



Revista de Derecho Privado  
E-ISSN: 1909-7794  
mv.pena235@uniandes.edu.co  
Universidad de Los Andes  
Colombia

Gutiérrez Ossa, Jahir Alexander  
Gerencia empresarial y estratégica en los proyectos de infraestructura física frente a las compensaciones y la consulta previa en Colombia  
Revista de Derecho Privado, núm. 50, julio-diciembre, 2013, pp. 1-34  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033221005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



**GERENCIA EMPRESARIAL Y ESTRATÉGICA EN LOS  
PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA FRENTE A LAS  
COMPENSACIONES Y LA CONSULTA PREVIA  
EN COLOMBIA**

**JAHIR ALEXANDER GUTIÉRREZ OSSA**

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Revista de Derecho Privado N.º 50  
Julio - Diciembre de 2013. ISSN 1909-7794

# Gerencia empresarial y estratégica en los proyectos de infraestructura física frente a las compensaciones y la consulta previa en Colombia\*

Jahir Alexander Gutiérrez Ossa\*\*

## RESUMEN

El artículo analiza los fundamentos empresariales y estratégicos en los que se apoyan las empresas de infraestructura hidroeléctrica, minera y petrolera en Colombia, a la hora de compatibilizar sus iniciativas con las exigencias y pretensiones consideradas por la población ubicada en los territorios en donde estos proyectos tienen asiento. El estereotipo de sectores propicios para la incubación de dificultades y problemáticas de orden ambiental, social y política caracterizan la actividad en dichos frentes. El Estado en Colombia ha establecido algunos lineamientos para acercar a las partes, por lo pronto, en cuanto a los procesos de negociación, acuerdos

## ABSTRACT

The article establishes the strategic and business foundations that support infrastructure hydroelectric, mining and oil companies in Colombia, to combine their efforts with the demands and claims considered by the population in the territories where these projects have seat. The stereotype of conductive sectors for the incubation of difficulties and problems of environmental order, social and political characterized the activity on these fronts. The State in Colombia has established some guidelines to bring the parties as soon as the processes of negotiation, agreement and implementation underway projects. However, despite the raised management,

\* Cómo citar este artículo: Gutiérrez Ossa, J. A. (Diciembre, 2013). Gerencia empresarial y estratégica en los proyectos de infraestructura física frente a las compensaciones y la consulta previa en Colombia. *Revista de Derecho privado*, 50.

\*\* Economista de la Universidad de Medellín, Colombia; PhD en Administración Pública, Atlantic International University, Honolulu, USA; magíster en Desarrollo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín; estudios en Sistemas de Información Geográfica, Universidad San Buenaventura, Medellín; investigador del grupo de investigación en postgrados. Correo: jagogutierrez@gmail.com

y puesta en marcha de los proyectos. Sin embargo, a pesar de la dirección planteada, continúa haciendo carrera el malestar general respecto a los impactos que generan estas actividades en la población y en los territorios. Mientras tanto, las soluciones han sido expuestas bajo el carácter económico y legislativo en cuanto al pago de compensaciones, indemnizaciones y, ahora, la consulta previa.

**PALABRAS CLAVE:** alianzas público-privadas; compensaciones; consulta previa; gerencia empresarial y estratégica; infraestructura física, minera y petrolera.

continues to make race the malaise regarding the impacts generated by these activities in the population and the territories. So far, solutions have been exposed under the economic and legislative character in terms of payment of compensation and now the consultation.

**KEYWORDS:** partnerships public-private; compensation; prior consultation, business management and strategic; physical infrastructure, mining and petroleum.

## **SUMARIO**

Introducción – I. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS EMPRESAS EN LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA DE EXPLOTACIÓN E INFRAESTRUCTURA – II. DIFICULTADES DE LAS EMPRESAS EN INFRAESTRUCTURA, EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y ECONÓMICO INTERNACIONAL – III. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, EXPLOTACIÓN MINERA Y EXTRACCIÓN PETROLERA FRENTE A LA CONSULTA PREVIA – IV. CONCLUSIONES – Bibliografía.

## Introducción

El llamado global a las empresas para que modifiquen sus prácticas productivas en las actividades extractivas, de exploración, explotación, a la vez que de ejecución de megaproyectos, reorienta el patrón gerencial hasta ahora vigente. Literalmente, las compañías han respondido siempre a sus propias necesidades y requerimientos, a pesar de las demandas o reclamos a morderse sus actuaciones, sin embargo, la situación se torna exigente en la medida en que responde al clamor mundial de consultar previamente a la población en donde han considerado realizar alguna de las actividades referidas.

Las empresas dedicadas a la actividad de infraestructura física, hidroeléctrica, minera y petrolera en el mundo están siendo compelidas a socializar sus actividades con la población y el territorio en el cual aspiran a desarrollar o proseguir sus actividades. Este proceso, catalogado de manera genérica como consulta previa, implica para las empresas la revaloración de su estructura de gestión y organización, escenario acostumbrado a considerar y resolver las dificultades directamente con estamentos del orden central o instituciones de corte ministerial, pero en ningún momento bajo revisión de la lupa local - regional.

Este mecanismo crea para las empresas un nuevo contexto en materia de costos sociales de transacción, por el papel transversal que en adelante adquiere la consulta previa a la hora en que asuman con criterios claros su interacción con la población y el territorio en el cual

está afincada alguna de las actividades mencionadas. En este sentido, la revisión del foco de externalidades que pueden crear las compañías, a la par con las circunstancias que estas pueden representar para su desempeño como organización y firma, ubica a las empresas en la necesidad de dar a conocer abiertamente los criterios de desempeño externo en su política gerencial.

Es claro que las aplicaciones teóricas dispuestas por el análisis institucional en cuanto a los costos sociales de transacción, la teoría de la firma, las externalidades y el análisis económico del derecho contienen los elementos que pueden ser útiles a la hora de explicar los criterios que deben adoptar las empresas para establecer sobre las prerrogativas de la consulta previa una oportunidad. Es hora de que las empresas establezcan realmente el marco de referencia dentro del cual hacen gestión en los territorios en donde tienen asiento, para mejorar los criterios gerenciales en la materia y permitir la trazabilidad de las decisiones, que depende de la fundamentación en que se apoyan.

En el caso de las empresas de los sectores hidroeléctrico, minero y petrolero en Colombia, para compatibilizar sus intereses con las exigencias y pretensiones de los territorios en donde tienen asiento es necesario profundizar sobre la estructura de composición y gestión que rodea este tipo de apuestas, así como en las perspectivas que sobre ellas tiene la población afectada o receptora de su presencia, las cuales, es bien conocido, resultan poco halagadoras en materia de beneficios, impactos y resultados, conforme

a los argumentos de la población ubicada en los territorios en donde terminan edificados los proyectos.

## I. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS EMPRESAS EN LA ACTIVIDAD EXTRACTIVA, DE EXPLOTACIÓN E INFRAESTRUCTURA

Las empresas dedicadas al desarrollo de infraestructura, proyectos hidroeléctricos, extracción minera y exploración petrolera están expuestas, más que cualquiera otra organización, al permanente rechazo, relacionado directamente con su actividad; la situación raya de constante cuando se trata de evidenciar su reciprocidad. Dicha oposición ha servido para auspiciar una serie de discursos antiempresariales connotados con un halo de fundamentos nacionalistas, que no han servido para estimar la conveniencia o medida de hasta dónde es necesaria su presencia en dichos frentes. Argumenta Slack (2011, p. 5):

Debido a la incapacidad de los organismos estatales locales de supervisar las operaciones de extracción, a menudo las empresas y las comunidades locales interactúan sin ningún tipo de intervención o intermediación. Como resultado de esto, en muchos casos, las relaciones entre las empresas y las comunidades tuvieron como preludio la violación del derecho de las comunidades de ser debidamente consultadas e informadas sobre el posible impacto de un proyecto.

Es, precisamente, el desconocimiento que se tiene respecto a la manera como debe analizarse o entenderse la acción de estas compañías,

el epicentro de interés para considerar como campo de referencia crucial el poder establecer las bondades de lo que significa para ellas alternar la cotidianidad de sus labores con las circunstancias de naturaleza pública o social que deben asumir cuando aparecen querellas o reclamos relacionados con el desempeño de su actividad y las posibles afecciones que estas podrían crear. Indica Ricco (2011, pp. 32-33):

En materia de responsabilidad en la cadena de valor, las Empresas Multinacionales (EMNs), deberán no solo analizar los posibles impactos negativos –actuales y/o potenciales- derivados de sus actividades; también deberán incluir a sus proveedores y a otras empresas con las que realizan negocios. Esto cobra más relevancia aun si se consideran los aumentos de las contrataciones en los procesos de producción en los países en desarrollo, por parte de las empresas multinacionales.

La gerencia empresarial ha estado dirigida a reconocer muchos frentes en el círculo de las compañías, normalmente relacionados con problemáticas vinculadas a la competencia o el mercado. Esta vez, el interés estriba en aprovechar las vicisitudes que deben afrontar las empresas hidroeléctricas, de infraestructura, mineras y petroleras, para evidenciar la capacidad de respuesta gerencial a la hora de tomar decisiones surgidas de las disquisiciones del entorno, y la posibilidad de generar condiciones que puedan aprovecharse para su gestión en el medio. Reitera Slack (2011, p. 5):

Las empresas también carecen de mecanismos efectivos para identificar y abordar proble-

mas de derechos humanos. Si bien casi todas las empresas cuentan con personal encargado de la promoción de la “responsabilidad social corporativa” y algunas incluso contratan a especialistas en derechos humanos con dedicación exclusiva, las comunidades locales a menudo se quejan de que estas personas no garantizan un acceso real a recursos frente a las violaciones de derechos humanos que se producen. Y aun cuando las empresas han comenzado a implementar procesos más formales de atención y resolución de denuncias, es difícil apreciar en qué medida estos mecanismos pueden ofrecer recursos efectivos si se plantean y tramitan en su totalidad ante las mismas empresas a las que se acusa de haber violado derechos humanos.

El caso colombiano sirve de base para analizar, en consecuencia, las características generales que presentan las empresas dedicadas a estos menesteres, máxime cuando en el momento desde el Estado y la propia Nación se está haciendo un llamado a replantear la política contractual en los frentes de producción comentados. En este sentido, es de aprovechar entonces la coyuntura que se presenta en el país, no solo para evidenciar las condiciones en que se encuentran dichas empresas, sino para contribuir en la discusión y formular propuestas con respecto a la dirección que debe tomarse. En el marco del panel nacional itinerante: Política minero energética y sus conflictos en Colombia, publicado en el boletín *Impactos* (2007, p. 20), se expresó:

Se encuentran en curso y planeación diversos proyectos de gran envergadura como represas, plantaciones para agro combustibles, explora-

ciones mineras, intensificación de la actividad petrolera, construcción y ampliación de puertos, vías y proyectos de interconexión eléctrica entre otros, enmarcados en una política minero-energética que sigue los lineamientos de la Banca Internacional. El modelo adoptado no responde a las necesidades ni a las formas de vida de los diversos pueblos y comunidades que habitan el territorio colombiano.

Si bien tales preocupaciones tienen relación con la responsabilidad y el compromiso con el medio ambiente, la realidad es que estas compañías no cuentan con una fehaciente estimación sobre la cual apoyar su quehacer. Lo único claro es que representan un conjunto de actividades que permanentemente están expuestas a diversas amonestaciones, fustigaciones y exaltaciones. En el mundo el tema está ubicado en su punto más álgido, particularmente por las exigencias ambientales y de sostenibilidad que hoy hacen parte de la partitura sobre la cual debe ser trazada la misión de las empresas. Argumentan León y Bonilla (2008, p. 4):

Generalmente el desarrollo de los proyectos de integración energética no ha sido precedido por un amplio debate sobre los posibles impactos socio ambientales que estos podrían producir, tales como el desplazamiento de comunidades, la pérdida de tierras para cultivos, el impacto sobre el acceso de las comunidades al agua, la violencia e intimidación por parte del Estado y de las empresas ejecutoras de los proyectos, etc. El hecho de la poca apertura pública para la discusión sobre los impactos potenciales, se ha traducido en una alta conflictividad social y oposición de las comunidades que viven alrededor de los megaproyectos. Existe una gran

preocupación en varios sectores de la sociedad civil –comunidades, movimientos sociales y grupos ecologistas– sobre todo por los graves impactos que la implementación de los mega-proyectos comporta en las distintas regiones y ecosistemas en los que estos se asientan.

La fortaleza con que cuentan estas empresas para sortear este tipo de circunstancias es el conducto a través del cual se intenta establecer las bases gerenciales y estratégicas para sortear las dificultades expresadas. El apoyo analítico, aplicado y teórico provisto por el análisis institucional y el análisis económico del derecho, auspiciado por el sistema jurídico del *common law*, en gran medida pueden dar luces a la estructura gerencial de las empresas dedicadas a los oficios relacionados con la infraestructura y exploración, con respecto a sus consecuencias e impactos. Plantea Beristaín (2007, p. 124):

A pesar de que se lleven a cabo estudios que ayuden a valorar el daño, muchas veces quienes toman decisiones sobre los aspectos legales no tienen la formación adecuada para valorarlos. Hay que tener en cuenta que tanto los sistemas judiciales como los organismos internacionales de defensa y protección de los derechos humanos tienen en general poca experiencia en cuestiones sobre las consecuencias en la salud o el daño ambiental. También el desconocimiento de los jueces nacionales en temas ambientales supone un límite para la consideración de estos impactos y de las medidas de reparación adecuadas a la jurisprudencia nacional e internacional.

La actividad vinculada a la extracción de recursos naturales e intervención física sobre suelos

y tierra en sus diferentes connotaciones está expuesta a condiciones gravosas relacionadas con su impacto, que terminan siendo evaluadas por diferentes estamentos e instituciones que no siempre las ubican en el mejor lugar. Generalmente, deben enfrentar demandas, peticiones y reclamos derivados precisamente de la animadversión, reparación o salvedad, por parte de quienes reclaman de ellas reciprocidad en materia ambiental, geográfica, política y social, adicionales al vínculo económico. Contextualiza Beristaín (2007, p. 74):

La falta de regulación de los derechos sociales o ambientales y el escaso control del comportamiento de dichas empresas en entornos aislados, con ausencia de información pública y debate, supone un contexto de fragilidad para la defensa de los derechos humanos y de políticas de desarrollo sostenible. Frecuentemente las relaciones entre empresas y Estados están caracterizadas por escasas garantías para el país o la población afectada. Mientras los acuerdos comerciales tienen formas de resolución rápida mediante arbitrajes y otras medidas del derecho comercial o marítimo, los derechos de las poblaciones afectadas se encuentran mucho menos protegidos.

El escenario para las empresas en los frentes mencionados las ha llevado a replantear su quehacer no solo en cuanto al oficio, sino en cuanto a la capacidad de respuesta a la hora de hacer frente a los requerimientos institucionales o jurídicos, a sabiendas de lo que puede significar para su propia permanencia o viabilidad el dar por descontada cualquier posibilidad de acuerdo, negociación o responsabilidad al ser reque-

ridas en cualquier caso. De ahí la relevancia de contemplar este tipo de sucesos en su marco gerencial empresarial y de gestión estratégica. Considera Hernández (2009, p. 307):

Los Estados receptores de inversiones, o no pueden o no quieren desarrollar sistemas normativos y jurisdiccionales, por ser países empobrecidos sin capacidad de control de las corporaciones económicas, ya que sus gobiernos participan en mayor o menor grado de las lógicas neoliberales y por tanto, de las privatizaciones, desregulaciones y reformas de Estado. Es cierto que el surgimiento de nuevos gobiernos populares en América Latina está provocando fracturas en el control jurídico-político neoliberal, pero también es verdad que es muy complejo despegarse de la armadura normativa del Derecho Comercial Global.

La infinidad de inconvenientes que deben resolver las empresas dedicadas a estos menesteres no solo corren por cuenta de los problemas que gravitan a su alrededor. También las condiciones de conflicto, baja institucionalidad, magra estructura jurídica y deficientes patrones sociohabitacionales hacen parte de las problemáticas que deben abordar para poder sacar adelante sus actividades. Son escasos los ejemplos positivos que muestran correspondencia entre las condiciones del país y las condiciones de las empresas, hecho que evidencia la disparidad generalizada a la hora de evaluarlas. Destaca Ostrom (2008, pp. 35-36):

Casi no hay semana en que no aparezca un reportaje de importancia sobre la amenaza de la destrucción de un recurso natural valioso. Situaciones semejantes tienen lugar en distin-

tas escalas que van desde pequeños barrios hasta el conjunto del planeta. La cuestión de cómo administrar mejor los recursos naturales utilizados por muchos individuos no está mejor resuelta en la academia que en el mundo de la política. Algunos artículos eruditos sobre la “tragedia de los comunes” recomiendan que “el Estado” controle la mayoría de los recursos naturales para evitar su destrucción; otros sugieren que su privatización resolvería el problema. Sin embargo, lo que se observa en el mundo real es que ni el Estado ni el mercado han logrado un éxito uniforme en que los individuos mantengan un uso productivo, de largo plazo de los sistemas de recursos naturales.

La exposición de las empresas al marco legal de la consulta previa promueve un escenario de oportunidades para las actividades extractivas, en la medida en que puedan adecuar los requerimientos normativos de la legislación y la norma creada al amparo de dicho precepto, al marco de la dirección y la gerencia empresarial de la actividad de infraestructura, hidroeléctrica, minera y petrolera, lo cual podría traerles más beneficios que los inmediatos reparos en cuanto a los obstáculo que se perciben a la hora de considerar las bondades de una iniciativa que puede dar réditos.

## II. DIFICULTADES DE LAS EMPRESAS DE INFRAESTRUCTURA, EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y ECONÓMICO INTERNACIONAL

La situación de debilidad que se presenta en la legislación y la norma que rige al sector es recíproca a las endebles estructuras institucionales que dan recibo a estas compañías. En un sentido general, corresponde a estas empresas asumir dificultades tan abrumadoras como las propias condiciones en que se gestan los negocios y contratos a la hora de definir los términos, situación que indica más que la rapacidad de las empresas, la ineptitud institucional para orientar con argumentos y criterios los artículos e incisos que establezcan con claridad las salvaguardas tanto para las empresas como para el país que las acepta. Analiza Lemaitre (2011, p. 17):

Las contradicciones internas, tanto del Estado como de las empresas, crean oportunidades y peligros para los grupos vulnerables afectados por los proyectos de desarrollo. Así, se ha visto a las organizaciones sociales también adaptar el lema del desarrollo sostenible para sustentar la legitimidad de conceptos de modelos propios de desarrollo y resistencia, creando un discurso alternativo al modelo hegemónico. También han aprovechado los espacios participativos generados por el Estado y las empresas, como los procesos de consulta previa, para asentar posiciones fuertes en contra de los proyectos, e incluso llegando a lograr, con el apoyo de las Cortes, modificaciones de estos. Al mismo tiempo, sin embargo, surge la posibili-

lidad, cada vez más evidente, de la cooptación y control de esta resistencia por parte del Estado y de las empresas.

El concepto que se tiene de estas empresas en distintos lugares del mundo no es el más halagador. Su pasado colonialista constituye la base de las refriegas que las caracterizan, y que con cada mal paso no solo reviven los acostumbrados llamados a la soberanía, sino el malestar institucional que debe asumir el estamento o gobierno de turno por las críticas a los términos contractuales o de negociación en que han sido consumados los acuerdos de exploración o explotación de los Estados con respecto a estas compañías. Evalúa Societas Consultora de Análisis (2012, p. 142):

Estas crecientes asimetrías en la toma de decisiones en materia de políticas y de proyectos en el campo de las extractivas están generando problemas de diversa índole: incertidumbre sobre competencias en materia de minería e hidrocarburos entre los distintos entes gubernamentales; violación de códigos y normas establecidos por la discrecionalidad que las autoridades nacionales están aplicando en la concesión de títulos y licencias; impactos ambientales muy negativos, presentes o previstos, asociados a la exploración y a la explotación, por cuenta de dicha discrecionalidad y de la aplicación de criterios de rentabilidad por encima de criterios de sostenibilidad; en fin, conflictos sociales de gran magnitud.

La prevalencia de una especie de concepción de asalto con respecto a la actitud discrecional y de indiferencia que al parecer asumen estas compañías, hace parte de los cuestionamien-

tos que emergen a la hora de aportar pruebas para fomentar el cambio de políticas y de marco legal, con referencia a los instrumentos que se tienen para que estas empresas mejoren o modifiquen su quehacer de cara a los llamados presentados por vías de hecho o legales, pero que dada la condición de actividades ancladas, deben dar celeridad y prontitud a las querellas o reclamaciones presentadas por diversos agentes. Pone en evidencia Ruiz (2005, p. 16):

Con la aplicación de políticas de desregulación de los mercados y de promoción a la inversión privada en los últimos veinte años, que instauraron la subsidiariedad del Estado en la actividad empresarial, la mayoría de los países de la región no ha reservado para este la explotación y comercialización exclusivas de recursos naturales como la pesca, la extracción de maderas, recursos mineros, hídricos o energéticos. En los acuerdos bilaterales denominados Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIIs) que han suscrito países de la región, y en especial los TLC que han suscrito algunos países con Estados Unidos y la Unión Europea, se otorgan mayores garantías a los inversionistas extranjeros para acceder a los recursos naturales.

Es precisamente el reconocer las bondades de los acuerdos, negociaciones o reciprocidad que puedan desprenderse de la gestión organizacional y de la gerencia empresarial de estas compañías, el objeto central de revisión vinculada a las condiciones, mecanismos y modificaciones que deben alienar y alentarlas para que, además de mejorar las aprehensiones que se tienen con respecto a ellas, puedan establecer los criterios sobre los cuales este tipo de circunstancias se

traduzcan más en una oportunidad que en un problema. Analiza Sánchez (2002, p. 11):

Las nuevas condiciones de las economías nacionales y en especial las medidas adoptadas en los noventa relacionadas con la liberalización de los mercados de capitales; el otorgamiento de incentivos tributarios a la inversión; y la eliminación de las barreras de entrada a la explotación y transformación de recursos naturales, como la minería, el petróleo y el gas así como a las telecomunicaciones y la industria de electricidad, estimularon fuertemente el ingreso de capitales extranjeros. Es importante destacar la nueva dinámica que ha venido mostrando la inversión europea, tanto en la industria eléctrica como en los hidrocarburos, que se ha sumado con mayor fuerza a la proveniente de los Estados Unidos.

El papel que cumplen las empresas en estos procesos en cuanto a capacidad y concepto de negociación, representa para los entendidos la posibilidad de elevar la trascendencia que tienen las compañías vinculadas a estas actividades, con referencia a la población sobre la cual están adscritas como parte de la vida diaria del territorio en donde tienen lugar. Más allá del concepto de responsabilidad social y de buen gobierno, las empresas deben impulsar el interés por converger más en el espacio en donde se encuentran construyendo infraestructura o extrayendo recursos del suelo. Expresan Bebbington et al. (2011, p. 14):

En muchos lugares de América Latina, los actores extra-territoriales se han convertido en factores determinantes de las dinámicas territoriales recientes. En efecto, buena parte

de los territorios rurales latinoamericanos se caracteriza por la presencia de “actores extra-territoriales” que, por lo general, tienen acceso a un conjunto de recursos económicos, políticos, sociales y culturales de los que los actores locales generalmente carecen. Su presencia introduce nuevas asimetrías de poder en los territorios en donde operan.

La apuesta que al respecto puede representar para los diferentes agentes e instituciones relacionados en estas actividades puede traer más frutos de los esperados. Mientras no exista un claro interés de acercamiento de las partes, con la contribución de los diferentes estamentos convocados a dirimir directa e indirectamente las causas o consecuencias que los distancian, continuarán las disputas en otros frentes distintos a los que constituyen el centro de discusión en cuanto a problemáticas ambientales, legales, sociales y tributarias, que tienen como enlace general el matiz de alcance internacional. Según Sánchez (2004, p. 10):

El objetivo primordial de la transformación productiva es conocer, evaluar, manejar y conservar el patrimonio natural de tal manera que las sociedades humanas dispongan de una creciente oferta de bienes y servicios que permita, de manera continua, una mayor calidad de vida, en un contexto equitativo y de protección al entorno natural y por tanto favorable al desarrollo individual y colectivo.

Los términos de referencia que acompañan a los procesos de negociación empresarial vinculados a las actividades extractivas y de infraestructura son conocidos abiertamente cuando, como consecuencia de ellos, aparecen dificul-

tades u obstáculos que deben asumir las empresas de manera directa, y que por efecto de la difusión y la propaganda deben ser contestados de la misma manera. Sin embargo, la estructura profunda con que son asumidos los procesos conforme a estas circunstancias no se advierten claramente. Expresa Bebbington (2009, p. 1):

Los países andino-amazónicos viven un periodo de expansión de las industrias extractivas, reflejando procesos mundiales y regionales además de políticas nacionales. No obstante las diferencias entre los proyectos políticos de los gobiernos andino-amazónicos, sus políticas frente al sector extractivo revelan convergencias. En cada país: el sector extractivo genera recursos necesarios para financiar políticas sociales y de reducción de la pobreza; ha habido crecientes niveles de descontento frente a la expansión extractiva; y, en las respuestas gubernamentales, lo nacional prima sobre lo local. Existe una tendencia hacia discursos gubernamentales que deslegitiman a los actores locales y organizaciones de la sociedad civil que cuestionan la expansión del sector extractivo. Se sugeriría que la expansión extractiva genera serios desafíos para la consolidación democrática.

El cuestionamiento referido a la intensificación de los procesos de intervención sobre la disposición de los recursos naturales renovables y no renovables, emprendido por cuenta de la aparición de distintos estudios e informes relacionados con la suerte del planeta, se ha diversificado hacia otros frentes. No solo es la explotación desmedida y la corrección sobre el daño ambiental que esta situación genera; a pesar del interés que despierta este campo, aún no

es clara la secuencia e introspección que deben generar los actores involucrados allí. Aportan Del Moral y Bermann (2005, p. 12):

Uno de los desafíos para el desarrollo de la idea de gobernanza ambiental es incluir el análisis específico de la existencia de grandes extensiones territoriales de selva, de poblaciones tradicionales e indígenas que viven sobre la tierra, que se sirven de ríos y de bosques que son codiciados para otros fines –tales como la construcción de infraestructura para generar energía o la extracción de minerales y de hidrocarburos–, y garantizar, más allá del mero discurso y la intención, la pluralidad cultural, las formas de vida y de organización social.

La encrucijada que deben resolver las empresas para sortear su quehacer en los sectores de exploración, explotación, extracción e infraestructura tiene ascendencia en las dificultades que deben encarar en distintos frentes. Sin embargo, es poco lo que se conoce con respecto a la contundencia, flexibilidad o temple con el que estas estructuras deciden resolver las diferencias u obstáculos, a pesar de su elocuencia o la publicidad que reciben en cada circunstancia, y que va desde el orden ambiental y laboral hasta perjuicios o reclamaciones diversas, que terminan siendo parte de la empresa como tal. Aprecia Rodríguez (2008, p. 84):

Sin embargo, este intento de integración de la dimensión ambiental en las políticas fundamentales y en las políticas sectoriales sigue siendo muy tímido, como consecuencia de que el alto gobierno, y en general los decisores políticos y privados claves, continúan encarando lo ambiental como una restricción al desarrollo,

y por ende como un asunto de baja prioridad, cuando se toman decisiones estratégicas para buscar el crecimiento económico.

El asunto radica en que las empresas dedicadas a dichas labores aún no cuentan con bases suficientes ni con mecanismos claros a la hora de establecer interacciones con los agentes que coinciden en afirmar y señalar los daños por ellas ocasionados, por lo que terminan siendo asumidas por la población en donde se asientan y con poca o ninguna respuesta a las perspectivas respecto al margen de interacción entre los intereses de la empresa y las expectativas de los habitantes vinculados a ellas por el hecho de compartir espacio geográfico y territorial. Como lo constata Ostrom (2000, p. 3351):

El objetivo de esta entrada ha sido principalmente sobre los recursos naturales. Muchas de las lecciones aprendieron de la operación de los regímenes de propiedad comunal en estos sectores, sin embargo, son muy relevantes para una amplia diversidad de los regímenes de propiedad similares que están actualmente en uso amplio y es probable que tenga una presencia considerable en el próximo siglo. Un gran número de desarrollos habitacionales –como casas y viviendas familiares individuales– implican propiedad individual a la unidad de vivienda propia combinada con propiedad comunal a los jardines, instalaciones recreativas y otras instalaciones conjuntas. Mientras que los individuos pueden comprar y vender sus viviendas individuales, en el momento de la compra asumen un conjunto de funciones con respecto a las propiedades comunales estrechamente relacionadas.

El análisis institucional y neoinstitucional contiene los elementos necesarios para establecer los fundamentos en los que pueden apoyarse los diferentes agentes y grupos involucrados en los procesos de discusión, concertación y negociación, a los que indefectiblemente terminan siendo abocados a la hora de contemplar el presente y el devenir de las actividades centro de cuestionamiento. Para ello es necesario considerar, a la par, las características que posee cada uno de los actores, y cómo a través de las etapas referidas pretenden lograr sus propósitos, en principio individualmente y luego mediante procesos de concertación, con el fin de llevarlos necesariamente a un límite de orden complementario. Ostrom (2010, p. 2) propone un tercer enfoque para el estudio de los bienes communes. El corazón del método de Ostrom es examinar estudios de casos de comunidades existentes que han desarrollado las instituciones adecuadas a los particulares problemas técnicos que surgen en sus entornos de especie. Hace hincapié en que todos los campos comunes del mundo real tienen sus propias peculiaridades y argumenta que los problemas comunes reales son generalmente mucho más complejos que los modelos de los economistas.

El abordaje del análisis institucional con el análisis económico del derecho ha fortalecido las investigaciones respecto a las circunstancias regladas en materia de contaminación o daño y las posibilidades de que estas sean mediadas con carácter de negociación. Es decir, que para efectos de entendimiento, si bien la fundamentación está apoyada explícitamente en el enfoque de los costos sociales de transacción,

las externalidades y la teoría de la firma, los elementos indicados inicialmente constituyen el péndulo sobre el cual se ha extendido tal vez la fórmula más importante a la hora de evaluar y establecer criterios para que los agentes tomen decisiones bajo estas lides. Expresan García, Lara y Taboada (2004, p. 115):

Desde esta perspectiva algunas de las normas contractuales son legales y otras institucionales. Las instituciones limitan y habilitan el comportamiento humano y establecen las rutinas que gobiernan la conducta; se incluyen procesos de lenguaje, percepción, interpretación y conocimiento. Las organizaciones productivas son instituciones, en tanto se conciben como un conjunto de reglas que regulan e integran el comportamiento social de un grupo y se enfocan a la coordinación de recursos internos y externos que permiten percibir, evaluar e interpretar la realidad cognitiva.

En ambos frentes de análisis se destacan los aportes de Robert Pigou, Ronald Harry Coase, Morgenstern von Neumann, John Nash, Oliver Williamson, Mancur Olson, Douglass North y Elinor Ostrom, quienes han dedicado gran parte de sus estudios e investigaciones al fortalecimiento de las condiciones de negociación que pueden llevar las partes de manera contractual, extracontractual, con información completa o incompleta, del orden institucional, constitucional u organizacional, al igual que el orden que pueden proferir las instituciones para que dichos procesos sean plenamente exitosos. Agrega North (1992, p. 5):

¿Por qué es tan difícil de lograr tal política?  
Una parábola simple derivada de la teoría del

juego pone de relieve el dilema. Soluciones cooperativas en teoría de juegos son más probables cuando se repite el juego, cuando los jugadores tienen información completa acerca del desempeño anterior de los otros jugadores, y cuando hay una pequeña cantidad de jugadores. Permítanme esta historia: la cooperación es difícil de lograr cuando el juego no se repite o hay un final, cuando los jugadores no poseen información sobre los otros jugadores, y cuando hay gran cantidad de jugadores. En esas circunstancias los beneficios de la defeción normalmente superan a los beneficios de la cooperación.

Pigou considera que las empresas involucradas en problemáticas de daños, perjuicios o riesgos pueden llegar a acuerdos, siempre y cuando se puedan mejorar las condiciones de ambas a medida que la negociación avanza. Es una especie de posición disociadora o negociadora en cuanto a los arreglos que pueden hacer entre ellas, tras los cuales pueden establecer un nuevo rumbo de sus actividades sin afectar directamente los intereses individuales. Al respecto, podría asumirse una especie de negociación contractual sobre la cual las partes establecerían los beneficios de la situación. Establece Littlechild (1990, p. 8):

Pigou y Coase no utilizaban el concepto de costo social, aunque su uso era muy generalizado, sino que preferían trabajar, en cambio, en función del producto social. A pesar de que estos autores diferían en el tratamiento que daban a este concepto, ambos proponían, en esencia, utilizar el valor del producto social como un criterio para elegir entre situaciones alternativas. Este concepto dependía del “producto físico”

compuesto por bienes y servicios objetivamente especificados, a los cuales se les había asignado o se les podía asignar precios objetivamente definidos.

Esta propuesta ha sido ampliamente controvertida pese a la capacidad que ha tenido para fundamentar los elementos que hoy constituyen la explicación de la teoría de los riesgos, de los seguros y de los propios títulos de contaminación, más conocidos como de CO<sub>2</sub>, de los cuales se desprende que las empresas pueden contaminar sobre la base de unos óptimos tolerables para todos. Sin embargo, ante las actuales circunstancias este tipo de propuestas son plausibles en cuanto al proceso, pero cuestionables en la medida en que la adquisición de valor o mejoramiento esté expuesta conforme a la magnitud de la contaminación o el daño que convoca a las partes para negociar. Para North (1998, p. 9):

Los costes de transacción económica suponen una conexión directa con el contexto real donde se realizan los intercambios. El mercado es entendido, bajo este paradigma, como un entramado institucional que se ha formado históricamente, y que en consecuencia, requiere de habilidades y destrezas específicas de las personas y organizaciones que operan en él, según su contexto cultural formado incrementalmente a lo largo del tiempo. No hay un único mercado, sino que cada una de las formas que el mercado ha adquirido a través de las diversas experiencias históricas ha dado lugar a reglas específicas. Los costes de transacción, entonces, representan el esfuerzo económico que los agentes deben hacer para intervenir en el sistema de transacciones reglado en un mer-

cado específico. En estas condiciones, los costes de transacción se pueden subdividir en tres órdenes de elementos: costes de información, costes de negociación y decisión, y costes de vigilancia y ejecución (entendido como la fuerza necesaria para imponer el cumplimiento de los contratos).

Ronald Coase extiende los aportes de Pigou al ponerlo en un lugar de no mercado, bajo el que las partes necesariamente tienen que negociar de manera extracontractual acerca del límite que puede tener la convivencia entre actividades que benefician o perjudican tanto a los habitantes como a los territorios. En esta dirección, se asume que la estructura legal dispuesta en principio para establecer elementos de negociación puede crear otras derivaciones que, si bien podrían contribuir a mitigar de manera nominal el sesgo entre el cumplimiento de la norma y la manera de entenderla por parte de quienes la deben aplicar, la ambigüedad de esta puede crear otros escenarios y conllevar a que no propiamente la discusión se centre en el punto inicial de controversia, sino que sea evaluado en otros frentes no previstos en la ley. Agregan Arámbula y Gómez (1993, p. 17):

Para Coase, la jerarquía (firma) es más eficiente que el mercado, pues muchos de los costos de transacción (como las asimetrías de información en los precios) pueden eliminarse o al menos reducirse por medio de la internalización. La tecnología dejó de ser el centro de análisis de esta nueva perspectiva; lo que sucede –dice Coase– es que con el fin de lograr una mayor eficiencia y reducir costos de transacción surge la firma, la cual “tenderá a expandirse hasta que los costos de organizar una transacción

extra dentro de la firma igualen los costos de realizar la misma transacción por medio de un intercambio en el mercado abierto o bien los costos de organizar otra firma.

Coase representa el punto de partida de todo el análisis económico del derecho y del análisis institucional, por la manera como ha establecido las interacciones de los diferentes agentes para identificar los acuerdos a los que hubiese lugar, que no necesariamente implicaban condiciones de mercado. De él se desprenden los planteamientos de los autores que han puesto a las instituciones en el centro del debate, pero también han comprendido la relevancia de la combinación de estas con las condiciones del mercado, como lo indica la corriente neoinstitucional que tiene en calidad de representantes a Williamson, Olson, North y Ostrom, entre otros. Destaca Williamson (1979, pp. 234-235):

Un análisis discriminante explicará qué transacciones, dónde se encuentran y dan las razones de por qué. El objeto general del ejercicio esencialmente se resume en esto: para cada descripción abstracta de una transacción identifican la más económica estructura de gobernanza –donde por su estructura de gobierno me refiero al marco institucional dentro del cual se decide la integridad de la transacción–. Los mercados y las jerarquías son dos de las principales alternativas.

Los últimos precursores del institucionalismo y el neoinstitucionalismo dan fuerza a los elementos sobre los cuales se sostienen las estructuras sociales en cuanto a acuerdos y formas de hacer las cosas. En dicho sentido, se atiende que la gestión depende del quehacer o la ma-

nera como los diferentes agentes interactúan, a diferencia del neoinstitucionalismo, que si bien considera los patrones de comportamiento institucional insiste en que estos sean considerados desde la perspectiva del mercado, siendo este último también un precepto institucional sobre el cual puede llegarse a acuerdos eficientes. Expresa Noguera (2007, p. 108):

La tesis de Olson es que existen dos factores que inhiben claramente la participación de individuos racionales y egoístas en acciones colectivas: 1) El tamaño del grupo y, por tanto, la importancia relativa de la aportación individual a la acción: en grupos grandes, el impulso a actuar colectivamente será menor porque la aportación individual probablemente variará muy poco el resultado final. 2) La certeza de que si la acción tiene éxito, uno se verá favorecido por el resultado aunque no haya participado en esa acción, esto es, la certeza de que la acción se realiza para conseguir un bien público.

En cuanto a la pretensión de orientar las condiciones en que debe desarrollarse la actividad extractiva y de infraestructura, ambas combinaciones son necesarias. Es decir, si bien es preciso rastrear las formas y mecanismos bajo las que actúan las instituciones encargadas de velar por las actividades relacionadas, estas deben connotar igualmente una combinación estrecha entre las intensiones de los diferentes agentes y las prerrogativas del mercado. Es, posiblemente, este punto de combinaciones el que no se ha dado y, por ende, continúan presentándose dificultades a la hora de considerarlos. Amplía Olson (1993, pp. 574-575):

Por otro lado, las democracias tienen la gran ventaja de prevención significativa de extracción del excedente social por sus líderes. Además, tienen la virtud extraordinaria que el mismo énfasis en los derechos individuales que es necesario para una duradera democracia también es necesario para derechos seguros de propiedad y la aplicación de los contratos. La apelación moral de la democracia es ahora casi universalmente apreciada, pero apenas se entienden sus anuncio-ventajas económicas.

El paso consiste en poder hilvanar los aspectos que pueden conllevar a que las actividades de extracción tengan asiento en la composición orgánica y territorial de las instituciones, y no sean satirizadas o malinterpretadas de manera tajante, sin más explicación que los argumentos sobre los cuales ha sido caracterizado el papel despótico de estas estructuras, en la medida en que son consideradas poco atractivas y beneficiosas en el largo plazo para las poblaciones y los territorios en donde tienen lugar. El carácter de gerenciamiento y de capacidad de gestión, en adelante, debe establecerse en dichas empresas para mostrar el talante de transformación que tienen ante ello. Argumenta para el análisis Quiroga (2007, p. 84):

Por esta razón es necesario revisar el tema sub examine, a través de la perspectiva procedimental, que apela a las herramientas metodológicas que el análisis económico del derecho nos ofrece y que parte del estudio de uno de los métodos de aplicación e interpretación de principios más utilizado por los tribunales constitucionales, tal como lo es la ponderación (tema central en el ejercicio del control constitucional como ya se anotó, cuya estructura general ha

de ser estudiada a partir del trabajo realizado por el profesor Alexy (2002), quien es uno de los teóricos del derecho que más ha desarrollado el tema y cuya propuesta ha sido adoptada en diversas providencias por parte de la honorable Corte Constitucional, y en calidad de corolario del presente discurso, se pretende formular una propuesta personal aplicada al caso colombiano. En primer término, es preciso recordar que la ponderación es un sistema de aplicación de los principios jurídicos donde a un derecho o a un grupo de ellos se le otorga un peso adicional con el objeto de solucionar sus colisiones en el ámbito del caso concreto.

No son bien recibidas por parte de la opinión jurídica las observaciones o miramientos con respecto a legislaciones o normativas que pretenden contemplar un mejor marco de interacción entre las empresas dedicadas a las actividades de extracción o infraestructura. Este escenario contrario puede traer para ellas peores perjuicios que las consecuencias o elementos por los cuales son llamadas a clarificar o mejorar los escenarios sobre los cuales extienden sus actividades con la población y el territorio. La legislación internacional y la normatividad en materia de recursos de la tierra pueden ser más provechosas para las aspiraciones que las mismas empresas tienen por cuenta de su actividad directa.

### III. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA FÍSICA, EXPLOTACIÓN MINERA Y EXTRACCIÓN PETROLERA FRENTE A LA CONSULTA PREVIA

En Colombia, recientemente, el ejercicio de orientación en estos temas ha consistido en la definición institucional y el marco legal que establece las bases sobre las que las empresas dedicadas a las mencionadas actividades deben operar. Sin embargo, el cambio formal no ha sido suficiente para que las circunstancias por las cuales terminan siendo llamadas a des cargos, a informar o a responder por daños o perjuicios, continúan sin mitigar. Al contrario, ha tomado un marco ascendente, debido a que muchos de los contratos se firmaron para momentos que no responden a la situación actual y, por ello, han generado un nicho de oportunidad. Sintetizan Cárdenas y Reina (2008, p. 25):

Vale la pena destacar que Colombia no cuenta con la mayoría de los rasgos que caracterizan a los casos exitosos. Si bien el país ha tenido una notable estabilidad macroeconómica reconocida desde años atrás, sus instituciones adolecen de una gran fragilidad, lo que se ha traducido en una baja presencia del Estado en amplias zonas del país y en una preocupante percepción de importantes niveles de corrupción relativa en los estudios internacionales.

La revisión de muchos de los esquemas de contrato que han rodeado la explotación minera y petrolera, a la par con el perfil complementario que ha alcanzado el desarrollo de la infraestructura física en cuanto a hidroeléctricas y obras

que exigen intervenciones de alta trascendencia a escala territorial, como el propio desarrollo de proyectos viales o portuarios, representan el panorama de elementos que deben tener un margen de maniobra y negociación para las partes involucradas en dichos procesos, entre los que se cuentan las disposiciones en materia de compensación y más recientemente la consulta previa. Arguyen Aranibar, Chaparro y Salgado (2011, p. 33):

El Estado en su relación con la empresa llegó hasta la firma de los contratos y acuerdos para la exploración y explotación del territorio entregado, estableciendo unos plazos para cada etapa y unos pagos por concepto de cánones superficiarios y por esa razón la empresa entra a la zona de interés completamente sola, a iniciar una relación con todos los actores, en muchos casos sin conocimiento de los conflictos pasados o presentes que allí se viven. Entre las diversas instituciones gubernamentales de todos los niveles que tienen que relacionarse con la empresa en el proceso de ingreso, conocimiento, socialización y realización de la Consulta Previa no se presenta siempre igualdad de criterios y en muchos casos, por el contrario, se encuentran diferencias que obstaculizan el apoyo institucional al proceso.

La compensación ha contado con un amplio respaldo por parte de quienes consideran los procesos de indemnización con referencia a desembolsos, pagos o resarcimiento un mecanismo idóneo para salvaguardar la conducta e intereses tanto de las empresas que afectan como de los afectados, en cuanto a sus planteamientos o reclamaciones. Es una figura paliativa que tiene como propósito reconocer que por cuenta de di-

chas actividades se han generado afectaciones que deben ser asumidas por las empresas que las han provocado. No obstante, no se tiene claro el equilibrio que puede crear entre las partes, la cosa afectada o el daño provocado, el llevarlo a compensaciones. A manera de escenario comenta Arce (2007, p. 111):

Hoy en día las empresas del Estado, Ecopetrol para los hidrocarburos, Ingeominas para las minas, y las reguladoras eléctricas, así como las empresas privadas que adelantan estas actividades tienen un proceso similar orientado por el Decreto 1420 de 1998, para el avalúo de predios con el fin de comprarlos o constituir servidumbres y el pago de las indemnizaciones, pero en estas industrias y tanto en el sector privado como en el público comparten una filosofía común: justicia y equidad. A guisa de ejemplo, Ecopetrol los plasma de la siguiente manera: *“El principio de justicia se entiende como la retribución monetaria proporcional a las afectaciones reales en los predios por la operación y construcción que se efectúen en este. De otra parte, el principio de equidad tiene que ver con el hecho que, independientemente del nivel económico, cultural y religioso de los propietarios, en igualdad de circunstancias (características físicas de los terrenos, valor comercial, grado de afectación, etc.), estos recibirán proporcionalmente al área afectada el mismo dinero por la indemnización.”* (Sabanabria, 1998).

No obstante, la compensación es una figura que con el tiempo ha tenido crecientes detractores por el hecho de que no ha sido estipulada al momento de llevar los casos a conciliación o negociación. Por eso, se ha recurrido a otra fuente o

perspectiva de acuerdos con la idea de mitigar transversalmente los daños o perjuicios. La búsqueda de otras iniciativas o el reinicio de los casos han sido parte de los mecanismos utilizados para mejorar los procesos de compensación. Sin embargo, esto ha sido contraproducente con respecto a las empresas, quienes arguyen que por el hecho solo debería responderse una vez, circunstancia que implica posiblemente un margen de improvisación. Ejemplifica el Observatorio Nacional de Paz (2011, pp. 98-99):

Y es precisamente en el marco del proyecto de consolidar al país como bisagra comercial hemisférica que se ha venido desplegando en el último lustro una estrategia infraestructural de gran envergadura que busca garantizar la inter-conexión terrestre, aérea y fluvial al interior del territorio nacional y de éste hacia el resto del territorio continental. El despliegue de esta gran estrategia infraestructural ha impulsado la emergencia de una serie de conflictos socio-territoriales en diversas regiones del país. En efecto, las afectaciones ambientales, económicas y culturales generadas por la construcción bien sea de vías, puertos, troncales o hidrovías, han impulsado una importante movilización social de las comunidades en defensa de sus territorios.

El interés de elevar el nivel de fundamentación técnica y de argumentación institucional a la hora de contemplar estos hechos radica, precisamente, en que estas circunstancias no pueden representar el punto de partida y finalización de los acuerdos o procesos que revisten importancia conforme al proyecto y la magnitud empleada. Caso por caso, estos deben contar con un derrotero que amplíe en orden de opcio-

nes la capacidad de respuesta y responsabilidad de las partes. Mientras la propia estructura legal y normativa no extienda elementos más allá de los reparos y sanciones y el fundamento económico, la definición de un desembolso pecuniario para resarcir el hecho, las problemáticas continuarán. De nuevo plasman Aranibar et al. (2011, p. 28):

La consulta previa con pueblos indígenas y afro descendientes es un derecho fundamental, como se expresaba anteriormente, que se ejerce en diversos convenios internacionales y en la Carta Política y las leyes colombianas. Sin embargo, las variadas interpretaciones sobre su alcance, la debilidad de sus mecanismos de aplicación, la han convertido en un requisito a ser resuelto entre el gobierno, los habitantes de las áreas intervenidas y la empresa extractiva. No son pocos los proyectos mineros en Colombia que en el presente se encuentran suspendidos, bien porque ha sido muy difícil iniciar las consultas previas con las poblaciones asentadas en las áreas de interés, o porque las consultas han sido desconocidas luego de la protocolización de los acuerdos alcanzados entre las partes.

La consulta previa hace parte del nuevo andamiaje que se tiene en el país desde que esta figura cuenta con fundamentación jurídica, pero sin un avance profundo en lo que puede significar. Esta responde al compromiso internacional que recae sobre todas las empresas e iniciativas para salvaguardar las condiciones de los territorios en donde desean explorar, explotar, extraer o disponer de infraestructura bajo la observancia, revisión y contemplación por parte de la población habitante de dichos lugares. La consulta

busca resguardar las condiciones, costumbres, habitabilidad y protección de los recursos naturales, de las acciones deliberadas o tentativas que puedan tener las empresas, sin miramiento al respecto por los territorios. Cuestiona Castillo (2012, p. 21):

Las empresas transnacionales al momento de ser indagadas por su compromiso con respecto a la consulta previa traen a colación todo un andamiaje jurídico de orden internacional y nacional para su justificación. De la misma manera, el rol protagónico que asumen en el desarrollo de la consulta previa no tiene como causa determinante la solidaridad con el Estado huésped de la inversión o el desarrollo social de la comunidad a la cual llegarán; mas ello no significa que no se comprometan con la consulta previa y sus implicaciones.

El auspicio a dicha iniciativa proviene del llamado hecho por la Organización Internacional del Trabajo (oit) para que los procesos de intervención sobre el suelo y la disposición territorial de las diversas compañías adscritas en los procesos de exploración e infraestructura la contemplen en sus albores como marco transversal de las negociaciones a las que haya lugar. Habría que saber qué tanto estas empresas comprenden y, en consecuencia, adquieran fundamentos para poder interiorizar los fundamentos de la consulta previa sobre el marco de gestión y puesta en marcha de los proyectos. Destacan DPLF y Oxfam (2011, p. 61):

Como se mencionó al comienzo de este capítulo, Colombia padece una situación paradójica en materia de derecho a la consulta previa.

Si bien existe en este país una importante recepción del derecho internacional, una nueva Constitución Política que introdujo cambios sustanciales y un marco regulatorio de la consulta previa que incluye leyes, decretos y directivas presidenciales, estos, por su cantidad, diversidad, dispersión y falta de consenso generan inseguridad jurídica y evidencian la necesidad de una ley específica sobre consulta previa. Sin duda alguna, el mayor aporte sobre el contenido y los elementos de este derecho ha venido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha emitido múltiples sentencias en las que ha declarado la inconstitucionalidad de leyes o la violación de derechos fundamentales debido a la falta de un proceso adecuado de consulta previa.

La consulta previa ha revolucionado la manera directa en que hasta ahora era contemplado el acceso de las grandes empresas a los recursos ubicados en diferentes lugares y poblaciones en el mundo. En Colombia igualmente se ha adoptado esta figura, que ha despertado interés pero también sobresaltos por el proceso de vinculación que hace de las empresas con la población a la hora de que sea esta quien directamente internalice los procesos a los que haya lugar, incluso antes de que inicien actividades, para evitar en el tiempo dificultades que puedan entorpecer la labor de las firmas o poner en riesgo la viabilidad de los proyectos. Anota el Observatorio Boliviano de los Recursos Naturales (2010, p. 5):

La situación actual del derecho internacional respecto a los pueblos indígenas es el resultado de una larga historia. El Convenio 169 de la oit adoptado en 1989 representa el quiebre de

los tratados. Pero en los hechos, dentro de un modelo extractivista, sigue ignorado a pesar de la obligación de aplicarlo. En 1989, se revisa el Convenio 107 de la OIT, y se llega al famoso Convenio 169. Se cuestiona el derecho internacional integracionista y surge el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. El Convenio 169 de la OIT contiene dos elementos determinantes de la libre determinación de desarrollo, es decir su modelo de vivir. Marca un quiebre en el derecho indígena, los Estados ya no tienen derecho a la definición del desarrollo de los pueblos. Y los Estados están obligados a desarrollar metodologías de consulta y de participación para poder saber cuál es el modelo de desarrollo de los pueblos. Y va mucho más allá. El Convenio 169 y la Declaración de NN. UU. adoptada en 2007 prevén situaciones que no necesitan consulta o participación sino consentimiento de los pueblos para que el Estado pueda tomar decisiones.

El poder profundizar sobre las oportunidades que puede traer para las empresas este marco que supera el propio involucrado con las compensaciones, reclamos y resarcimientos hacia la comunidad por uno de plena redefinición sobre las bases de negociación, no solo en Colombia, sino en el mundo, representa la gran posibilidad de que las intervenciones de estas compañías se hagan de cara a la comunidad, a su vez que con el paso del tiempo pueden contribuir para que entre las partes se extienda un manto de complementariedad y reciprocidad para que los procesos lleguen a buen término. Postula Skarwan (2011, p. 79):

La consulta de vecinos puede tener varias modalidades, y en primer lugar no solamente es

un acto cuando se consigue un “Sí” o un “No”, sino es un proceso de información, comunicación, aprendizaje mutuo, de descubrimiento de nuevas opciones, de negociación de beneficios, compromisos, de valoración de posiciones, de ampliación de horizontes futuros. Aún estos mecanismos dependen prácticamente de la voluntad de la empresa, de su entendimiento de responsabilidad social, no son aún una exigencia y precondition legal. Los mecanismos y metodologías se están construyendo, los políticos están comenzando a entender que el avance en la política energética requiere de alianzas locales, y que está íntimamente ligado a nuevas relaciones entre instancias centrales con las comunidades y autoridades locales.

Es importante conocer la trascendencia que las partes dan a este tipo de iniciativas que, si bien tienen aceptación y recibo en las estructuras institucionales del Estado, deben ser asumidas, corroboradas y puestas en marcha por las partes involucradas. Empresas, población y territorio hacen parte de los contenidos que salvaguarda esta figura que, como péndulo, ha puesto a la relación entre empresas hidroeléctricas, mineras y petroleras a un nivel de correspondencia en tan amplia medida, que es la comunidad quien tiene la primera palabra a la hora de aceptar o rechazar la presencia de tales empresas en los territorios. Expone el Ministerio de Medio Ambiente (2012, p. 115):

El gobierno nacional se encuentra absolutamente convencido de que uno de los factores que debemos mejorar es lo atinente a la modernización de los procedimientos administrativos, que conlleven a una máxima eficiencia en el momento en que los empresarios some-

tan a consideración la aprobación de sus solicitudes, facilitándoseles así las decisiones sobre inversión; decisiones bien informadas, donde la responsabilidad social empresarial es uno de los criterios fundamentales a observar y en ese camino, el gobierno en la actualidad busca darle solidez dentro de sus capacidades al establecimiento de fondos de capital de riesgo para los proyectos y programas de desarrollo sostenible; como una manera de brindarle seguridad a este tipo de inversiones.

El poder establecer las características y patrones que puedan guiar la acción entre las empresas, la población y el territorio para alternar con las actividades de producción y las consideraciones que se tienen respecto a ellas, sería un logro relevante para todos los agentes participantes. En este sentido, el papel que cada uno desempeña a la hora de evidenciar su disposición para que la actividad y sus consecuencias tengan una orientación de todos los participantes, constituye el marco de la gerencia que se pretende involucrar igualmente en las empresas, pero también en los copartícipes de las aprehensiones que cada actor tiene sobre la incidencia o trascendencia del otro en estas prerrogativas. Agrega Burgos (2006, p. 414):

Debido a esta situación es necesario que el Estado colombiano encuentre mecanismos no solo legales para garantizar la seguridad de estos grupos y proteger la diversidad étnica y cultural del país. En el caso de la explotación legal de los recursos naturales, específicamente del petróleo, el reto para el Estado consiste en compatibilizar el interés de los pueblos indígenas en defender su territorio y cultura y el interés que comparten las empresas pe-

toleras y el Gobierno de descubrir y explotar nuevos yacimientos de hidrocarburos. Es decir, es necesario proteger la diversidad étnica y al mismo tiempo alcanzar los objetivos de desarrollo económico del país.

La aparición de diversos fundamentos e instrumentos con los cuales puedan materializarse las pretensiones de cada actor, una vez evaluadas y tamizadas en consenso, representa la posibilidad de orientar hacia la convergencia las actividades dedicadas a la extracción o explotación. Al respecto, el cumplimiento de las básicas prerrogativas legales y normativas es el punto de inicio de las negociaciones en que puedan tener lugar los actores participantes de los proyectos. Sin acuerdos básicos por lo menos en atención y correspondencia a la ley vigente, el acercamiento se puede tornar distante. Establece Crespo (2005, p. 243):

Los procesos de negociación fundamentalmente son escenarios donde se establecen relaciones de poder entre los actores; por tanto, la posibilidad de salir airoso del proceso dependerá de la capacidad que tengan para desplegar dispositivos de poder. Desde la perspectiva de las comunidades, la negociación constituye parte de los dispositivos de resistencia para reducir el estado y relaciones de dominación, y en ningún caso un escenario de articulación de stakeholders o un espacio para el funcionamiento de una racionalidad comunicativa entre los actores para la construcción de consensos.

El escenario que al respecto puede presentarse con la participación directa del Estado en este tipo de iniciativas también puede generar ciertos trastornos, si este no conduce efectiva-

mente a buen término las consultas a las que haya lugar con las indagaciones previas. En dicho contexto, la aprobación de los contratos a través de las alianzas público-privadas hace parte, asimismo, de las revisiones que en tales escenarios hacen tanto la comunidad como las empresas. Por ende, es importante que el Estado colombiano profundice en dichas iniciativas para que no queden solamente expuestas a la interpretación y justificación en ley, como ocurrió con los proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 24 de julio de 2007), ley declarada exequible mediante sentencia C-461-08 de 14 de mayo de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa:

en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afro descendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.

La aprobación de la Ley de alianzas público privadas elevó el nivel de correspondencia sobre el cual estaban concebidos los contratos entre los diferentes agentes participantes en la negociación en los frentes corroborados y otros. Así, de la contratación pública y la concesión privada se abre paso a la posibilidad de que entre las esferas estatales se puedan realizar proyectos en concomitancia con los intereses privados. En

este sentido, no solo se cambian las reglas del juego, sino que al amparo de estas, las partes deben igualmente consultar a las comunidades, pero paralelamente elevando la capacidad de gestión en cuanto a la población y el territorio. Explica el Observatorio Legislativo (2012, p. 1):

La participación del sector privado en las obras de infraestructura se puede dar con arreglo a tres modelos básicos, el proyecto de obra pública, la concesión y la alianza público privada (APP). Las APP son iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público y del sector privado. Aunque pueden ser de diversos tipos, dichas asociaciones por lo general se establecen como estructuras de cooperación en las que se comparten responsabilidades, así como también conocimientos técnicos, experiencia y recursos. En otras palabras, es la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de iniciativa pública y viceversa donde se convienen diferentes modelos de financiación que contemplen las capacidades de cada parte para controlar y mitigar un riesgo.

Si bien las alianzas público privadas pueden ayudar a hacer de los contenidos de consulta previa un escenario más ágil, por lo menos en lo que respecta al conocimiento de la población y el territorio a la par con la oferta de información para tomar las decisiones más acertadas, lo que sí es más que reiterado en ambos frentes es que estas prerrogativas elevarían la capacidad de gestión de las propias empresas privadas que, en atención a estas discrecionalidades, podrían internalizar elementos importantes para elevar su grado de respuesta ante las comunidades, la población y los territorios, puesto que con es-

tos instrumentos podrían reducir la aparición de exaltaciones, querellas o reclamaciones. Analiza Sean (2006, p. 7):

Para el sector privado, se considera que las APP suponen lo siguiente:

- Oportunidades de negocio en áreas no disponibles hasta ahora, con grandes ganancias potenciales dada la magnitud de los proyectos en juego.
- Las asociaciones público-privadas diseñadas adecuadamente incentivan a los socios a la reducción de costes y a la innovación a lo largo del ciclo vital total del proyecto. Los socios privados pueden capturar una parte sustancial de esos beneficios, a los que de otro modo no hubieran podido acceder.

Para los ciudadanos, las asociaciones público-privadas ofrecen potencialmente:

- Servicios que de otro modo no se hubieran prestado.

- Entrega más rápida del bien o servicio.
- Mejor calidad de los servicios.
- En principio, un mejor gasto del dinero de los impuestos.

El poder establecer un marco de gestión de las empresas involucradas en proyectos de infraestructura física, hidroeléctrica, minera y petrolera, sobre el cual se extiende la capacidad de internalización y orientación que requieren para establecer elementos de trabajo con la población y en el territorio más allá de las franjas y límites que pueda crear la ley, y la posibilidad de llevar los alcances y derivaciones propias de esta apuesta a escala gerencial, terminan siendo un buen insumo para conocer la calidad, condiciones y patrones que guían a las empresas a hacer de estas circunstancias oportunidades o contrariarse al tamizarlas como obstáculos (ver cuadro 1).

**Cuadro 1.****Matriz DOFA de los proyectos de infraestructura física frente a las compensaciones y la consulta previa en el sector hidroeléctrico, minero y petrolero en Colombia**

Debilidades	Oportunidades	Fortalezas	Amenazas
<p>“En este modelo se privatizan las ganancias y socializan los impactos que, dada su complejidad, se transforman en conflictos sociales, económicos y ambientales, que por lo general son asumidos y enfrentados por las comunidades directamente afectadas, sin ningún tipo de resarcimiento, restauración o reparación del daño”. (Movimiento Ríos Vivos de Caldas, 2012, pp. 41-46)</p> <p>“Sin embargo, cabe resaltar que aún en los últimos años los derechos de petición, las acciones de cumplimiento y las acciones populares en el tema ambiental han aumentado y han obtenido éxitos judiciales significativos. En esta judicialización de lo ambiental han intervenido más individuos aislados que organizaciones no gubernamentales”. (Carrizosa Umaña, 2008, p. 53).</p>	<p>“Buscar equidad en la inversión social de la empresa con el objeto de beneficiar a la comunidad vecina sin preferencias hacia una de ellas o hacia un sector de la población, es decir, tener equidad en la inversión hacia las comunidades vecinas. De acuerdo con el informe del balance social 2001, la inversión en proyectos sociales no fue equitativa, pues el resguardo indígena de Trupio Gacho no recibió ningún proyecto, mientras los otros resguardos del área de influencia sí. Es importante que la empresa haga un esfuerzo importante por tratar de tener equidad y lograr que los beneficios de la inversión social que realiza lleguen a la mayor parte de los pobladores de las comunidades vecinas. Pues eventualmente se podría caer en realizar proyectos vistosos pero que en términos reales no benefician a la mayor parte de los vecinos”. (Salas Bahamón, 2004, p. 14).</p> <p>“Sobre Cerro Matoso, planteó que se debe declarar la ilegalidad de ese contrato, con el objetivo de renegociar mejores condiciones para la Nación. Dice que el nuevo Ministro de Minas y Energía tiene varias opciones: firmar un nuevo contrato con la minera BHP, con el fin de que haya mejores cláusulas para el país; convocar a una subasta internacional, un concurso en el que participen muchas multinacionales, o crear una empresa pública que se haga cargo de esa mina”. (Dinero.com, 2012).</p> <p>“La presencia de organizaciones comunitarias fuertes es clave para lograr el éxito cuando se enfrenta a industrias extractivas. El apoyo de todos los gobiernos locales también desempeñó un papel muy importante en el resultado exitoso, así como la creación de muchas formas alternativas de desarrollo – como el turismo ecológico comunitario y la producción de café bajo sombra-. También hubo muchísimas más medidas que implementamos junto con las comunidades y otras organizaciones y grupos” (Zorrilla et al., 2009, pp. 1-34).</p>	<p>“La Autoridad de Licencias Ambientales se ha convertido en una de las entidades más poderosas y controvertidas del país. Algunos dicen que en sus manos está el presente y futuro del país. Y no exageran. En sus oficinas se expedían –o niegan– las licencias ambientales para la exploración y explotación de petróleo, carbón, oro, níquel o madera. También es el filtro ambiental para proyectos de vías, puertos, represas y cualquier obra cuya área de influencia afecte un árbol, especie animal o fuente de agua”. (Dinero.com, 2012).</p> <p>“La Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) fue creada por el Gobierno de Colombia bajo el Decreto Ley 1760 de junio 26 de 2003. La directora de la ANLA ha sido muy clara en que hay un compromiso firme de ella y su entidad para trabajar fuertemente en la definición de las solicitudes de licencia ambiental. Sin embargo, yo estoy convencido de que esto debe ser un esfuerzo del Gobierno como un todo y no solo de la ANLA o del sector en particular. Nosotros desde la ANH apoyamos a la ANLA respetando, por supuesto, la autonomía y competencias que tiene cada uno. En ese trabajo conjunto entregamos una lista de licencias prioritarias para la industria y actualmente la ANLA está enfocada en esa lista”. (Cabral Segovia, 2012, pp. 12-16).</p> <p>La idea de sostenibilidad se refiere a la pretensión de que los procesos sociales de institucionalización sean perdurables sobre la base de reducción de interacciones violentas, de tal modo que sean simultáneamente estables y flexibles (en una relación de equilibrio eco sistémico satisfactorio para el ciudadano). (Torrijos, 2009, p. 199).</p>	<p>“En cuanto a lo que con esta figura se busca, se debe recordar que respecto de estos tres sectores la ley ha declarado de utilidad pública todas aquellas actividades encaminadas a su desarrollo, por lo cual, si llegare a resultar necesaria su ejecución, no se trataría de una limitación al dominio, como lo es en el caso de las servidumbres, sino de un traslado del mismo a manos del Estado, es decir, que respecto de las tierras se adquiere su propiedad”. (Arango Castro, 2007, p. 228).</p> <p>“Lo que está en juego en el sector minero tiene dimensiones gigantescas por los millonarios recursos que le aporta al país pero también por la polémica en torno a los impactos sociales y medioambientales. Actualmente hay 9.073 contratos de concesión y títulos mineros, muchos de ellos adjudicados en las últimas dos décadas para explotar carbón, níquel, oro, cobre y plata entre otros. El gobierno decidió mirar con lupa estos contratos, especialmente los miles de títulos adjudicados a particulares, teniendo en cuenta que en los últimos años se realizó una verdadera feria con la entrega de cerca del 10 porcientos del territorio nacional. La intención es saber en qué manos se encuentran y en qué estado están los proyectos. Como esta es una labor titánica porque significa revisar millones de documentos y hacer visitas sobre el terreno, la Agencia Nacional Minera (ANM) contrató la fiscalización de concesiones y títulos”. (Semana.com, 2012).</p>

Fuente: elaboración propia a partir de información suministrada por autores e instituciones.

La intención con los antecedentes referidos en el cuadro es, precisamente, tamizar las circunstancias que rodean la actividad de infraestructura y exploración en el país, frentes con los cuales se intenta consolidar la estructura gerencial que requiere la empresa, con cargo a una interacción que definitivamente debe superar la premisa de dejar solo para circunstancias específicas el trabajo mancomunado con la población y los territorios. Es decir, que el proceso de trabajo de convergencia productiva para las empresas dedicadas a estos renglones solo recién comienza en Colombia y en el mundo, y ello depende de la capacidad de correspondencia que pueda crearse de manera sinérgica entre las empresas, la población y el territorio. Amplían Moreno y Chaparro (2009, p. 20):

El ordenamiento territorial en Colombia como política de Estado, orienta la planeación del desarrollo desde una perspectiva holística, prospectiva, democrática y participativa. En este

sentido, el territorio, como espacio social, concreto, que la población identifica como suyo, deja de ser el mero receptáculo de la acción del Estado, para convertirse en elemento de los objetivos, las políticas públicas y acciones públicas y privadas encaminadas a mejorar el bienestar social.

El proceso que corre por cuenta de dicha disposición estriba precisamente en la capacidad de sobreponer los mecanismos de negociación sobre los que desde diferentes escenarios las partes están interesadas en avanzar, para que sus réplicas o reclamaciones tengan, además de una respuesta, asiento en las posturales de cada agente involucrado en las disputas o inconvenientes que surgen de manera constante en este tipo de actividades productivas y que, definitivamente, deben tener la posibilidad de que sirvan de ejes orientadores de las formas de negociación que hasta ahora se han considerado para estos y otros casos. (Ver cuadro 2).

**Cuadro 2.****Modalidad de resolución negociada**

<b>Negociación directa</b>	Es un proceso a través del cual las partes en disputa se encuentran en disposición de llegar a una resolución mutuamente aceptable. Cada parte representa sus propios intereses.
<b>Conciliación</b>	Proceso a través del cual un ente ajeno al conflicto se une a las partes en disputa para discutir entre sí. Al contrario de la mediación, la conciliación normalmente connota apenas un involucramiento preliminar de la parte ajena al conflicto. Los conciliadores usualmente no asumen un rol activo para solucionar la contienda, pero pueden ayudar a establecer una agenda, manteniendo un registro (grabación) y administración, pudiendo actuar como "mediadores" cuando las partes no se encuentran directamente, o como un "moderador" durante encuentros discretos.
<b>Facilitación</b>	Es similar a la conciliación pero constituye una forma menos activa de mediación. Los facilitadores pueden actuar como moderadores en grandes encuentros, garantizando que todos sean capaces de expresarse y ser escuchados. No se espera de ellos que ofrezcan sus propias ideas o que participen activamente conduciendo a las partes hacia un acuerdo. La facilitación puede también aplicarse a nivel one-to-one, para guiar a un individuo a través de procesos estratégicos, tales como solucionar, priorizar y planear el problema.
<b>Mediación</b>	Es un proceso durante el cual las partes en disputa dialogan (conjuntamente y también reservadamente) con una tercera parte ajena al conflicto en quien confían, parte neutra e independiente (el mediador), para explorar y decidir cómo el conflicto entre ellas se debe solucionar. El mediador ayuda a las partes a llegar a un acuerdo, sin embargo él no tiene ningún poder para imponerles un resultado. La mediación se define frecuentemente como el proceso de ajuste de conflictos en el cual una parte ajena al conflicto supervisa la negociación entre dos partes en disputa. El mediador es una parte neutra que, aunque no tenga capacidad de expresar un juicio, actúa de cierta forma como un facilitador del proceso de búsqueda de un acuerdo. La cualidad medular del mediador se ha descrito como "su capacidad de reorientar a las partes, la una hacia la otra, no a través de la imposición de reglas, sino auxiliándolas para que alcancen una percepción nueva y compartida en sus relaciones, percepción que reorientará las actitudes y disposiciones de la una a la otra".
<b>Arbitraje</b>	Se utiliza generalmente como una alternativa menos formal que la de ir al tribunal. Este es un proceso en el cual un ente o jurado neutro, y no involucrado en el conflicto, se encuentra con las partes en disputa, oye las versiones de cada lado y emite una sentencia o decisión. Tal decisión puede aplicarse a las partes si ellas estuvieren de acuerdo previamente con la misma. Al contrario del tribunal, las partes en disputa pueden participar escogiendo al árbitro (que con frecuencia es un experto sobre el asunto en disputa) y determinando las reglas que rigen el proceso. Las audiencias de arbitraje se celebran generalmente de forma privada. Algunas veces las partes en disputa utilizan un proceso combinado conocido por "med-arb", con la finalidad de mantener las ventajas tanto de la mediación como del arbitraje. Si el mediador no logra tener éxito en la solución de la disputa a través del acuerdo entre las partes, se convierte en un árbitro que tiene poder para emitir una decisión.

Fuentes: FAO's Sustainable Development Department;

Nuñez (2007); Acselrad et al., (2010).

La estructura relacionada con los diferentes esquemas de negociación da cuenta del perfil que tienen en cuanto a la consecución de objetivos concretos, pero poco con respecto a la afinidad, correspondencia y complementariedad que debe prevalecer luego de alcanzar estos entre las partes. Por ello es importante revisar las condiciones que pueden generarse en cada una para que las dualidades que comúnmente las llevan a dificultades particulares e interinstitucionales puedan servir, más que para solucio-

nar o sortear el impasse, para impulsar trabajo mancomunado.

#### IV. CONCLUSIONES

La concepción del litigio estratégico establece marcos transversales tras los cuales la estructura jurídica deriva en la definición de programas, proyectos y políticas públicas que contribuyen para que los orígenes y consecuencias que con-

ducen a la revisión de casos no sean advertidas bajo criterios de imposición, resarcimiento o sanción, sino que permitan a las partes avanzar con el objeto de que las razones por las cuales han sido llamadas a responder sean, además del punto de partida y de revisión, el banco de iniciativas con las cuales puedan trabajar en beneficio de todos. Según Coral et al. (2010):

Para tales fines, es preciso comenzar señalando que el litigio estratégico tiene un lugar clave en los sistemas modernos de justicia, de modo que los objetivos alcanzados van más allá de los cambios logrados a través de las disputas entre particulares, pues crea una nueva visibilidad para los grupos humanos menos favorecidos así como estimula la búsqueda de la realización del derecho; en este sentido, las movilizaciones logran en el plano público un reconocimiento pues los casos emblemáticos permiten fijar posiciones, romper paradigmas y alcanzar soluciones para colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Así como refiere Correa (2008, pp. 52-53), el llamado litigio de alto impacto,

como forma alternativa para enseñar y ejercer el derecho, consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Es un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales.

El litigio estratégico pretende que no solo sean advertidas las consecuencias legales y de responsabilidades a las que haya lugar. A través de ellas, se espera que puedan ser establecidos mecanismos tras los cuales las partes en contienda o en sentencia puedan optar por superar las circunstancias que las condujeron a dicho trámite, para definir estrategias sobre las cuales además de superar las referidas, puedan poner en marcha iniciativas conjuntas de interacción, que confluyan en el mejoramiento general de las condiciones, particularmente de las que incentivan la intervención y participación de la comunidad, la población y el propio territorio, vía participación ciudadana o políticas públicas.

El litigio estratégico, también llamado litigio de impacto, involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios mayúsculos en la sociedad. Quien inicia un litigio estratégico busca utilizar la ley como un medio para dejar huella, más que simplemente ganar el caso en particular. Esto significa que en los casos de litigio estratégico hay una preocupación por el efecto que el caso tendrá en otros segmentos de la población y el gobierno, adicionalmente al efecto del resultado del caso para el interesado. (Geary, Simpson y Bartlett, 2012, p. 2).

En cuanto a la internalización de las dificultades por parte de la firma, es más que contemplado a escala global la necesidad de que las empresas superen la etapa de sujeción tras la que se encuentran definidas con respecto al lugar de explotación o producción. En este sentido, se comina a la empresa a que sobreponse la dependencia estricta a las directrices del merca-

do, para que a través de ella misma su actividad y presencia trascienda hacia un carácter institucional, en el que pase de depender a hacer parte de las poblaciones y territorios en donde tiene afincadas sus actividades e intereses.

La internalización hace parte de las propuestas que contempla la visión institucionalista acerca del papel que cumplen las empresas en el territorio bajo el carácter institucional y no solo como agentes o mecanismos de mercado. Se apoya en las estimaciones de Pigou y Coase, entre otros, bajo la idea de convertir las dificultades en oportunidades crecientes a medida que deciden profundizar su interacción con la población y el territorio en donde se encuentran, de manera transversal.

Ambos tienen en común la idea de ubicar a sus distintas áreas de análisis tanto en el derecho como en la legislación, a la par con la empresa y la actividad productiva en la que se inscribe, más allá de las consecuencias jurídicas o de la consecución lógica de la producción y los beneficios. En consecuencia, se espera coordinación luego de definir sentencias en estos casos, y un trabajo empresarial más franco que complementario o correctivo, a partir del cual es convocado.

## Bibliografía

Acselrad, H., Das Neves, G., Muñoz, E. (2010). Inserción económica internacional y “resolución negociada” de conflictos ambientales en América Latina. *EURE*, 36 (107), 27-47.

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arámbula, H. y Gómez, D. (1993). La economía de los costos de transacción. Una explicación alternativa para el estudio de las organizaciones. *Gestión y Política Pública*, 2 (2), 315-336.

Arango Castro, C. D. (2007). *Gestión inmobiliaria en los proyectos de infraestructura. Enfoque al sector minero y petrolero*. Bogotá: Universidad del Rosario, 322 p.

Aranibar, A. M., Chaparro, E., Salgado, R. (Noviembre, 2011). *La industria extractiva en América Latina y el Caribe y su relación con las minorías étnicas*. Cepal, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, 56, 63 p.

Arce Rojas, D. (Julio-Diciembre, 2007). Los derechos superficiales en los proyectos de infraestructura. *Vniversitas*, 114, 85-122.

Bebbington, A. (September, 2009). The New Extraction? Rewriting the Political Ecology of the Andes. *NACLA Report on the Americas* 42 (5), 12-20.

Bebbington, A., Hollenstein, P., Nussbaum, I. (2012). Desarrollo territorial, ambiente y coaliciones extra-territoriales. En: P. Ospina Pe-

- ralta y P. Hollestein (Eds.). *Jamás tan cerca arremetió lo lejos: inversiones extraterritoriales, crisis ambiental y acción colectiva en América Latina*. Quito: Ediciones La Tierra-RIMISP.
- Beristaín, C. M. (2007). *El derecho a la reparación en los conflictos socioambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos*. Bilbao: Instituto Hegoa.
- Burgos, A. C. (2006). Petróleo e indígenas en Colombia. Una mirada desde la seguridad humana. *Desafíos*, 15, 389-418.
- Cabrales Segovia, O. (2012). El reto principal es sostener los niveles de producción que ha logrado el país en los últimos años. *La Nota Económica. Hidrocarburos: Minas y Energía*, 12-16. En: [www.lanotaeconomica.co](http://www.lanotaeconomica.co)
- Cárdenas M. y Reina, M. (2008). *La minería en Colombia: impacto socioeconómico y fiscal*. Bogotá: Asomineros (ANDI) - Fedesarrollo.
- Carrizosa Umaña, J. (2008). *Instituciones y ambiente. Gobernabilidad, instituciones y medio ambiente en Colombia*. Foro Nacional Ambiental.
- Castillo, Y. (2012). El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: la experiencia en Colombia. *Revista de Derecho*, 37, 1-35.
- Congreso de la República. Ley 1151 de 2007. Consulta previa en proyectos y Programas.
- Comunidades afrodescendientes e indígenas. *Diario Oficial* nº. 46.700 de 25 de julio de 2007, pp. 1-133.
- Coral, A. M., Londoño, B., Muñoz, L. M. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, 121, 49-76.
- Correa, L. (2008). Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho. *Opinión Jurídica*, 7 (14), 149-162.
- Crespo Flórez, C. (2005). La negociación como dispositivo para reducir relaciones de dominación: aspectos conceptuales y metodológicos. En *Encrucijadas ambientales en América Latina*. Chile: Andros Impresores.
- Del Moral, H. F. y Bermann, C. (2005). Las megaobras y los límites de la democracia. El proyecto de la central hidroeléctrica Belo Monte en la Amazonia brasileña. *Energía y equidad*, 2 (2), 5-19.
- Dinero.com. (15 de agosto de 2012) Los agentes 007. Recuperado de <http://www.dinero.com/Imprimir.aspx?idItem=157372>
- Dinero.com. (agosto 30 de 2012). El agitador. Recuperado de <http://www.dinero.com/Imprimir.aspx?idItem=158399>
- Douglass C. (1992). *The new institutional Economics and development*. Washington University, St. Louis.
- Due Process of Law Fundation y Oxfam (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada*.

- mada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.*
- Fitzpatrick, S. (2006). *Análisis económico del derecho. Asociaciones público-privadas: principales aspectos económicos y directrices básicas.* Madrid: Consejo Económico y Social Comunidad de Madrid.
- García, A., Lara, A., Taboada, E. (2004). La coordinación “híbrida” desde las perspectivas de Williamson y de Nooteboom. *Análisis Económico*, 19 (40), 101-117.
- Geary, P., Simpson, T. y Bartlett, LLP. (Agosto, 2008). *Guía sobre litigio estratégico: una introducción.* Recuperado de [http://www.crin.org/docs/guia\\_litigio\\_es\\_2.doc](http://www.crin.org/docs/guia_litigio_es_2.doc)
- Hernández Zubarieta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contra hegemónicas transnacionales.* Bilbao: Hegoa-Omal.
- Lemaitre Ripoll, J. (Comp.). (2011). Derecho, desarrollo y conflicto de tierras: ¿la próxima frontera? pp. 12-27. En: *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia. Nueve casos de estudio.* Bogotá: USAID-Editiones Uniandes.
- León, X. y Bonilla, O. (2008). *Integración energética en Latinoamérica y conflictos socioambientales.* Quito: Inter-American Development Bank.
- Littlechild, S. C. (Mayo, 1990). El problema del costo social. *Revista Libertas*, 12, 1-13. Recuperado de [www.esade.edu.ar](http://www.esade.edu.ar)
- Ministerio de Medio Ambiente. (2012). *Colombia 20 años siguiendo la Agenda 21.* J. M. Sandoval y J. P. Liévano (comp). 152 p.
- Moreno, C. y Chaparro, E. (2009). *Las leyes generales del ambiente y los códigos de minería de los países andinos. Instrumentos de gestión ambiental y minero ambiental.* Cepal, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, 136.
- Movimiento Ríos Vivos de Caldas. (13 de marzo de 2012). Construyendo soberanía hídrica y energética. *Energía y equidad*, 2 (3), 41-46.
- Noguera, J. A. (2007). Racionalidad y deliberación en la acción colectiva. *Revista Internacional de Sociología*, LXV (46), 107-129.
- Nooteboom, B. et al. (2000b). *Learning and innovation in organizations and economies.* London: Oxford University Press.
- North, D. (1992). *The new institutional Economics and development.* Washington: University St. Louis.
- Nuñez Viégas, R. (2007). As resoluções de conflito ambiental nas esfera pública brasileira: uma análise crítica. *Confluencias - Revista Interdisciplinar de Sociología e Direito*, 9 (2), 23-49.

- Observatorio Boliviano de los Recursos Naturales. (2010). *Especial Consulta Previa*. Recuperado de <http://recursosnaturales-ceadl.org>
- Observatorio Legislativo. (Febrero, 2012). Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín 197.
- Observatorio Nacional de Paz. (2011). *Escenarios, actores y dinámicas de la conflictividad socio territorial en Colombia. Narrativas, miradas y percepciones desde la subalternidad*.
- Observatorio sobre Nueva Geografía Económica, Impactos Socio ambientales y Derechos Humanos. (2007). *Impactos*, 7, 1-33.
- Olson, M. (1993). Dictatorship, Democracy and Development. *The American Political Science Review*, 87 (3), 567-576.
- Ostrom, E. (2000). *Private and common property rights*. Recuperado de: <http://www.sfu.ca/~allen/common%20property.pdf>
- Ostrom, E. (2008). *El Gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. 2<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica, 402 p.
- Quiroga, E. A. (Junio, 2007). La ponderación de los derechos en el estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. *Revista de Economía del Rosario*, 10 (1), 75-93.
- Ricco, V. H. (2011). Las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión? *Aporte DFL 4 Revista de la Fundación para el Devido Proceso*, 15 (4), 31-33.
- Rodríguez Becerra, M. (2003). *Declive de las instituciones y de la política ambiental en América Latina y el Caribe*. Intervención en el Seminario Internacional Gestión ambiental en América Latina y el Caribe: retos y oportunidades, organizado por el Foro Nacional Ambiental. Bogotá, 6 y 7 de noviembre de 2003,
- Ruiz, C. A. (2005). *Los recursos naturales en los tratados de libre comercio con Estados Unidos*. Cepal, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, 92, 1-81.
- Salas Bahamón, J. E. (2004). *El cerrejón y sus efectos: una perspectiva socioeconómica y ambiental*. Disponible en <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/articulos/colfuturo/cerrejon-jaimie-salas-bahamon>
- Sanabria, H. (1998). *Criterio metodológico para indemnizaciones por concepto de servidumbre*. [Archivo Arce Rojas Consultores S. A.], 14 p.
- Sánchez, A. F. (2002). *Reestructuración de los mercados energéticos y nuevos desafíos regulatorios en América Latina*. En VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa, Portugal, 8 a 11 de octubre.

- Sánchez, A. F. (2004). *El desarrollo productivo basado en la explotación de los recursos naturales*. Cepal, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, 86, 70 p.
- Semana.com. (17 de septiembre de 2012). *El gobierno está mirando al milímetro más de 9.000 contratos de concesión y títulos mineros para ver si los contratistas están cumpliendo lo pactado. Consultó el caso de Cerro Matoso al Consejo de Estado*. Sección Economía: Lupa Minera.
- Skarwan, D. (2011). Las hidroeléctricas deben contribuir para un desarrollo territorial sostenible! Una revisión de perspectivas, contradicciones y opciones urgentes para territorios rurales en Guatemala. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, 16 (17), 65-81.
- Slack, K. (2011). Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina. *Apunte DFL 4 Revista de la Fundación para el Deusto Proceso*, 15 (4), 4-7.
- Societas Consultora de Análisis Social. (2012). *Ordenamiento territorial en América Latina en el contexto del desarrollo de las industrias extractivas. Informe final*. New York: Reveneu Watch Institute, 270 p.
- Torrijos, V. (2009). *Gobernabilidad democrática y cohesión de la sociedad*. Bogotá: Centro de Estudios Políticos Internacionales, Universidad del Rosario, 242 p.
- Unidad de Planeación Minero Energética – UPME. (2006). *Guía participación ciudadana 2006*. Bogotá: Ministerio de Minas y Energía.
- Williamson, O. E. (October, 1979). Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 22 (2), 233-261.
- Zorrilla, C., Buck, A., Palmer, P. y Pellow, D. (2009). *Protegiendo a su comunidad contra las empresas mineras y otras industrias extractivas. Una Guía para Promotores/Activistas Comunitarios*. Boulder: Global Response, 34 p.