la empresa, con el fin de analizar las percepciones que tienen algunas de las compañías en torno a este derecho, contrastarlas con las normas, principios y jurisprudencia nacional e internacional que les son aplicables y establecer si dichas percepciones están jurídicamente fundamentadas. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones en relación con las perplejidades que se derivan de enfrentar dos modelos de desarrollo contrapuestos; de un lado las políticas nacionales que apuntan a una economía basada en la extracción de recursos naturales como pilar del desarrollo, y del otro las que apuntan a la defensa de los derechos de participación, libre determinación y protección de las comunidades étnicas.

1 Abogada y Negociadora Internacional Universidad EAFIT, Colombia. cespino6@eafit.edu.co



Palabras clave: *Consulta Previa, Empresas Multinacionales, Grupos étnicos, Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI).*

Abstract

Prior Consultation understood as the fundamental right of tribal people to participate in decisions that may affect their culture, institutions, resources, territories and in general their lives, has become a key issue in today debates. There's a general consensus on the obligation of the Prior Consultation for the extraction of natural resources, but there is also great uncertainty about some practical issues such as the stages it should include, times, ways of decision, participants and especially the scope of the right. Given these latent difficulties, this paper will address the Prior Consultation from the perspective of the company, in order to analyze the perceptions among the companies on this right, compare them with the applicable rules, principles and local and foreign jurisprudence and to establish if these perceptions are legally substantiated. Finally, there'll be presented some reflections about the perplexities arising from two competing models of development; by one side the local policies pursuing an economy based on the extraction of natural resources as a pillar of development, and by the other side aiming the protection of the rights of participation, self-determination and defense of ethnic communities.

Key words: *Prior Consultation, Multinational corporations, Ethnic Groups, Prior Free, Informed Consent.*

Introduction

Desde la época de la colonia, la relación de los pueblos nativos con sus conquistadores ha estado marcada por una serie de tensiones y conflictos. Tras varios periodos evolutivos, estas comunidades desarrollaron su autonomía, su forma de subsistir en el territorio que habitan, e incluso perfeccionaron principios y reglas para facilitar la vida en sociedad, pero han tenido que padecer el proceso histórico de la colonización como forma de irrupción en sus costumbres, territorios, tradiciones, religión, entorno, entre otros aspectos que influyen su cosmovisión del mundo y formas de vida.

Estas visiones encontradas han dado lugar a diversas regulaciones e instituciones en el ordenamiento interno que han evolucionado con el tiempo, pasando de un "sistema que legitimaba la explotación de las comunidades indígenas y tribales, a la búsqueda de la asimilación de los grupos étnicos al sistema occidental, hasta llegar, en la actualidad, al



reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas”², y al desarrollo de la CP como una de las vías para lograr materializar los derechos étnicos reconocidos mediante el diálogo entre el Estado, las empresas y las comunidades.

No obstante, en la actualidad continúan manteniéndose tensiones frente a los derechos sobre los territorios y los recursos naturales que representa un reto, tanto para la implementación efectiva de los derechos de estas minorías, “quienes se han tenido que enfrentar a una perspectiva centralista y unitaria del Estado”³, como para la industria y el desarrollo de proyectos extractivistas en dichas áreas, cuyos representantes manifiestan que la CP se ha convertido en un obstáculo para el progreso⁴ y constituye el “palo en la rueda al desarrollo social y económico de Colombia”.⁵

La consulta previa (CP) en un contexto de luchas e intereses contrapuestos

Los conflictos derivados de las perspectivas confrontadas en torno a la participación de las comunidades y de la dispersión normativa e incertidumbre frente al mecanismo, han hecho que la cantidad e intensidad de los conflictos sociales relacionados con estas comunidades aumente considerablemente y que la CP se haya convertido en un campo sociojurídico de batalla, en el que diversos actores disputan en torno a lo que significa consultar y ser consultado, a quiénes se consulta, cuándo se consulta, para qué se consulta y, sobretodo, qué ocurre cuando no se llega a un acuerdo o no se obtiene el consentimiento sobre la medida objeto de estudio.⁶

En el caso colombiano, la CP se introdujo en 1991 con la adopción de una nueva Constitución Política que recalcó el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural;⁷ momento en el cual Colombia decidió dar un giro a su comprensión de los pueblos indígenas al consagrar una serie de disposiciones constitucionales que reconocen la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Adicionalmente, con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, mediante la ley 21 de 1991, se despidió de su visión decimonónica según la cual había que reducir a los salvajes a la vida civilizada, y se creó un nuevo escenario de protección a la diversidad cultural y el reconocimiento de la autonomía de las comunidades para el desarrollo de las relaciones del Estado y grupos étnicos.

2 Ana Sabina Rodríguez, “El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al CLPI: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación”, en: *Colección Textos Útiles*, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho Grupo de Derecho de Interés Público, Bogotá, vol. 03.13, núm. 3, marzo 2013. p.5.

3 A. Rodríguez, *Op.cit.*, p. 6.

4 “El dilema de la consulta previa”. *Revista Semana* (27 de febrero de 2012), [en línea], disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-dilema-consulta-previa/254088-3>, consulta: 30 de agosto de 2015.

5 “¿El palo en la rueda?”, *El Espectador*, (12 de febrero de 2013), [en línea], disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/el-palo-rueda-articulo-404470> , consulta: 3 de septiembre de 2015.

6 Cesar Rodríguez, “Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados” Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, vol 1, 2012, p.



Sin embargo, el contexto de adopción del mecanismo estuvo marcado por la concurrencia de dos proyectos políticos opuestos - de una lado, el proyecto neoliberal que favorece el desmonte de las empresas estatales y de las medidas proteccionistas de la industria local, así como la liberalización comercial y la paulatina llegada de la inversión extranjera,⁸ y, del otro, el giro multicultural que aboga por la defensa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales. Esta dicotomía ha generado que el reconocimiento del derecho a la CP como mecanismo para garantizar los derechos e intereses de los pueblos indígenas dentro de un modelo de desarrollo hegemónico represente un avance, pero, en la medida en que aún subsisten múltiples discusiones en cuanto a la definición, alcance y consecuencias de la inaplicación de la CP, dicho instrumento no sea suficiente para garantizar a cabalidad los derechos de estos actores.

Es así, como en las palabras de Cesar Rodriguez Garavito, este es un campo social que presenta ciertas particularidades, puesto que se trata de “campos sociales minados”, que se caracterizan por relaciones de poder asimétricas entre las empresas que extraen recursos naturales y las comunidades que detentan el derecho sobre los recursos, donde la presencia mediadora estatal es casi nula y “dominan las sociabilidades violentas y desconfiadas y cualquier paso en falso puede resultar letal.”⁹ Según esta teoría de los campos sociales, desarrollada por Pierre Bourdieu y Gunther Teubner,¹⁰ un campo se encuentra determinado por la existencia de un capital común y la lucha por su apropiación, dando lugar al conflicto entre los actores que compiten por el acceso a los recursos específicos. Así, la CP sería un campo social, en el cual ciertos actores -autoridades, corporaciones, compañías multinacionales, grupos étnicos e incluso la academia- luchan entre sí para hacer predominar su interpretación del derecho y el establecimiento de un modelo específico de desarrollo a seguir que privilegie sus propios intereses.

Dispersión normativa

Además de los conflictos ideológicos mencionados en el capítulo anterior, es necesario resaltar que el desarrollo de la CP se ha caracterizado por la difusión de normas nacionales e internacionales de todo tipo que regulan el problema y consagran diversos enfoques y grados de protección y precisamente, parte de las dificultades en cuanto a la definición de la CP, se encuentra en la proliferación de normas, reglamentos y directrices de diversas instituciones sobre el tema.

7 Yulieth Teresa Hillón, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, en: *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Volumen n.º 41, enero-junio de 2014.

8 “Gloria Patricia Lopera, Robert Dover, “Consulta previa, ciudadanía diferenciadas y conflicto socioambiental”, en: *Boletín de Antropología*. Universidad de Antioquia, Medellín, Vol. 28, N°45, 2013. p.7.

9 *Ibíd.*, p.14.

10 Pierre Bourdieu, Gunther Teubner, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en: ediciones Uniandes. ed. *La fuerza del Derecho*, Bogotá, 2000.



Las normas vigentes en materia de CP se han caracterizado por incorporar tensiones y visiones diferenciadas de los actores involucrados en ellas -entre estos las autoridades y órganos encargadas de regularla, empresas, grupos étnicos, organizaciones no gubernamentales, etc.- en cuanto al grado de protección otorgado a los derechos de los pueblos étnicos. Asimismo, se ha generado cierta incertidumbre frente al mecanismo de CP en relación con su significado, participantes, y sobre todo se genera una pugna respecto al alcance de este derecho. Lo anterior, puesto que algunos organismos han entendido que lograr el consentimiento de los grupos étnicos constituye un requisito para el desarrollo de proyectos, mientras que otras instituciones tan solo lo perciben como un fin de la consulta y establecen que esta no puede convertirse en ningún caso en el derecho a vetar proyectos.

Las discusiones giran principalmente en torno al debate entre CP y Consentimiento Libre Previo e Informado (CLPI en adelante); es decir, la discusión sobre el grado de participación de las comunidades y el consentimiento como requisito o como un fin deseable más no necesario. En este contexto, se pueden identificar tres paradigmas de gestión de la alteridad: asimilación, multiculturalismo neoliberal y multiculturalismo contra-hegemónico.¹¹ La “asimilación” es entendida como un modelo en el que se concibe al otro como objeto de aplicación de políticas de desarrollo y se percibe la CP como la simple socialización del proyecto, sin que se produzcan escenarios sobre el diseño y ejecución del mismo, sino que, a lo sumo, se está dispuesto a negociar con los líderes de las comunidades algunas medidas de mitigación de los impactos del proyecto a cambio de que no lo obstaculicen. El “multiculturalismo neoliberal” es visto como un modelo que propende por la pluralidad jurídica; este aboga por regulaciones flexibles para promover la concertación entre actores públicos y privados. En este modelo, se hace énfasis en los procedimientos y defensa de la CP a través de la judicialización de los conflictos, en los cuales se busca un espacio de participación para la comunidad con el ánimo de lograr el acuerdo sobre la decisión de explotar o no los recursos y la forma de hacerlo. Además, el consentimiento no es un requisito para la ejecución del proyecto. Finalmente, tenemos el “multiculturalismo contra-hegemónico”, como un paradigma que entiende la autodeterminación como el derecho a tener control efectivo sobre el territorio, los recursos y las condiciones de reproducción del grupo, de manera que las comunidades puedan decidir si se explotan o no los recursos y la forma de hacerlo, estableciendo la necesidad de lograr el CLPI para el desarrollo de los proyectos (atribuyendo así a estos grupos poblacionales el poder de veto).¹² No obstante, pese a la dispersión normativa existente, es posible vislumbrar algunas obligaciones concretas para las empresas extractivas en materia de CP, respecto de las cuales existe un consenso general entre los diversos órganos del ordenamiento jurídico nacional y el sistema internacional.

En primer lugar, se ha llegado a un acuerdo sobre la necesidad de que los pueblos indígenas y tribales sean consultados sobre los proyectos que afecten la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en sus territorios. Por esta razón, la empresa

11 *Ibid.*

12 G Lopera, *Op.cit.*



extractiva de recursos naturales no puede desconocer esta obligación, ni dar inicio a proyectos de exploración o explotación de recursos sin efectuar la CP.

Igualmente, existe un acuerdo general sobre los principios que deben guiar a las empresas en la realización de consultas, así se ha dicho que los procesos consultivos deberán: (a) entablarse diálogos legítimos previos al inicio de los proyectos, libres de cualquier presión o coacción y orientados por el principio de buena fe; (b) ajustarse a las normas propias de la comunidad para la designación de representantes y mecanismos de adopción de decisiones; (c) emprenderse como un espacio de comunicación e intercambio entre iguales y con la intención de llegar a un acuerdo que recoja en la mejor medida los derechos de los pueblos y los intereses de los otros participantes; (d) respetar los tiempos requeridos por las comunidades para la adopción de decisiones; (e) caracterizarse por la lealtad, el respeto y la consideración mutua, que se materializan a través de una clara, completa y adecuada transmisión de la información relativa a los impactos del proyecto a desarrollar y sus efectos para los grupos étnicos concernidos.

En relación con el alcance de la CP y la implementación del CLPI como un requisito para el desarrollo de los proyectos extractivos y no como una simple finalidad, el debate continúa y oscila entre las tres posturas mencionadas anteriormente. El lenguaje del consentimiento ha sido incorporado, por ejemplo, en la Declaración de la Organización de Naciones Unidas (ONU en adelante) sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los pronunciamientos del Relator especial de la ONU para cuestiones Indígenas y el desarrollo jurisprudencial reciente de la Corte Constitucional. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho nacional e internacional sobre el tema incorporan una concepción débil de la CP, sin exigir que los Estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que resulta en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener.

Dada esta ambigüedad, el objetivo que debe tener la CP sigue siendo uno de los asuntos más polémicos en las discusiones jurídicas y políticas sobre esta cuestión. Sin embargo, a partir de algunas normas emitidas por diversos organismos nacionales e internacionales que son jurídicamente vinculantes para Estados y empresas, es posible llegar a la conclusión de que hay tres casos en los cuales existe un acuerdo general sobre el deber de la empresa extractiva de lograr el CLPI para la realización de proyectos. Estos casos son los siguientes: i) Cuando la intervención implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, ii) Cuando la intervención esté relacionada con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, iii) Cuando la intervención represente un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

Efectuado el recuento de las obligaciones que surgen para las empresas de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en materia de CP, se procederá en el capítulo siguiente a analizar las percepciones que tiene estas compañías frente a algunos temas asociados a este derecho. Estas fueron reconocidas usando el método de investigación cualitativa



mediante un acercamiento con los sujetos de la indagación que consistió en entrevistas personales semiestructuras a algunos funcionarios de empresas multinacionales extractivas domiciliadas en Colombia.

Posteriormente, al final del próximo capítulo, se contrastará la posición de los sujetos de la investigación con las normas que los vinculan en materia de CP y CLPI, a fin de establecer si las percepciones y prácticas generalizadas de estos sujetos están jurídicamente fundamentadas y si las críticas planteadas al mecanismo son sustentables a la luz de la regulación existente.

Una mirada desde la empresa extractiva a la consulta previa (CP)

1. Esencia de la consulta previa (CP)

En principio, los representantes de las empresas entrevistadas, entienden la CP como el “mecanismo que permite a las comunidades indígenas, afrodescendientes y pueblos Rom decidir sus prioridades y elegir un modelo de desarrollo que se ajuste a estas”,¹³ como la facultad a “participar de las decisiones respecto de medidas legislativas que puedan afectarlos o frente a la ejecución de proyectos relacionados con sus territorios o recursos para garantizar sus derechos humanos y en especial la libre determinación de los pueblos”.¹⁴ Pero, a la vez, es un mecanismo que, más allá de percibirse como un instrumento para garantizar los derechos de las comunidades étnicas minoritarias, genera cierto temor en el sector. Según los representantes interrogados, muchas veces representa un obstáculo para la compañía en el desarrollo de proyectos extractivos “porque nunca se sabe el costo económico que va a tener ni el tiempo por el que se va a extender”.¹⁵ Además, afirman que su aplicación se vuelve problemática por diversas dificultades al interior de las comunidades, como la desconfianza frente a los ejecutores, la corrupción, la falta de disposición al diálogo y también resulta complicada porque el gobierno ha asumido un rol pasivo en las consultas y ha prestado poco apoyo a los procesos consultivos.

En cuanto a los objetivos que deben perseguir los procesos consultivos, nos encontramos nuevamente con la misma ambivalencia. Las empresas reconocen la defensa efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas protegidos en el ordenamiento colombiano como uno de los fines esenciales de los procesos, pero siempre que esa participación en las decisiones que los afectan y la garantía de sus derechos no “implique frenar el desarrollo de los proyectos y las iniciativas privadas” o incluso otras la ven como un formalismo.

Ante esta posición, se analiza que si bien es cierto que la CP ha contribuido a la desaceleración de algunos proyectos, no debe percibirse como el “palo en la rueda del desarrollo”, sino que debe entenderse como la forma de participación efectiva con la que cuentan los grupos

13 Entrevista personal No 1, 15 de marzo de 2014.

14 Entrevista personal No 6, 20 de marzo de 2014.

15 Entrevista personal No 2, 7 de marzo de 2014.



étnicos minoritarios y una manera de enriquecer los proyectos. Este es pues un mecanismo reconocido en el ordenamiento jurídico nacional e internacional que no puede desconocerse y que según lo consagrado en estos instrumentos, no debería verse como un simple trámite o como un proceso adversarial, sino como un diálogo intercultural en el que los participantes pueden aprender de los demás a través del intercambio de información. Por las razones anteriormente expuestas, no es adecuado que la empresa privada extractiva perciba la CP como un obstáculo para el desarrollo de los proyectos o un trámite más para obtener la viabilidad ambiental y lograr proseguir con los proyectos extractivos. Por el contrario, debería darle el reconocimiento requerido a este instrumento al interior de la organización y velar porque se adopten políticas internas tendientes a la ejecución de consultas serias, responsables y orientadas por el principio de buena fe, para así poder avanzar un poco en la armonización de los derechos de estas comunidades y los derechos de las compañías.

2. Regulación y necesidad de una ley estatutaria

Al indagar sobre la regulación existente a nivel nacional en materia de CP, la claridad y seguridad jurídica que esta ofrece a los inversionistas privados, los representantes de las empresas coincidieron en decir que es una reglamentación completa en algunos aspectos pero que presenta vacíos frente a otros. Ante esta indeterminación, la investigación arrojó como resultado que el sector considera necesario expedir una ley estatutaria que regule el derecho fundamental a la CP cuyos temas centrales sean: la estandarización de las formas de representación y decisión, los límites temporales a la CP, la implementación de algunas obligaciones para las comunidades en el proceso, el diseño de mecanismos para la identificación de impactos sociales, la fijación de unos montos límite a los que puedan ascender las compensaciones económicas, algún tipo de sanción para los participantes por no cumplir con los principios que deben guiar la CP y, finalmente, la delimitación del alcance del derecho.

Algunas de estas necesidades están jurídicamente fundamentadas, pero hay algunos puntos que implican una violación al principio de progresividad como la estandarización de las formas de representación y mecanismos para la toma de decisiones. Pues esto hace que la CP no se efectúe según las normas de representación de cada comunidad, sino que se establezca un procedimiento específico para la toma de decisiones; hecho que pese a facilitar gestión de empresarial, desconoce los derechos adquiridos de las comunidades frente a la defensa de su identidad. Los pueblos afectados tienen el derecho a decidir de conformidad con sus procesos específicos de adopción de decisiones y mediante sus propias instituciones representativas.

Otro punto inadmisibles es el establecimiento de límites temporales a los procesos de CP, porque cada proceso tiene sus propias particularidades y debe ajustarse a los usos y costumbres de cada comunidad. Así, limitar el tiempo de adopción de decisiones a cada pueblo es desconocer el derecho a que se respeten sus propias formas e instituciones. Finalmente, la petición de establecimiento de unos montos límite a los que pueden ascender los acuerdos económicos en los procesos de consulta, implicaría la violación del derecho a una reparación justa y equitativa de las comunidades, pues no se puede perder de vista



que el objetivo de estas prestaciones es mitigar los impactos de un proyecto específico y, por eso, la suma fijada dependerá de las circunstancias de cada caso.

3. Compensación y mitigación de impactos

En relación con los mecanismos de compensación de impactos, las empresas estuvieron de acuerdo en que el tema es bastante polémico y que aún no está muy desarrollado en la normatividad existente. Manifestaron que dentro de su política de mitigación están dispuestos a asumir compromisos económicos para atenuar los impactos que efectivamente causen, siempre que no se comprometa la viabilidad financiera de los proyectos.

Estas empresas señalaron además que se rigen por los acuerdos en materia de compensación a los que se llegue en la CP, pero revelaron que, en ocasiones, estos acuerdos realmente no se ajustan a los impactos efectivamente generados. Lo anterior, porque aún no es muy clara la forma de identificarlos ni de tasar los aparatos adecuados de reparación. Además, para los representantes de las empresas estudiadas es desalentador el panorama en torno a la compensación “porque se termina llegando a acuerdos que nada tienen que ver con los impactos discutidos que se identifican en los estudios de impacto ambiental, sino en los que la empresa entra a remplazar al Estado cubriendo necesidades básicas insatisfechas”.

Exteriorizaron además, que como generalmente las comunidades consultadas son poblaciones alejadas donde la presencia del Estado ha sido precaria, hay altos niveles de pobreza, necesidades de alimentación, fuentes de empleo, educación, salud, vivienda, estos pueblos ven en la compensación por los impactos del proyecto la única posibilidad de resolver parte de sus necesidades insatisfechas.

Ante este panorama, es claro que la empresa no puede sustituir al Estado porque se desdibujaría la finalidad de la CP; no es adecuado que las comunidades vean a las compañías como una carta de salvación frente a las carencias derivadas del abandono estatal. Por lo anterior, sería pertinente que se desarrollen pautas que sirvan como guía para entablar las negociaciones; en este aspecto la percepción de la empresa se encuentra jurídicamente fundamentada.

4. De la consulta previa (CP) al consentimiento libre previo e informado (CPLI)

En relación con el alcance del derecho a la CP, las empresas manifestaron que el CPLI lo perciben como un fin y no como un requisito para el desarrollo de los proyectos; por tanto, bajo ninguna circunstancia puede constituirse en un poder de las comunidades para vetar las actividades. Para ellas, este es un tópico confuso, frente al que falta desarrollo normativo. Sin embargo, afirman que si se implementa podría representar el palo en la rueda para el desarrollo del país, porque si un grupo sabe que puede vetar el proyecto, siempre querrá una compensación mayor y no se llegará al acuerdo.



Al respecto, como lo han mencionado las empresas y como hemos visto en el marco normativo desarrollado, frente al tema del CLPI, existe una gran dispersión normativa con interpretaciones distintas de lo que este significa. En otras palabras, se han consagrado diferentes alcances en los instrumentos nacionales e internacionales que ofrecen poca claridad a las empresas extractivas. No obstante, estas no pueden desconocer que de los instrumentos existentes se desprende una obligación clara: cuando el grado de afectación sea tal que pueda afectar la subsistencia de la comunidad, se deberá obtener el CLPI. Por esta razón, una negativa absoluta al CPLI resultaría injustificada a la luz de la regulación existente en materia de CP. Es cierto que puede ser difícil lograr el consentimiento, pero esto no faculta a la empresa para desconocer el reconocimiento de este derecho.

5. Principios rectores de los procesos consultivos

Al indagar sobre los principios que deben guiar la CP y la aplicación de los mismos, se encontraron algunos vacíos en las empresas que no garantizan que la consulta sea realmente previa al inicio de los proyectos y que las comunidades cuenten con toda la información necesaria para la adopción de decisiones que sean libres e informadas. Se pudo establecer que es común que las compañías efectúen las CP por su cuenta para evitar retrasos en sus proyectos, ignorando la institucionalidad estatal, ejecuten estudios sobre los impactos fuera de la oportunidad indicada en la normatividad relativa a la CP, no tengan en cuenta a las comunidades en la realización de estos estudios y no se cercioren de que la transmisión de información sobre los proyectos sea plena. Cuando las empresas efectúan la CP por su cuenta, no se pueden garantizar decisiones imparciales de la comunidad, pues dejar de lado al Estado, repercute en la falta de garantías y protección de las comunidades en los procesos consultivos y, de alguna manera, profundiza las asimetrías de poder existentes entre las comunidades y la empresa privada. Por esto, para cumplir el principio de buena fe, es necesario que el Estado desempeñe un rol activo en las consultas; acompañando a las comunidades, asesorándolas, garantizando una transmisión completa y oportuna de la información y evitando cualquier tipo de presión o coacción en los procesos.

En cuanto a los tiempos de ejecución, se pudo concluir que normalmente los Estudios de Impacto Ambiental no respetan la oportunidad establecida en el sistema normativo ni agotan la participación de las comunidades en su construcción. Estos son estudios que requieren un tiempo significativo de ejecución, pero que no se inician con la antelación suficiente a la ejecución del proyecto, y es común que la realización de las consultas se dé sin concluirlos, porque para ellas es inviable adelantar este tipo de procesos sin tener seguridad sobre la realización de las actividades. Con estas conductas, se evidencia una violación al requisito de la consulta sea previa, libre e informada pues estas prácticas conllevan a que la población no pueda decidir sobre la base de información completa y definitiva, y así la consulta termina convirtiéndose en un instrumento de legitimación del avance de ciertos proyectos y no un diálogo genuino.



Otra dificultad manifestada es que la discusión se torna compleja ante la falta de conocimientos técnicos de las comunidades porque no es posible discutir objetivamente los resultados de los estudios y por eso muchas veces están prevenidos frente a la empresa y desconfían de la veracidad de la información transmitida. Para contrarrestar estas dificultades, es necesario que los ejecutores sean claros, que utilicen un lenguaje coloquial en la transmisión de los impactos, que acudan a intérpretes y traductores de ser necesario, que utilicen elementos audiovisuales que faciliten la comprensión como mapas, videos, audios, maquetas, folletos, entre otras. También resultaría beneficioso que las comunidades cuenten con el apoyo técnico de un tercero imparcial como mecanismo de contrapeso ante las asimetrías de poder.

6. Papel del Estado en la consulta previa (CP)

Adicionalmente, la percepción de la empresa privada frente al rol de garante que debería desempeñar el Estado en los procesos de CP es negativa, destacando que “el Estado brilla por su ausencia”, por la falta de capacidad humana y de recursos económicos. Así mismo, exteriorizaron que gran parte de las obligaciones en cabeza del Estado están siendo trasladadas a la empresa privada, pues normalmente solicitan el acompañamiento estatal, pero cuando este no es oportuno y no se ajusta a los tiempos de los proyectos, deben tomar decisiones prácticas: en algunas ocasiones las empresas deciden hacer las consultas y reuniones con las comunidades por su cuenta y, en otras, optan por cubrir los viáticos de los funcionarios y brindarles todas las facilidades que estos pidan para su desplazamiento.

Pero, ¿Está jurídicamente fundamentada la solicitud de las empresas de contar con mayor acompañamiento estatal, la queja de la transferencia de obligaciones y la decisión de efectuar las consultas de manera independiente? En cuanto a la reivindicación generalizada de las empresas de contar con mayor acompañamiento estatal en los procesos de CP y de reforzar la institucionalidad, esta se encuentra jurídicamente fundamentada en la medida en que los diversos instrumentos internacionales radican en cabeza del Estado múltiples compromisos ineludibles frente a la participación de las comunidades en los proyectos que puedan afectarlas.

Respecto de la posición manifestada sobre la transferencia de obligaciones a la empresa privada por parte del Estado, esta se encuentra parcialmente fundamentada, pues si bien es cierto que corresponde al Estado liderar las CP y acercar a los participantes, para las empresas también surgen ciertas obligaciones de forma directa o indirecta en relación con el respeto de los derechos humanos.

Frente a la decisión de efectuar las consultas de manera independiente, esta es una conducta contraria al ordenamiento jurídico e implica la violación a los derechos de las comunidades de contar con un acompañamiento imparcial del Estado. Ante esta situación, se plantea la necesidad de ampliar la capacidad humana de las instituciones mediante la contratación de más funcionarios de planta, el aumento del presupuesto para el acompañamiento de consultas y en especial la abstención por parte de las empresas de ejecutar conductas sin presencia del Estado.



De acuerdo con los representantes entrevistados, también “se evidencian [algunos problemas] en la fase de certificación de presencia y de áreas tituladas, pues no se cuenta con un sistema de información sobre las áreas habitadas por estas comunidades”. Lo anterior, porque las instituciones a cargo no disponen de información georreferenciada o etnográfica precisa y la certificación puede ser errónea. Dicha afirmación, se ajusta al sistema normativo que rige los procesos consultivos, en la medida en que la certificación de presencia de comunidades es una de las obligaciones definidas en cabeza del Estado, pero no se está efectuando en forma adecuada. Ante esta dificultad, proponen los representantes, como primera medida, efectuar una especie de censo de las comunidades y, de ser posible, trazar mapas en los que se señalen las restricciones por presencia de comunidades. Acto seguido, elaborar un Sistema de Información Geográfica-SIG en el que se delimiten las zonas específicas de presencia de comunidades, las áreas tituladas a estas comunidades, la propiedad ancestral, sus lugares sagrados, de pago o en los que desarrollen actividades para su subsistencia.

Igualmente, las empresas entrevistadas afirmaron que muchos de los funcionarios del Estado son jóvenes sin experiencia, no hay equipos multidisciplinarios que integren diversas áreas del saber. Expresan también que requieren funcionarios integrales, con mayor experiencia y técnicamente competentes que se abanderen de los procesos de CP más allá de aplicar mecánicamente procedimientos estandarizados que no necesariamente tienen fundamento jurídico, ambiental, social o antropológico. Además de esta falencia, los representantes pusieron de precedente la necesidad de que haya mayor coordinación y comunicación constante entre las entidades.

Otras de las dificultades que resaltaron frente a las autoridades encargadas de la CP fueron la alta rotación de funcionarios por los modelos de contratación utilizados en estas entidades y que estos organismos se encuentran politizados y marcados por el clientelismo en los nombramientos que se hacen. Estas quejas frente a la capacidad y calidad de los funcionarios e instituciones que tiene a cargo la CP, se encuentra jurídicamente fundamentada, puesto que el Estado debe garantizar que cuente con equipos adecuados para el acompañamiento de los procesos, que se efectúen contrataciones serias del personal que no estén orientadas por influencias políticas, sino que obedezcan al mérito de los funcionarios.

7. Participación de las comunidades étnicas

Finalmente, se evidenciaron dificultades al interior de las comunidades asociadas a la designación de representantes, la adopción de procedimientos específicos para la toma de decisiones y ciertas prácticas que se prestan para la corrupción en los procesos de negociación.

Los sujetos que participaron en la investigación, declararon que es muy complicado que la comunidad se ponga de acuerdo sobre su representante legítimo, que a menudo están bastante fraccionadas e, incluso, hay casos en los que deciden dividirse en pequeños grupos



para negociar de manera independiente (pese a pertenecer a la misma comunidad) o “no reconocen a quien negocia como el líder legítimo que defiende los intereses de la comunidad”. Igualmente, las empresas afirmaron que algunas veces se presentan dificultades con los representantes seleccionados, porque no simbolizan los verdaderos intereses de toda la comunidad, sino que persiguen beneficios personales de cuenta del proceso.

Frente a la crítica anterior, es cierto que a menudo estos procedimientos pueden ser largos y complicados. Sin embargo, es necesario recordar que de acuerdo con el marco normativo analizado, la empresa privada no debe desconocer las normas internas de representación y toma de decisiones de las comunidades. Para evitar estos incidentes, la fase de preconsulta debe tomarse seriamente; es importante que se realice de forma oportuna, que la comunidad cuente con el tiempo suficiente para ponerse de acuerdo y que durante este proceso la empresa extractiva realmente se preocupe por entender la cultura y las dinámicas propias de cada comunidad. De esta manera, será posible que el representante que elijan sea percibido como legítimo y los acuerdos a los que se llegue sean aceptados por toda la comunidad. Finalmente, es fundamental evitar la cooperación con dirigentes impuestos o autonombrados que no sean reconocidos por la comunidad afectada y asegurarse de que los representantes rindan cuentas ante su grupo poblacional.

Entre estos representantes, existe además una idea generalizada de la necesidad de contrarrestar la corrupción al interior de estos pueblos durante los procesos de negociación. Afirmaron que es común que en la práctica haya empresas inescrupulosas que en la mayoría de los casos “compran” la aprobación de las comunidades y en otros casos líderes corruptos que se sientan a negociar con empresas serias que no acceden a sus prerrogativas. Aseveran que estos actores “distorsionan el objetivo general de la consulta con dinero y regalos que pretenden resarcir los daños ambientales de forma fácil y superficial”.

Ante esta situación, es fundamental el compromiso del sector, es decir, que de manera generalizada se abstengan de dar contraprestaciones en dinero, regalos o atenciones especiales a estos líderes que puedan ser malinterpretadas, y que busquen que las compensaciones pactadas favorezcan a la comunidad y no únicamente a los sujetos que negocian en su nombre. Igualmente, se requiere mayor presencia de las instituciones estatales en estas negociaciones para controlar los sobornos durante estos procesos y evitar que algunos líderes inescrupulosos soliciten prebendas para no bloquear los proyectos

Conclusiones

Después de este recorrido por las percepciones de las empresas objeto de estudio y su análisis jurídico, se cuestiona si la adopción de un modelo extractivista como uno de los pilares de desarrollo económico es compatible con el auge de la protección de los derechos de las comunidades étnicas minoritarias, pues ante la coexistencia de estos dos modelos, se han intensificado las pugnas sociales, políticas, jurídicas y económicas.



Esa lucha por determinar qué hacer con los recursos naturales en territorios ocupados por comunidades étnicas desde diferentes orillas es evidente en el ámbito jurídico. Como se analizó, tanto en el sistema normativo nacional como internacional se presentan tensiones frente al grado de protección de los derechos de estos grupos y al alcance del núcleo esencial de los mismos. Adicionalmente, no hay un consenso general sobre el significado de ser consultado, la oportunidad para hacerlo, los objetivos de las consultas y, sobretodo, sobre lo que ocurre en caso de no obtenerse el consentimiento sobre la medida objeto de estudio. Igualmente, el conflicto de estos modelos de desarrollo se percibe en el plano social y económico; enfrentando a actores privados y a comunidades por la defensa de sus derechos sobre los territorios y los recursos naturales existentes. De un lado, la mayoría de las comunidades parecen percibir la CP como una garantía de supervivencia y se han tenido que enfrentar a un modelo de desarrollo que propende por la reprimarización de la economía. Del otro, nuestro objeto de estudio, la industria extractivista, la cual encuentra, además de un ordenamiento jurídico que propende por sus actividades, un modelo multiculturalista y protector de la diversidad.

Desde la percepción de los actores privados, la CP, como escenario de concertación, representa algunos desafíos invencibles al enfrentar el desarrollo de una sociedad y las condiciones de vida de una comunidad. Las empresas extractivas investigadas se inclinan prevalentemente por un modelo asimilacionista en la medida en que consienten la realización de consultas para que las comunidades tengan el derecho a participar en las decisiones que puedan afectar sus formas de vida, siempre que esta participación no sea opuesta a los intereses económicos de la empresa privada y no constituya un obstáculo para la ejecución de proyectos que favorecen el desarrollo de la nación. Aplican de manera selectiva los instrumentos jurídicos que consagran pautas para el desarrollo de la CP, desconociendo aquellos que consagran un mayor grado de protección para las comunidades y que plantean una postura más garantista frente al núcleo esencial del derecho a la CP, pues de ceñirse por estos estándares los proyectos podrían prolongarse en el tiempo y encarecerse. Reconocen de manera limitada los derechos a las comunidades a participar, a decidir sus prioridades, a beneficiarse de sus propios territorios y recursos naturales, con el argumento de que el interés general debe primar sobre los derechos de unos pocos. Están dispuestos a dar voz a las comunidades frente a los proyectos, pero sus impactos sociales y ambientales no son informados a estos pueblos de manera oportuna y plena porque estas prácticas generarían retrasos y sobrecostos a los proyectos.

El análisis de estos elementos, hace evidente que la premisa defendida por los actores privados según la cual las empresas extractivas de recursos son promotoras de desarrollo económico para todo un país es incompatible con un modelo multiculturalista contrahegemónico. La pregunta que queda en el ambiente es ¿qué posibilidades existen de tejer puentes entre estas cosmovisiones del mundo enfrentadas? Según la perspectiva de las empresas, la respuesta es desalentadora. Si bien podrían emprenderse algunas acciones tendientes a mejorar los diálogos y acercamientos entre las comunidades y las compañías, no es posible la satisfacción cabal y la defensa de los intereses de los actores



enfrentados porque, finalmente, luchan por la apropiación de recursos naturales escasos, cuya concesión a uno implica la negación para el otro.

Ante los conflictos anteriores cabe señalar que, si bien es cierto que la CP puede convertirse en un mecanismo poderoso que juegue un papel fundamental en la materialización de los derechos de las comunidades étnicas, actualmente sigue siendo un desafío cómo llevarlo a la práctica, de manera que se satisfagan los derechos de los participantes enfrentados y se logre establecer un efectivo de diálogo intercultural en el que no se desnaturalice este mecanismo por imponer los intereses de unos actores frente a otros. Por ahora, mientras se espera aquel que salga ganador, quizá en los campos sociales minados de la CP continúe la pugna por los elementos procedimentales de su puesta en marcha, dejando de lado, ya sea en la indeterminación, en el derecho blando, en la dispersión o en lo meramente académico, lo sustancial.

Bibliografía

Colombia, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento-CODHES. *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*. Documento 24, Bogotá, 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Hillón, Yulieth Teresa, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, en: *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Volumen n.º 41, enero-junio de 2014.

Lopera, Gloria Patricia, y Robert Dover, “Consulta previa, ciudadanías diferenciadas y conflicto socioambiental”, en: *Boletín de Antropología*. Universidad de Antioquia, Medellín, Vol. 28, N°45, 2013.

Rodríguez, Ana Sabina, “El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al CLPI: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación”, en: *Colección Textos Útiles*, Universidad de los Andes / Facultad de Derecho Grupo de Derecho de Interés Público, Bogotá, vol. 03.13, núm. 3, marzo 2013.

Rodríguez, Cesar, “Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, vol 1, 2012.

-----, et al, *La Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. Estándares del Derecho Internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2010.