

EL PODER NEGOCIADOR DE LA EMPRESA TRANSNACIONAL EN LA EXPEDICIÓN DE LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA *

*The negotiation power of transnational companies within
the issuing process of mining legislation in Colombia*

Rosalvina Otálora Cortés **
Universidad Libre, Bogotá D. C.

RESUMEN

Colombia consolidó en las dos últimas décadas un modelo de desarrollo económico altamente dependiente de las exportaciones mineras y de hidrocarburos. La nueva dinámica minera, producto de la participación de los grupos de presión, contribuye al incremento de la inversión extranjera y al deterioro del mercado de trabajo del país, dada la presencia de actividades de capital intensivo y poco generador de empleo (Bonilla, 2011).

Dada la importancia del sector minero en el momento actual, el objeto de esta investigación es determinar: ¿Cuál es el proceso y los mecanismos de negociación que permitieron a las empresas influir en la expedición de la legislación minera y obtener condiciones ventajosas para la inversión, exploración y explotación del territorio colombiano?

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2015. Fecha de aceptación: 23 de abril de 2015.

- * Artículo de investigación terminada, correspondiente al proyecto: «*Responsabilidad social empresarial de las transnacionales*», desarrollado dentro del Grupo de Investigación Derecho Laboral y Estándares Internacionales, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Libre, Sede Principal.
- ** Candidata a Doctorado en Relaciones Internacionales de la Universidad del Salvador en Argentina. Magíster en Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia y en Relaciones Internacionales de la USAL. Abogada y economista. Docente investigadora de la Universidad Libre. Correo electrónico: economiaconflicto@gmail.com. La autora expresa sus agradecimientos a los integrantes del Semillero de investigación «Economía y Conflicto», en especial a los abogados Laura Bermúdez Ávila y Manuel Andrés Baquero, por sus comentarios a un borrador inicial de este escrito. Agradece también los aportes recibidos durante la presentación de una ponencia con el mismo nombre en el Congreso de Flacso-ISA, llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires, en julio de 2014.

En este sentido, la apuesta metodológica establece conceptos básicos de la negociación, el agenciamiento, el poder de *lobby* y la cooptación de funcionarios y representantes políticos. Para concluir, establecerá la manera en la que el marco legal y político del sector minero fue reestructurado en Colombia y establecerá las implicaciones que para un país como Colombia tiene la decisión de adoptar una vía de desarrollo minero.

Palabras clave: conflicto, negociación, legislación minera, consulta previa, partes del conflicto en Colombia, sector privado, Estado, sociedad civil, grupos al margen de la ley.

ABSTRACT

Colombia consolidated in the last two decades a new economic development model highly dependent on mining and hydrocarbon exports.

The new dynamic mining product involving lobbyists, contributes to increased foreign investment and the deterioration of the country's labor market, given the presence of capital-intensive activities and little employment generator. (Bonilla, 2011).

This ability generates the object of this research: What is the process and negotiation mechanisms that allowed companies issuing influence mining legislation and to obtain advantageous conditions for investment, exploration and exploitation of Colombian minerals?

The methodological approach provides basics of trading, agency, lobbying power and cooptation of officials and political representatives. The conclusion establish the manner in which the legal and political framework of the mining sector was reorganized in Colombia. Also, the implications of adopt a path of mining development.

Keywords: conflict, negotiation, mining law, prior consultation, parties to the conflict in Colombia, private sector, state, civil society groups margin of law.

1. INTRODUCCIÓN

La extracción de recursos naturales desempeña un papel importante en la economía de varios países latinoamericanos. De hecho, la exportación de minerales ha contribuido al aumento de los índices de crecimiento en Chile y Perú, mientras que los ingresos provenientes del petróleo le han brindado mayor relevancia en el plano económico mundial a Brasil y Venezuela, países que,

entre otras razones, debido a la dependencia de este mineral, han visto seriamente afectadas sus economías, debido a la caída sistemática de los precios del petróleo y otros minerales.

No obstante, algunos países que en el pasado no contaban con un sector significativo de extracción de minerales, como Argentina, Colombia, Guatemala, Honduras y El Salvador, han sido objeto de interés por parte de empresas transnacionales, que buscan aprovechar los buenos precios del petróleo y del oro, además de la creciente demanda de minerales proveniente de China.

Sin duda, esta mayor actividad extractiva en la región ha generado un buen número de conflictos a lo largo de América Latina, mediados por fuertes escándalos de vulneraciones en materia de derechos humanos en los que se han visto involucradas las empresas en países como Colombia y de adecuaciones y cambios en las legislaciones nacionales (Otálora, 2014). Sin embargo, también permite observar el poder de la empresa transnacional y su capacidad de negociación-imposición frente a la debilidad y falta de organización de las comunidades y de la denominada sociedad civil, además del surgimiento de nuevos espacios de negociación y de conflicto como la Consulta Previa a las comunidades, la Licencia Social y la Responsabilidad Social Empresarial, entre otras.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El presente artículo tiene como objetivo principal analizar los mecanismos de negociación de las empresas transnacionales y la manera en que estas actúan a través de grupos de presión con intereses económicos en la exploración y explotación de recursos naturales en Colombia. Por ello, la pregunta problematizadora que guió el trabajo investigativo es la siguiente: ¿Cuál es el proceso y los mecanismos de negociación que permitieron a las empresas influir en la expedición de la legislación minera y obtener condiciones ventajosas para la inversión, exploración y explotación del territorio colombiano?

3. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para dar respuesta a esta pregunta, se intentará definir a las partes del proceso, establecer los conceptos básicos de la negociación y realizar el análisis a partir de mecanismos tales como el agenciamiento, el poder de *lobby*, la cooperación de funcionarios y representantes políticos, entre otros. Igualmente, se establecerá la manera en la que el marco legal y político del sector minero fue reestructurado en Colombia. Para concluir, se establecerán las implicaciones que para un país como Colombia tiene la decisión de adoptar una vía de desa-

rollo minero y las potencialidades que, en el proceso de negociación, tendrían herramientas como la consulta a comunidades, la licencia social y una política ambiental y sostenible.

4. MARCO TEÓRICO: EL CONFLICTO Y LA NEGOCIACIÓN

4.1 ¿Qué entender por conflicto?

En primer lugar, el conflicto puede ser entendido, de acuerdo con Mitchell, como «una situación en la que dos o más seres humanos persiguen objetivos que se perciben como alcanzables por el uno o por el otro, pero no los dos» (Mitchell, 1981,15). Para Mitchell, para que haya una situación conflictiva es necesario que existan por lo menos dos partes y que cada una quiera alcanzar objetivos específicos, en los que la otra parte es percibida como una amenaza al logro de su propio objetivo.

Por otra parte, autores como Galtung establecen que los conflictos pueden ser estudiados a partir de los vértices de un triángulo conformado por la actitud, el comportamiento y la contradicción entre los individuos. Justamente es el último vértice, el de la contradicción, el que representa al conflicto o la potencial incompatibilidad de intereses entre las partes. Las percepciones del otro están marcadas por la actitud, que incluye elementos que van desde lo emotivo hasta lo cognitivo y el comportamiento, que puede ser de tipo cooperativo, conciliativo, coercitivo o hasta hostil.

Finalmente, el conflicto debe entenderse, de acuerdo con Galtung, no solo a partir de sus componentes, sino también de los tipos de violencia (Galtung, 1998). Así, Galtung señala que la violencia puede ser de tipo: estructural cuando surge de las injusticias y desigualdades de la estructura social; cultural cuando está legitimada por las creencias compartidas; o directa, es decir, la violencia visible, perceptible y física (Galtung, 1998).

En este punto de los tipos de violencia, López afirma que cuando se habla de «violencia directa», debemos remitirnos al concepto de la violencia clásica; es decir, aquella que causa daño, sufrimiento y hasta muerte en las personas: asesinatos, secuestros, torturas; del mismo modo en el que cuando nos remitimos al concepto de «violencia estructural», se entiende por aquella que se ejerce de manera indirecta. Ella se manifiesta en las estructuras socio-políticas que impiden la realización de la persona humana o que dificultan la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales en las que los traficantes ejercen el control, no solo del territorio, sino además sobre los habitantes (López, 2006, 15-42).

De esta manera, en un mismo escenario se pueden encontrar varios tipos de violencia, los cuales se observan a simple vista, como lo es el caso de la violencia directa, y las que se manifiestan pero aparentemente no evidencian una relación con el conflicto, como lo es la violencia estructural o la violencia cultural. Estas últimas están presentes en el conflicto, y pueden permanecer en él de manera estratégica para que algunas de las partes resulten beneficiadas.

Por lo que, en la gran mayoría de los conflictos armados, en donde existen en principio, diferencias políticas e ideológicas, subyacen problemáticas sociales y económicas; es posible afirmar que estas últimas determinan la dirección que el conflicto pueda tomar. «Detrás de las cortinas de humo de los objetivos étnicos, políticos, religiosos y otras metas ideológicas aparece un nuevo referente –principalmente económico– para la acción social: la adquisición basada en la violencia» (Kalulambi y otros, 2003).

En esta medida, puede haber un actor o parte que ejerza violencia sobre un grupo determinado o una población específica, para generar conflicto o contribuir a que este u otro actor se beneficie del escenario de hostilidad, pues este le es favorable. Así, por ejemplo, los desplazamientos forzados sufridos por muchos colombianos en zonas de riqueza minera y natural fueron favorables a los intereses económicos de empresas transnacionales y de cultivos agroindustriales como la palma africana (Otálora y Ayala, 2013, 2010).

Es por ello que, en muchos casos, el conflicto va a estar relacionado con las riquezas y recursos naturales que tenga un determinado país, y este conflicto permanecerá mientras el interés económico y el provecho económico que se puedan obtener estén presentes.

4.2 ¿Qué entender por negociación?

La negociación, de acuerdo con Zartman, es el proceso mediante el cual posiciones en conflicto son combinadas en una posición común, bajo una regla de decisión de unanimidad. Es un fenómeno en el que el resultado es determinado por el proceso (Zartman, 1983,1-41). Dentro de los elementos del proceso de negociación, Zartman contempla: la toma de decisiones, las partes involucradas, los intereses de las partes, el resultado consecuencia del proceso y el movimiento mutuo. En tal sentido, es necesario comprender la negociación como un proceso que va desde una situación determinada o estática a un proceso dinámico.

Una de las consecuencias del conflicto es su transformación, pues autores como Lederach señalan que la transformación del conflicto es un concepto más adecuado, que hablar de una solución del mismo (Lederach, 2003). En relación con

este autor, Pablo Ortiz afirma: «Para Lederach, la noción de transformación sugiere que los conflictos transforman –y pueden transformar– las relaciones, la comunicación, las percepciones, las organizaciones, etc. Ello implica, desde el punto de vista práctico, que para intervenir en conflictos hay que hacerlo sobre la base de un enfoque englobador, es decir unir las perspectivas de corto y largo plazo en los procesos de disputa. Eso incluye no perder de vista los aspectos inmediatos (del paso a paso) como aquellos del proceso y el cuadro final. El establecimiento de lo que Lederach llama “infraestructura de paz”, que no es sino un proceso de concertación que integre distintos niveles de población y de actores (que no se restrinja solo a las élites que tradicionalmente controlan los espacios de tomas de decisión, pero tampoco a las bases, cuyas decisiones y voluntad muchas veces carecen de la suficiente legitimidad)». (Ortiz, Pablo: 2006, 2).

En términos generales, la negociación es un tema sobre el cual se ha escrito y se ha reflexionado mucho; hasta casi parece evidente, hasta tanto no se analiza cada caso en particular. De hecho, es posible afirmar que para resolver los conflictos y evitar el uso de la fuerza, hay que negociar. Sin embargo, como explica Ikle, existen muchos modos en que los gobiernos negocian, a lo que debe destacarse que esto siempre ocurre sujeto a cambios. Algunas negociaciones refieren a intereses comunes en los conflictos, mientras que en otras las posiciones en conflicto pueden ser aislacionistas y tratar de mantenerse aparte para evitar todo tipo de conflictos por no sacrificar intereses comunes (Iklé, 1964, 1-6).

5. RESULTADOS: LA EXPEDICIÓN DE LA LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA COMO ESCENARIO DE NEGOCIACIÓN-CONFLICTO

5.1 El conflicto y las partes en el conflicto

La expedición de las políticas gubernamentales es uno de los temas que suscita mayor controversia y en donde se puede observar más claramente la complejidad de la relación entre el Estado por un lado, las empresas transnacionales y el sector privado por otro lado, y las comunidades y la sociedad civil por otra parte. Todas estas partes tienen intereses en principio contrapuestos, cuya conciliación es compleja y está mediada por la capacidad de negociación-imposición, la fuerza o la capacidad organizativa de ellas.

Veamos: Entiéndase el sector privado como aquel constituido por grupos que se benefician de políticas públicas y donde es más evidente el uso de diferentes estrategias durante el proceso de negociación. Por una parte, el Estado es

el encargado de establecer reglas de juego claras y estables, un manejo macroeconómico sano que promueva la inversión, el empleo y el desarrollo empresarial. A su vez, requiere de un sector privado, constituido por empresas modernas y empresas transnacionales que operen con eficiencia, generen empleo, paguen impuestos, cumplan sus compromisos ambientales, sean socialmente responsables, y estén integradas a la comunidad y comprometidas con su desarrollo (Barreto, 2011, p. 1).

Por otra parte están las comunidades. En el caso de Colombia, muchas de las comunidades indígenas están ubicadas en territorios ancestrales que, además, poseen riqueza minera y natural, sobre la cual recae un interés de exploración y explotación por parte de empresas transnacionales (véase mapa anexo 1). Junto a dichas comunidades, afirman representar sus intereses, organizaciones y asociaciones de la sociedad civil, que se oponen a determinadas explotaciones, y podrían eventualmente hacer contrapeso al poder transnacional ya consolidado, aunque su fuerza aún es mínima (*Revista Semana*, 2011).

Sin embargo, se han establecido instrumentos como la consulta previa, la cual es prerrequisito para ejercer la actividad minera, para que no vulnere los derechos fundamentales y ancestrales a comunidades indígenas¹, raizales, negras, campesinas; por lo que se ha pretendido que haya una participación prioritaria a estos sujetos que son los principales afectados por esta actividad minera tan ambiciosa desde el punto de vista del mercado estratégico minero. Pero en la práctica se evidencia que hay un abismo entre la norma y la práctica, para su eficacia.

Un ejemplo de lo anterior es la declaratoria de inexecutable del Código Minero, Ley 1382 de 2010, ya que la Corte Constitucional en la sentencia C-366 de 2011 indicó que en este código el Estado tiene obligaciones para respetar este instrumento, pues advirtió que «estas normas prevén asuntos relativos a (i) la obligación del concesionario de reconocer, respetar y garantizar las tradiciones y prácticas de la comunidades tradicionales ubicadas en el territorio afectado; (ii) la participación obligatoria de las comunidades étnicas para la aprobación de proyectos de exploración y explotación en sus territorios por parte de terceros; (iii) la competencia de las autoridades tradicionales para determinar qué áreas dentro de la zona minera no pueden ser objeto de actividades de aprovechamiento; (iv) la obligación de los concesionarios mineros en zonas mineras indígenas, afrodescendientes o mixtas de vincular para el desempeño de las actividades de exploración y explotación a la comunidad, y a

1 Este requisito se establece, particularmente, en el numeral 2, literal b, de la Directiva presidencial 001 de 2010.

capacitarla para el efecto; (v) la prelación de las comunidades étnicas para obtener la concesión minera de territorios tradicionales, respecto de terceros no pertenecientes a la etnia o grupo. Para ello, el artículo 275 del Código de Minas prevé la comunicación a las comunidades de la propuesta de concesión minera del tercero, a fin de que hagan valer esa prelación si así lo desean; (vi) la obligación de las entidades territoriales que perciban regalías derivadas de la explotación de recursos mineros en zonas tradicionales, a que las destinen en obras y servicios para el beneficio de las comunidades étnicas asentadas en el área explotada; (vii) la potestad de la autoridad minera para prestar asesoría para la formulación de proyectos mineros, cuando estos sean desarrollados por las comunidades tradicionales; y (viii) la prohibición particular para el ejercicio de barequeo en zonas mineras de comunidades afrodescendientes, por parte de terceros ajenos a las mismas» (Baquero Manuel, 2013, 42).

En este sentido, respecto de la consulta previa a comunidades campesinas, Quesada expresa: «En esta búsqueda de posicionamiento del campesinado como un sujeto pleno en el goce de sus derechos y por lo tanto un sujeto activo a la hora de decidir las formas culturales, jurídicas, políticas y productivas que inciden en sus territorios, se ha propuesto como instrumento jurídico, el reconocimiento del derecho a la consulta previa a comunidades campesinas enclavado del proceso de reconocimiento de los derechos culturales de estas». (Quesada Carlos, 2013).

5.2 Perspectivas para el análisis de la relación Estado-empresas

En principio, la relación entre el Estado y los grupos privados (constituidos por empresas transnacionales y élites nacionales y locales) puede ser vista desde diferentes perspectivas: hay una visión según la cual el Estado ha sido capturado por los grupos privados, que cambian las reglas de juego a su favor y se imponen a este, que representa los intereses de la mayoría (Barreto, 2011, p. 1). Otra perspectiva es que, si bien el Estado es responsable de la formulación y ejecución de políticas públicas, el sector privado o las empresas, mediante el cabildeo –como señala Olson–, tratan de influir en las decisiones del gobierno que favorezcan sus intereses. Nos encontramos en ese punto, frente a un ejercicio de negociación (Olson, 2003).

Debe aclararse que en el caso de Colombia, existe otra parte, que si bien no se encuentra legitimada para intervenir en las posibles negociaciones que se presentan alrededor del proceso de expedición de las políticas gubernamentales, influye de hecho y determina en cierta medida este tipo de negociaciones, debido a sus intereses políticos y económicos. Nos referimos con ello, a los grupos armados al margen de la ley y los que ahora se conocen como las Bacrim (bandas criminales en las zonas urbanas, que en la gran mayoría de

casos están conformadas por desmovilizados) y que motivan algunas decisiones de política pública.

Piénsese, por ejemplo, en la minería ilegal y su relación tanto con las Bacrim, como con las FARC (este solo tema excede el propósito de este artículo y daría lugar a un futuro escrito). Recordemos que los grupos armados, dependiendo de su accionar, establecen siempre algún tipo de relación con los recursos naturales y su explotación (Otálora, 2007) y, por ende, influyen también las decisiones de política pública tomadas por el Estado.

Igualmente, es necesario tener en cuenta el episodio reciente de la Parapolítica²; es decir, las investigaciones y condenas establecidas para los congresistas que llegaron al poder gracias a sus nexos con paramilitares, y cuyas acciones posiblemente direccionaron las políticas y la legislación en beneficio de los intereses de este grupo armado³ (Ver Gráfica 1).

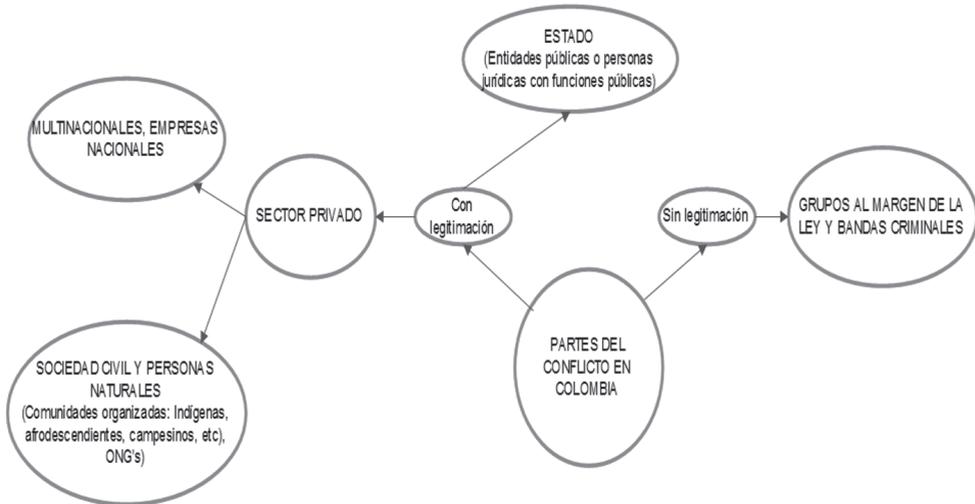
5.3 Institucionalidad como elemento de integralidad e integración en la negociación

En un escenario de negociación siempre será recomendable tener una posición que tenga en cuenta los intereses de las otras partes, para llegar a un resultado más favorable; e incluso la participación de un ente imparcial a veces resulta necesaria, para que medie y logre contribuir a una negociación justa y efectiva.

En esta medida, en la negociación e intervención en el direccionamiento de políticas que impliquen determinar el curso de un sector de la economía, como lo es el minero, el Estado tiene varias funciones y competencias, ya sea como

2 Curiosamente, el término Parapolítica ha ganado su lugar en la enciclopedia de acceso libre Wikipedia: «Según las investigaciones y condenas judiciales varios dirigentes políticos y algunos funcionarios del Estado se beneficiaron de estas alianzas por medio de la intimidación y la acción armada de los grupos paramilitares contra la población civil, algunos alcanzaron cargos en alcaldías, consejos, asambleas municipales y gobernaciones así como en el Congreso de la República y otros órganos estatales. A su vez algunos de los políticos desde sus cargos desviaron dineros para la financiación y conformación de grupos armados ilegales y filtraron información para facilitar y beneficiar las acciones de estos grupos dentro de las que se incluyen masacres, asesinatos selectivos, desplazamiento forzado entre otras acciones criminales con el objetivo de extender su poder en el territorio nacional». Tomado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Parapol%C3%ADtica> Consultado el 15 de septiembre de 2014, a las 8.27 p. m.

3 Véase debate de control político, transmitido en directo por el canal capital el 17 de septiembre de 2014. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=J1JSPxtrIEg>. Consultado el 28 de septiembre de 2014 a las 12.14 p. m.



Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 1. Partes del conflicto minero en Colombia.

parte negociadora e interesada en obtener unos beneficios; como mediador y ente imparcial; o como ente protector y garantista del interés general, de los derechos humanos y ambientales.

Se supone que el Estado siempre llevará un paso adelante frente a este tipo de negociaciones, por las potestades que tiene a su cargo, ya que, finalmente, es quien las determina y permite su consolidación. Pero el poder público del Estado en ocasiones se ve viciado por la corrupción y el favorecimiento de alguna de las partes de manera inequitativa e injusta; es más, en ocasiones puede ser cooptado por los otros actores que intervienen o que tienen intereses en la elaboración de la política pública. Justamente es allí donde se observa la capacidad estratégica de negociación de los mismos.

De esta manera, es necesario realizar algunas precisiones sobre la organización del Estado en el sector minero, para brindar un panorama que le permita al lector, entender el funcionamiento del sector a nivel administrativo, legislativo y judicial.

En Colombia, a nivel del ejecutivo, en el sector minero existe un ente encargado de direccionar, formular, planear y ejecutar la actividad minera en el país. A través del Ministerio de Minas y Energía, el presidente de Colombia ejerce su función administrativa dentro del sector minero energético. Por lo tanto, este Ministerio es la autoridad que tiene a cargo formular la política del sector

y administrar los recursos naturales no renovables del Estado colombiano, «asegurando su mejor y mayor utilización; la orientación en el uso y regulación de los mismos, garantizando su abastecimiento y velando por la protección de los recursos naturales del medio ambiente con el fin de garantizar su conservación, restauración y el desarrollo sostenible, de conformidad con los criterios de evaluación, seguimiento y manejo ambiental señalados por la autoridad ambiental competente»⁴ (Ministerio de Minas y Energía, 2013).

Este Ministerio está conformado por unas oficinas internas (oficina de Asuntos Ambientales y Sociales, oficina de Asuntos Regulatorios y Empresariales, oficina Asesora Jurídica, oficina de Planeación y Gestión Internacional y oficina de Control Interno) y tiene un Viceministerio de Minas responsable de las direcciones de Minería Empresarial y Formalización Minera; así mismo, el sector está integrado administrativamente por entidades adscritas, como lo son la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) y el Servicio geológico (anteriormente Ingeominas), cada una con unas funciones propias que le han sido otorgadas bajo el principio de la descentralización⁵, que funciona en pro de la eficiencia de los fines del Estado, pero que cuando se maneja en exceso, el Estado puede incurrir en falta de unanimidad, armonía e integralidad administrativa (Código de Minas, artículo 317).

Por otra parte, la Agencia Nacional de Minería, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 4134 de 2011⁶, se constituye en la autoridad minera y concedente en Colombia, y conforme al artículo 3 del mismo Decreto, tiene como objetivos «administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes y en

4 MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. [en línea]. [20 de febrero de 2013]. Disponible en http://www.minminas.gov.co/minminas/?cargaHome=3&id_categoria=43

5 De esta manera, el artículo 317 del Código de Minas (Ley 685 de 2001) dispone lo siguiente: ARTÍCULO 317. *AUTORIDAD MINERA*. Cuando en este Código se hace referencia a la autoridad minera o concedente, sin otra denominación adicional, se entenderá hecha al Ministerio de Minas y Energía o en su defecto a la autoridad nacional, que de conformidad con la organización de la administración pública y la distribución de funciones entre los entes que la integran, tenga a su cargo la administración de los recursos mineros, la promoción de los aspectos atinentes a la industria minera, la administración del recaudo y distribución de las contraprestaciones económicas señaladas en este Código, con el fin de desarrollar las funciones de titulación, registro, asistencia técnica, fomento, fiscalización y vigilancia de las obligaciones emanadas de los títulos y solicitudes de áreas mineras. (Código de Minas, artículo 317).

6 Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica.

coordinación con las autoridades ambientales en los temas que lo requieran, lo mismo que hacer seguimiento a los títulos de propiedad privada del subsuelo cuando le sea delegada esta función por el Ministerio de Minas y Energía de conformidad con la ley».

Debe mencionarse que la actividad que dirige, administra y organiza el Ministerio de Minas y Energía debe estar en concordancia y armonía con las demás entidades del Estado, principalmente con las competencias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y del Ministerio del Interior, ya que el sector minero tiene íntima relación con el cuidado del medio ambiente y el respeto por los derechos humanos de la población que habita las zonas en donde se llevan a cabo las distintas actividades del sector. En esta medida, cuando haya presencia de grupos étnicos (indígenas, afrodescendientes o raizales) en estas zonas es necesario incorporar el procedimiento de consulta previa, como ya se analizó anteriormente.

Por otro lado, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible al constituirse en «el rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y de definir las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible»⁷, debe intervenir y participar armónicamente en el sector minero, junto con las Corporaciones Autónomas Regionales y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, adscrita a este Ministerio.

De igual manera, el Ministerio del Interior coordina la atención del Estado en materia de protección de los derechos fundamentales de la población, como lo son la consulta previa y la seguridad, entre otros. Y es precisamente la consulta previa la que en materia de negociación en las políticas del sector minero ha constituido un avance en la protección de los derechos de la población que habita las zonas objeto de exploración y explotación minera. Esto se debe principalmente a la capacidad de organización y arraigo cultural que tienen estas poblaciones, que han logrado no solo exigir el respeto por sus derechos, sino también, llamar la atención sobre la protección del medio ambiente.

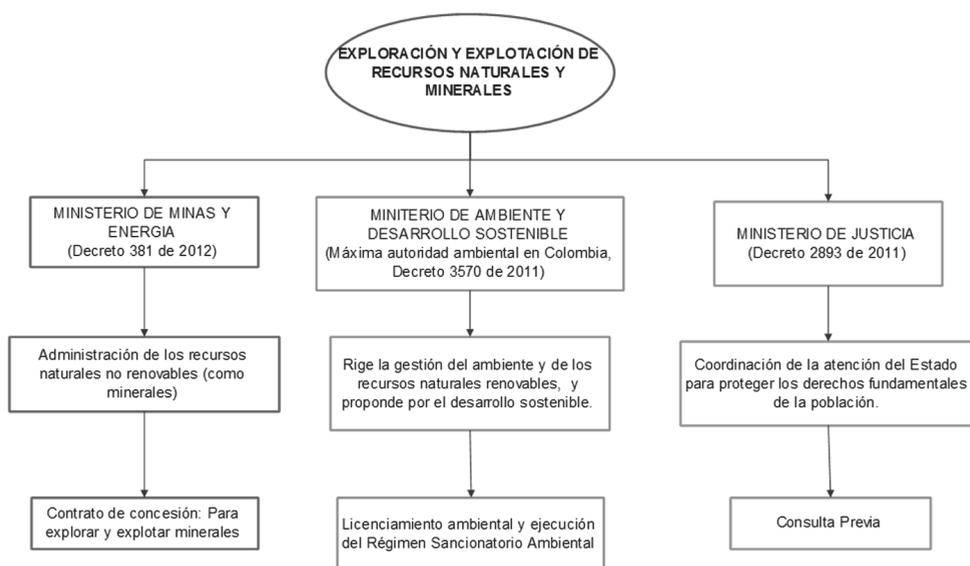
En lo que va del año 2014, el Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, ha realizado 690 protocolizaciones en el marco de 38 proyectos; es decir, se ha logrado aterrizar los acuerdos entre ejecutores y

7 MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE. [en línea]. [20 de febrero de 2013]. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co//contenido/contenido.aspx?catID=463&conID=7209>

comunidades. Ya en 2013 se habían logrado 580 procesos similares (página web del Ministerio del Interior, 2014).

De los 690 procesos protocolizados, 160 pertenecen al sector minero, 7 al ambiental, 56 de medidas administrativas, 305 de hidrocarburos, 61 del sector energético y 101 de infraestructura. Hoy, el Ministerio tiene 130 procesos de consulta previa en su etapa inicial con 1.300 comunidades étnicas (página web del Ministerio del Interior, 2014).

El Gobierno Nacional ha definido proyectos como estratégicos y de interés nacional. Dentro de estos encontramos: la Planta de regasificación del Caribe, expansión de Cerromatoso, Central Hidroeléctrica de Cucuana, segunda calzada Lobogurrero-Mediacanoa, doble calzada Cartagena-Barranquilla, doble calzada Loboguerrero-Cisneros, Ruta del Sol Sector Tres, y la modernización y ampliación del aeropuerto de San Andrés (página web del Ministerio del Interior, 2014)⁸.



Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 2. Funciones de los principales ministerios que intervienen en el sector minero.

8 Fuente: <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/690-procesos-de-consulta-previa-se-han-acordado-en-2014> Consultado el 22 de septiembre de 2014, a las 12.51 de la tarde.

Por otro lado, además de las entidades que pertenecen al sector minero a nivel ejecutivo, se encuentran aquellas que conforman los otros poderes públicos del Estado (legislativo y judicial), y aquellos a los que se le han otorgado funciones de control y vigilancia.

Así, existen en la organización del Estado colombiano relacionada con el sector, entidades que desempeñan funciones de regulación, judicialización y control, como se evidencia enseguida:

La regulación la ejerce principalmente el Congreso de la República y el presidente de la República, en colaboración con el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con las facultades normativas que se les ha otorgado por ley.

La judicialización hace referencia a la solución de conflictos jurídicos que puedan surgir en el sector minero, ya sea, por un lado, entre el Estado y particulares o personas jurídicas del sector privado, o entre el Estado y las mismas entidades estatales (caso en el cual se acudirá a la Jurisdicción Contencioso Administrativa); y por otro lado, entre particulares o personas jurídicas de derecho privado (en donde la Jurisdicción Ordinaria es la competente). Además, cuando se hace referencia a la comisión de una conducta delictiva consagrada en el Derecho Penal Colombiano, el órgano correspondiente será el juez penal.

En este punto, es necesario tener en cuenta, por ejemplo, que en las negociaciones de los conflictos de intereses del sector minero, las sanciones disciplinarias y penales son las que se encuentran consagradas en la legislación colombiana. No obstante, y particularmente cuando al Estado le interesa atraer inversión extranjera para el sector minero, pareciera que existen pocos incentivos para hacer obligatorio el cumplimiento de las normas, y se permite a las transnacionales mineras la violación de bienes jurídicos –como el medio ambiente–, para los cuales se han determinado unos delitos específicos.

Piénsese por ejemplo el caso de la Drummond, que recientemente fue sancionada con la suspensión de la licencia de cargue de carbón en el puerto de Santa Marta, a través de barcazas, pues desde el primero de enero de 2014, solo está permitido el cargue directo, norma que esta transnacional venía incumpliendo y que terminó en un desastre ambiental, al lanzar presuntamente 500 toneladas de carbón al mar –situación que está siendo investigada por la ANLA y que fue ampliamente documentada por la revista *Semana*–. La sanción fue levantada en el mes de marzo, pues la empresa presentó un nuevo plan de cargue que, de acuerdo con el Ministerio, cumplía con los requisitos exigidos. No obstante, es importante tener en cuenta que la sanción mencionada, implicaba

pérdidas diarias superiores a los once mil millones de pesos para el Estado, según lo informado por el ministro de Minas, Amílkar Acosta (*Semana*, 2013, consultado el 28 de septiembre de 2014, a las 4.28 p. m.).

Por otra parte, el sector minero también es vigilado por los órganos de control, constituidos por el Ministerio Público (conformado por la Procuraduría de la Nación, el Defensor del Pueblo y las Personerías Municipales) y la Contraloría General de la República, los cuales se encargan de proteger los derechos humanos y de las personas, y el tesoro público, respectivamente. A estas entidades les corresponde controlar y vigilar los actos y actividades que se lleven a cabo en el sector minero, en la medida que deben proteger aquello que se les ha ordenado. Las superintendencias también tienen funciones de vigilancia y control; y en el sector minero, es la Superintendencia de Industria y Comercio⁹ la que propiamente interviene.

Como se evidencia, el sector minero se encuentra integrado de tal manera que factores como la interinstitucionalidad, la intersectorialidad, la armonía y la integración institucional son determinantes para realizar, promover y garantizar el ejercicio de la actividad minera en Colombia de manera equitativa, justa y respetuosa del interés general, los derechos humanos y ambientales, e incluso el derechos a la propiedad privada.

Pese a que esto sería lo ideal, en la actualidad cada entidad aparentemente trabaja en beneficio propio, sin poner en consideración a los demás. Por esto se encuentra que mientras el gobierno, por medio del Ministerio de Minas y Energía promueve la locomotora minera en Colombia y la inversión extranjera por falta de capital para explorar y explotar los minerales que subyacen en el subsuelo del territorio colombiano, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible inicia un lucha contra el otorgamiento del licenciamiento ambiental en zonas de especial protección por sus condiciones medioambientales, encontrando muchas veces que existen contratos de concesión minera en zonas que no deben ser objeto de explotación y sobre las cuales se han causado daños irreparables e irreversibles.

La realidad es que el mismo plan de desarrollo del actual gobierno reconoce que «solo el 20 por ciento de la producción aurífera del país cumple con las normas ambientales»; en el Chocó, «se han degradado más de 22.000 hectáreas por la extracción ilícita de minerales y recuperarlas costaría entre 50.000

9 A esta última se le ha otorgado la facultad de emitir un concepto previo acerca de la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados, cuando las autoridades realicen un proyecto de acto administrativo que se propongan expedir con fines de regulación. (De acuerdo con el Decreto 2897 de 2010).

millones y 150.000 millones de pesos»; y los «pasivos ambientales asociados a (sic) la minería legal no han sido cuantificados, en términos económicos y sociales, ni internalizados, ni se cuenta con fuentes de financiación específicas para su recuperación». Frente a esta situación, el Departamento Nacional de Planeación (DNP, 2011) indica: «el país no cuenta con instituciones ambientales preparadas para capitalizar y anticipar los cambios que en materia de crecimiento económico, pobreza, equidad, seguridad, innovación tecnológica, y participación ciudadana supone el actual Plan Nacional de Desarrollo»¹⁰.

5.3 El proceso de formulación de la política pública como un proceso de negociación entre grupos de presión

De acuerdo con Balaam y Veseth, las políticas gubernamentales favorecerían intereses especiales y estarían en contra de los intereses de la sociedad, en la medida en que el interés nacional no coincide necesariamente con el interés de la mayoría de los ciudadanos (Balaam y Veseth, 2008, p. 86). Por tal motivo, la democracia representativa estaría sesgada al momento de expedir la política pública¹¹. Se entiende que las políticas públicas hacen referencia a un «conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente problemáticas» (Valencia, 2008, p. 109).

Tales políticas responden a distintos modelos, en función de quiénes influyen en su formulación, qué valores se consideran, qué objetivos se persiguen, etc. Dentro de estos modelos se destacan, para efectos de este análisis¹²,

10 Salinas Abdala, Yamile. *La locomotora minera sin rieles* (on line). Recuperado el 20 de agosto de 2013. Disponible en <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/1696-locomotora-minera-sin-rieles.html>

11 Una política pública «es la forma de un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad o espacio geográfico». Tomado de Baquero, Manuel Andrés. *El litigio de alto impacto en la explotación minera lícita*. 2013, pág. 5.

12 Existen otros modelos de expedición de política pública, tales como:

- El modelo racional: Comienza con la elección de los objetivos, considera alternativas, identifica los medios para alcanzarlos, evalúa los impactos, determina los criterios para evaluar alternativa. Busca construir un modelo antes de la implementación para medir efectos, implementar la decisión elegida y evaluar las consecuencias.
- El modelo incrementalista: Considera a las políticas públicas como una continuación de gobiernos anteriores con pocas modificaciones o incrementos. Existe una serie de restricciones de tiempo, costos y conocimientos que hace que quienes decidan no cuenten con toda la información posible que maximice todas las variables.
- El modelo institucionalista: Considera a las políticas públicas como resultado de la actividad coordinada de las diversas instituciones gubernamentales, lo que le permite legalidad, universalidad y fuerza para su ejecución.

el modelo elitista y el de grupos (Barreto, 2011, p. 1). Así, el modelo elitista considera que las políticas públicas son formuladas bajo las preferencias y valores de la élite gobernante; es decir, de una minoría que detenta el poder y gobierna. Bajo esta mirada, las políticas públicas no reflejan las demandas de la comunidad, a la que se considera indiferente y mal informada, como para participar en el proceso de formulación. Este argumento coincide con el análisis de Balaam y Veseth, al concluir la razón por la cual la voz de quienes se benefician –en casos como el analizado, las empresas transnacionales y las élites– se escucha mucho más alto que la de las mayorías que pueden ser perjudicadas con la aplicación de una política pública determinada (Balaam y Veseth, 2008, p. 86).

En contraste con el análisis de Balaam y Veseth, el modelo de grupos se basa en el supuesto de que las políticas públicas son el resultado del equilibrio en la lucha entre grupos de interés y grupos de presión. Los grupos de interés son un conjunto de personas que comparten actitudes, que hacen reclamos a otros grupos de la sociedad. Aquí, los formuladores de políticas públicas tienen que negociar los intereses de cada grupo de manera equilibrada (Portocarrero, 2000, p. 156).

De acuerdo con Olson, la formación de grupos –personas con intereses comunes– no solo se debe al supuesto de que las personas actúan por propio interés sino también al desarrollo de la sociedad y a un conjunto de incentivos (Olson, 1992, p. 11). La teoría de Olson puede ser vista de manera distinta. Desde el punto de vista informal, las organizaciones y grupos privados se forman debido al instinto o la propensión humana a formar asociaciones y unirse a ellas. Desde el punto de vista formal, las asociaciones de nuestro tiempo y la afiliación a grupos no son producto de ese instinto, sino más bien de la evolución de las sociedades que comienza con los grupos primarios como la familia y los grupos de parientes que, según Parsons, dominaban la estructura social (Citado por Olson, 1992, p. 28). Luego surgen nuevas asociaciones secundarias no consanguíneas como los sindicatos, las empresas y las iglesias, cuya interacción supera a la de los grupos primarios (Olson, 1992, p. 11).

Existe además un elemento de orden funcional, pues en las sociedades modernas solo las grandes asociaciones pueden ser capaces de realizar ciertas funciones útiles para la sociedad, tales como satisfacer una necesidad o favorecer un interés. Esa demanda o interés constituye un incentivo para la formación de grupos. Entonces, la formación de grupos no solo se debe a un instinto o tendencia natural a buscar sus intereses, sino también a un aspecto funcional y a un conjunto de incentivos. Este conjunto de intereses e incentivos desempeñará un papel determinante en el proceso de negociación,

en la medida en que, por lo general, estos son vistos como diametralmente opuestos.

Para efectos de este análisis, es de particular importancia el concepto de grupos de presión. Los grupos de presión, dice Olson, son aquellos grupos que, además de buscar un beneficio común para sus miembros¹³, «se han organizado también para algún otro fin» (Olson, 1992, p. 147). Así, los grandes grupos económicos de presión son en realidad productos secundarios de organizaciones que obtienen poder y apoyo porque desempeñan alguna otra función además de negociar a través de diferentes mecanismos como el cabildeo, hacer *lobby* o gestionar sus intereses. Tienen la posibilidad de movilizar a un grupo determinado ofreciendo algún tipo de incentivos, en la medida en que tienen autoridad y capacidad para ser coercitivos o porque tienen una fuente de estímulos positivos que pueden ofrecer. Tales herramientas, también pueden ser vistas dentro del proceso de negociación.

Así las cosas, los grandes grupos económicos de presión se explican como un producto secundario, porque obtienen apoyo debido, principalmente, a que desempeñan otra función además de cabildear o hacer *lobby*: una función de «intereses especiales» (Olson, 1992, p. 150). En este punto, Olson dice que «el segmento de la sociedad que tiene el mayor número de grupos de presión trabajando en su favor es la comunidad empresarial» debido a su alto grado de organización¹⁴ (Olson, 1992, p. 156).

Por ello, es posible afirmar que las empresas transnacionales actúan como grupo de presión, al momento de defender sus intereses económicos. A ellas se enfrentan no solo el Estado, que en un momento dado cede ante su poder, sino también otro tipo de grupos de presión, como las comunidades, los grupos ambientales, etc. Lo importante es resaltar aquí la necesidad del establecimiento de unas reglas de juego claras para todos los actores presentes en el panorama minero, y la necesidad de formular e implementar una política pública integral, que no solo beneficie a las empresas, sino que también permita el desarrollo del país.

13 La mayor parte de la acción de los grupos se desarrolla a través de organizaciones y la finalidad que más la caracteriza es proteger los intereses comunes de sus miembros. Los intereses puramente personales o individuales pueden ser favorecidos, en forma eficiente, por la acción individual, no organizacional.

14 Este alto grado de organización se debe al hecho de que la comunidad empresarial está dividida en una serie de «industrias» o sectores con un número limitado de empresas, lo que facilita su organización voluntaria y directamente para buscar sus intereses. No sucede de igual manera con los grupos de trabajadores, agricultores, etc., cuya organización es más difícil.

5.4 Instrumentos y estrategia de negociación de las empresas transnacionales para influir en la expedición de la legislación minera

El poder de los grupos de presión, anteriormente mencionados, se hace quizá más evidente en el caso de la empresa transnacional y su influencia en la expedición de la legislación minera en el caso colombiano puede servir de referencia para el análisis de la negociación de intereses vistos como contrapuestos. En principio, en Colombia, el interés por explorar y realizar nuevas explotaciones de petróleo, oro y otros minerales caracterizó el ingreso al país y la articulación de empresas como la Drummond y la Anglo Gold Ashanti a comienzos de los noventa, mediante el uso de mecanismos tales como el aprovechamiento de sus recursos materiales, la capacidad de establecer nuevas agendas y su influencia en la expedición de nuevas formas de regulación; todas estas, herramientas de negociación que les permitieron incrementar su poder económico.

Igualmente, se observó el cambio en la estrategia política y en la manera de relacionarse con todo tipo de actores –incluidos los actores armados–, de empresas transnacionales como la British Petroleum, la PHP Billington y la Chiquita Brands, que explotaban petróleo y banano en el territorio colombiano desde hace décadas (Sintraminercol, 2003). Como se señaló anteriormente, de acuerdo con Galtung, el conflicto debe entenderse no solo a partir de sus componentes, sino también de los tipos de violencia: estructural (surge de las injusticias y desigualdades de la estructura social), cultural (legitimada por las creencias compartidas) y directa (que es visible, perceptible y física).

Las empresas transnacionales ejercen también distintos tipos de violencias contra las comunidades, como está demostrado en algunos casos que relacionan interés de ingreso de transnacional con aumento de conflicto (Otálora, 2006); y sin duda su poder, aunado a la presencia de actores armados, se convierte en un elemento disuasorio ante cualquier oposición de explotación por parte de las comunidades.

Por otra parte, dentro de la negociación que realizan las empresas transnacionales, es necesario también tener en cuenta el denominado poder instrumental de las empresas (Sodeberg, 2006), que se ha vinculado con el *lobby*, una de las formas tradicionales de negociación y de acción política del sector privado. Este mecanismo, utilizado por el sector privado para el logro de sus objetivos y la protección de sus intereses, puede ser entendido como el «acto de ejercer presión o de respaldar a algo o a alguien». Se utiliza para generar medidas destinadas a favorecer a la empresa en el ámbito de las políticas públicas, ya sea en la legislación, los reglamentos, las decisiones judiciales y el comportamiento de los funcionarios públicos.

Durante los noventa, empresas como la Anglo Gold Ashanti a través de una de sus filiales, denominada Kedadah Ltda., estuvieron participando muy activamente en el proceso de expedición de normas que finalizarían con la expedición del Código Minero Colombiano en el año 2000 y que les otorgaría grandes beneficios en materia de acceso a la explotación de territorios. Cabe tener en cuenta que esta explotación era realizada anteriormente en su mayoría de manera artesanal, por parte de mineros que habitaban zonas con presencia de riqueza minera y natural, como es el caso de la Serranía de San Lucas, en el Sur de Bolívar (Otálora, 2007), o territorios en los que habitan ancestralmente comunidades indígenas; ambos grupos ven con recelo la explotación transnacional, en la medida en que los desplaza no solo laboral sino físicamente de sus territorios de trabajo y de vida, además de poner en riesgo su vida y la existencia misma de la comunidad.

Así, de acuerdo con Human Rights Everywhere, HREV, 8.928 títulos mineros otorgados en Colombia, vigentes a diciembre de 2010, y que cubren cerca de 4.839.149 hectáreas, estarían ubicados dentro de resguardos indígenas, y afectando a 233 comunidades¹⁵. Estos datos son insignificantes, comparados con el potencial de afectación, si se tiene en cuenta las licencias mineras que están en proceso de revisión y que tienen en riesgo de extinción política y cultural 32 comunidades indígenas en el territorio colombiano¹⁶. A lo anterior se suma que, de acuerdo con el gobierno nacional, Colombia tendría 11 zonas mineras de comunidades negras e indígenas¹⁷.

Además «un estudio que hizo la Contraloría General de la República sobre la minería en Colombia al concluir en su investigación que nuestro país no está preparado para una locomotora minera, señala además del grave impacto [de estas actividades como] (exploración y explotación minera) generan al agua, al suelo, al aire, a la biodiversidad y al paisaje, no son objeto de un control riguroso por parte de las entidades mineras, ambientales y territoriales, a lo que se suma que por ser consideradas de utilidad pública e interés social por el artículo 13 del Código de Minas –Ley 685 de 2001–, están ocasionando una serie de conflictos sociales en muchas regiones del país, por cuanto diversas entida-

15 Fuente: <http://geographiando.hrev.org/category/territorios-indigenas-en-colombia/>

16 De acuerdo con la ONIC, estarían en riesgo de extinción las comunidades: Yamalero, Makaguaje, Pisamira, Tsiripu, Eduaria, Wipiguiji, Muinane, Yaruro, Dujo, Judpa, Yara, Baja, Ocaína, Yojop, Amorua, Cjhiricoa, Noruya, Kawiyari, Yuri, Matapi, Karua, Achagua, Karijona, Tatuyo, Kaguara, Yanua, Masiguare, Nukak Maku, Guayabero, Karapana y Bora. Fuente: <http://geographiando.hrev.org/category/territorios-indigenas-en-colombia/>

17 <http://www.pacificocolombia.org/novedades/colombia-tendra-111-zonas-mineras-de-comunidades-negras-e-indigenas/317>

des estatales están privilegiando a dichas actividades sobre los derechos fundamentales de las comunidades y, por lo tanto, desconociendo la jerarquía de derechos prevista en el ordenamiento jurídico. A finales de diciembre de 2012, en Colombia habían sido suscritos 9.400 títulos mineros, cubriendo 5,6 millones de hectáreas. De estos, 3.760 están en explotación y abarcan cerca de 2,1 millones de hectáreas, un área cercana al 1,8 por ciento del territorio nacional» (Baquero, Manuel, 2013, 71-72).

Otro importante canal discursivo utilizado dentro de la negociación por parte de la empresa transnacional, entendida como un grupo de presión con intereses especiales, para obtener-mantener su poder, fue la organización de reuniones privadas con directivos, *workshop* (Sodeberg, 2006) y otros, mesas redondas, conferencias y reuniones *multistake holders* con representantes políticos del sector minero en Colombia; entiéndase por ello funcionarios del sector, de un lado, y congresistas que luego pudieron representar los intereses de este tipo de empresas al momento de expedir la legislación correspondiente, en la medida en que fueron partícipes de una serie de incentivos que favorecieron su labor legislativa y la consolidación de su poder político en las regiones (Sintramincol, 2003).

A lo anterior, se sumó el uso de mecanismos de acción tales como el apoyo económico y financiero brindado en las campañas electorales y a los partidos políticos, que les otorga poder en la medida en que les permite cooptar actores estatales (Fuchs, 2005). Justamente, algunos de estos congresistas fueron posteriormente investigados en el marco de los procesos de la denominada parapolítica, que vinculaba a políticos y élites locales con los grupos armados denominados paramilitares (*Semana*, 2010).

Por otra parte, una porción de la autoridad de las empresas transnacionales y que las hace fuertes en un proceso de negociación, tanto frente al Estado como a las comunidades, se deriva de sus conocimientos y de sus experiencias. En tanto expertas en los mercados, las empresas transnacionales han pasado a desempeñar funciones políticas y reguladoras y se convierten en autoridades privadas (Cutler, 1999). En el caso colombiano, por ejemplo, si bien Ingeominas es la entidad encargada de explorar y mapear el territorio nacional, a efectos de conocer la existencia, calidad y cantidad de los recursos mineros que posee el país, dicho proceso resulta muy costoso y los únicos que están en capacidad de realizar esta exploración y que cuentan con los recursos financieros y humanos para hacerlo, son las empresas transnacionales (Congreso minero, Corferias, julio de 2010). En últimas, son estas empresas quienes pueden llevar a cabo el proceso de exploración y no les resulta difícil negociar con el Estado para realizarlo, pues no tienen competidor técnico ni

financiero. Reunida la información requerida, la empresa cuenta con ventajas para solicitar licencias que le permitan explorar un territorio.

En tal proceso de negociación, la probabilidad de que la comunidad que habita el territorio, o que tradicionalmente explota el recurso, pueda acceder a la información correspondiente es mínima o casi nula, gracias a las asimetrías de información generadas desde un comienzo. A lo anterior se suma el hecho de que previamente la empresa transnacional ha solicitado licencia minera para explorar y explotar el recurso con mucha anticipación.

5.5. Herramientas de negociación y garantía de procesos de desarrollo pacíficos y garantistas de los derechos humanos y ambientales

5.5.1. La consulta previa como herramienta de negociación de las comunidades

En Colombia se ha realizado la consulta previa desde hace más de una década. El panorama actual de los pueblos indígenas y la ejecución de proyectos en sus territorios nos debe llevar a preguntarnos: ¿Qué origina el enfrentamiento entre los financiadores de los proyectos, el Gobierno nacional y los pueblos indígenas por el tema de la consulta previa? (Rodríguez: 2009, 52).

En principio, la consulta previa es un derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas, según el cual estos pueden tomar decisiones e incidir frente a cualquier tipo de proyecto, de obra, actividad o decisión que afecte a sus comunidades. Esa consulta previa es obligatoria. Sin embargo, los gobiernos y las empresas privadas permanentemente buscan mecanismos para no hacerla efectiva y para que las comunidades no puedan decidir en los proyectos. La consulta previa se debe realizar a través de procedimientos apropiados y eso significa que esta no puede ser una simple reunión, sino que debe ser el resultado de un procedimiento, a través del cual las comunidades se puedan manifestar, puedan conocer los proyectos de manera profunda y puedan incidir en ellos (Rodríguez, 2009, 52).

El Convenio 169 de la OIT establece que la consulta debe ser previa y no posterior. En el caso de Colombia, primero se otorgan las licencias y, cuando está parcialmente ejecutado el proyecto, se consulta a las comunidades. Debe contar con la participación de todos los miembros de los pueblos indígenas, de sus organizaciones y, sobre todo, de aquellas personas que van a ser afectadas por los proyectos. También implica la necesidad de que las autoridades indígenas tengan conocimiento pleno de todos los aspectos del proyecto: técnicos, sociales, económicos y culturales.

En la actualidad, numerosos proyectos de gran infraestructura para la extracción de recursos naturales, que en el pasado se habían considerado inviables, hoy se están ejecutando, pues se han reformado las normas legales para hacerlos viables, como sucede en el caso de la represa de Dibuya o la represa de la Salvajina. Estos cambios son procesos de incumplimiento constitucional y/o legal. Los cambios de la reglamentación obedecen a los intereses y la capacidad de negociación de las empresas transnacionales interesadas en los proyectos y no a los intereses de la consulta o de las comunidades¹⁸ (Rodríguez: 2009, 52).

Según este panorama, la realización de la consulta resultaría inútil en su aplicación práctica. Sin embargo, en este punto, Gloria Amparo Rodríguez señala: «Creemos que la consulta previa no es un procedimiento inútil. Por el contrario, se trata de un instrumento que puede utilizarse para la resistencia y la protección de la identidad social, cultural y económica de los pueblos indígenas. La consulta previa es la posibilidad de que las comunidades expresen qué esperan y qué necesitan, cómo piensan su futuro. Además, una consulta previa aplicada adecuadamente puede ser un instrumento para prevenir y solucionar muchos de los conflictos que han ocurrido históricamente en el país» (Rodríguez: 2009, 52).

De esta manera, Alfredo Molano Bravo, en su artículo «A torcerles el cuello a las consultas», expresa que «La exclusión económica política de campesinos, indígenas y negros ha sido la causa de muchos de los males que sufrimos. Una de las medidas que se han inventado para debilitar esa contradicción es la consulta previa –Convenio 169 de OIT, vinculante– que, léase bien, debe ser libre, previa e informada. La razón es simple, las comunidades étnicas no son respetadas en su integridad –territorio, cultura y autoridades– por las leyes convencionales y requieren una protección especial. Al país se le consulta cada cuatro años sobre políticas públicas y orientaciones ideológicas, lo que implica de por sí una consulta sobre grandes proyectos económicos y políticos. Es una práctica que hace parte de la cultura de Occidente, aceptada formalmente por casi todo el mundo. Son dos formas complementarias de consulta y por tanto de participación política. El problema consiste en que la consulta previa es administrada por el establecimiento, el cual tiene sus propios intereses. Legítimos, claro, pero no idénticos a los de las comunidades étnicas.

18 En numerosas sentencias, la OIT ha advertido al Gobierno colombiano que es necesario derogar el Decreto 1320, porque contradice el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, el Decreto continúa vigente.

De igual forma, el Decreto de Licencias Ambientales está ajustado a los intereses de las empresas dueñas de los proyectos, pues muchas actividades que antes requerían licencias ambientales hoy ya no las requieren.

Y ahí está el problema, porque se trata en general de dos modos distintos de mirar el mundo y de vivir. En la sociedad mayor prima lo que la economía política llama la reproducción ampliada de capital y en las comunidades la reproducción simple. Por eso, entre paréntesis, los campesinos deberían gozar de la consulta previa¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que las consultas han generado algún tipo de discriminación frente a otras comunidades que, por no ser afrodescendientes, ni indígenas, ven limitado su derecho a emitir opiniones respecto de obras que les impactan directamente. Tal es el caso, por ejemplo, de las comunidades campesinas afectadas por el proyecto hidroeléctrico de El Quimbo o las exploraciones petroleras en diversas zonas del Huila, quienes por no ser indígenas o afrodescendientes, no tuvieron derecho a la consulta previa (*La Nación*, 2013)²⁰.

CONCLUSIONES

Desafortunadamente las consecuencias que resultan del poder de negociación de las empresas transnacionales pueden ser muy costosas para un país como Colombia. A pesar de la existencia de grupos de interés que, por parte de la sociedad civil, se oponen a determinadas explotaciones, y podrían eventualmente hacer contrapeso al poder transnacional ya consolidado, su fuerza aún es mínima (Semana, 2011). El sector minero colombiano pareciera reflejar aún esa división internacional de la producción que se deriva de esta relación centro-periferia que establecía la teoría de la dependencia. En efecto, Colombia consolidó en las dos últimas décadas un nuevo modelo de desarrollo económico altamente dependiente de las exportaciones mineras y de hidrocarburos. A pesar del incremento de la inversión extranjera y de los excedentes financieros en ambos sectores, la estrategia de concentración en minería y petróleo –con el consecuente impacto negativo en la industria– no logró modificar el esquema de desigualdades sociales ni dar solución al desempleo, uno de los principales problemas macroeconómicos del país (Bonilla, 2010, p. 1).

La nueva dinámica minera, producto de la participación de los grupos de presión, contribuye al incremento de la inversión extranjera y al deterioro del mercado de trabajo del país, dada la presencia de actividades de capital inten-

19 <http://www.nasaacin.org/contexto-colombiano/5324-a-torcerles-el-cuello-a-las-consultas>). Consultado el 18 de febrero de 2013.

20 <http://www.lanacion.com.co/2013/02/20/consulta-para-todos/>. Consultado el 26 de febrero de 2013.

sivo y poco generador de empleo (Bonilla, 2011). La actividad, sin embargo, produce un importante flujo de excedentes financieros y de impuestos, que al no ser distribuidos eficientemente y equitativamente en otras actividades productivas constituyen la base de la llamada enfermedad holandesa, con fuertes repercusiones en la tasa de cambio, el control de la inflación y el relativo estancamiento de los sectores agropecuario e industrial.

Sin duda, Colombia aún es un país en construcción, que no ha logrado construir un proceso de desarrollo estable y sostenible en el tiempo y en el que el poder de negociación de grupos de presión como las empresas transnacionales y sus intereses representados en élites locales es, como se ha visto, evidente en las decisiones económicas. La principal apuesta del siglo XXI ha sido consolidar, en reemplazo del anterior modelo agroexportador, un modelo minero-exportador con énfasis especial en el petróleo y el carbón, de los cuales existen reservas probadas por un periodo de ocho años para el petróleo y de 91 para el carbón (Bonilla, 2011).

En la actualidad, mediante el Decreto 1374 del 27 de junio de 2013, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible estableció los «parámetros para el señalamiento de unas reservas de recursos naturales de manera temporal» el cual excluye de manera «temporal», por un año, las zonas exclusivas para la protección del medio ambiente. Lo preocupante es que si el Gobierno Nacional no presenta los mapas de exclusión minera dentro de un año después de la ejecutoria de este acto administrativo en comento, se podrán otorgar licencias ambientales en cualquier parte del territorio nacional, incluso en páramos y selvas protegidas, debido a que la Ley 685 no excluye estas áreas para su explotación, lo que sí se prohibía con la Ley 1382. Cabe destacar que el Gobierno ha tardado más de doce años en expedir un mapa de exclusión minera como lo ordena el Código de Minas vigente, ya que a la fecha ha presentado el mapa preliminar del Parque Natural Páramo de Santurbán, debido a la presión que hubo por las marchas constantes del pueblo en todo el territorio nacional y la solicitud de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (CdmB) y la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental (Corporación) para declarar esta zona como Parque, para evitar los impactos de la gran minería.

Con el Acuerdo 1236 de 2013 expedido por el Consejo Directivo de la CAR de Santander (CdmB) lo declararon Parque Natural con una extensión aproximada de 11.700 hectáreas²¹, que junto con la Resolución nro. 0705 del 28 de junio de 2013, señala los ecosistemas protegidos parcialmente.

21 «Se [declaró] parque regional [de] 11.700 hectáreas para cuidar bosques de robles y el agua de 2 millones de personas. Pero quedaron por fuera, y al lado de esa zona protegida,

A pesar de que el gobierno nacional aseguró que no habrá «licencias express» en minería, está abierta la posibilidad de otorgarlas en menos de 30 días, y sin los debidos estudios ambientales y técnicos que protejan el derecho a un ambiente sano²². Es más, urge la elaboración del mapa de reservas, pues de lo contrario, todos los páramos y selvas quedan vulnerables a la explotación para la extracción de recursos por quienes así lo soliciten (*El Espectador*, julio de 2013).

Dado este panorama, en un momento en que el consenso teórico desestima la preocupación por la naturaleza problemática de la inversión extranjera directa (Cardozo, 2003) y la reemplaza con la fe ciega en la apertura de los mercados, como parece haber ocurrido en las últimas dos décadas en Colombia, y cuando los problemas y la vulnerabilidad de la región parecen aumentar, conviene entender la manera en que los grupos de presión negocian para lograr beneficios mediante, por ejemplo, la expedición de las normas y el diseño institucional que favorezca sus intereses, en detrimento de lo que puede ser benéfico para otros grupos, como las comunidades indígenas, o los mismos ciudadanos de un país como Colombia.

Debido a que a Colombia se lo ha definido ya como un país con vocación minera, que centra su apuesta por el desarrollo en términos de minerales y petróleo, resulta conveniente rescatar aquí la importancia del concepto de negociación, para permitir el fortalecimiento y el papel que podrían desempeñar grupos de interés provenientes de la sociedad civil, tales como grupos ambientalistas, organizaciones de trabajadores mineros, y de otro tipo, y de mecanismos como la consulta previa, que exijan a las empresas prácticas de responsabilidad social empresarial, que mitiguen el impacto de la explotación, hagan contrapeso al poder de las transnacionales y logren ahora que el crecimiento de los ingresos obtenidos por la extracción de los recursos naturales se vea reflejado en políticas que beneficien a las comunidades y a la población en general y protejan el derecho de los colombianos a tener un ambiente sano, y un futuro para sus descendientes.

70 mil hectáreas que podrían comenzar a ver la minería a gran escala, temida por muchos y en la que están interesadas firmas como Aux Colombia, Leyhat y Eco-Oro Minerals Corp. Allí siguen vigentes 140 títulos cuyos dueños sabrán reclamar.» SILVA HERRERA, Javier. Santurbán, el parque que se le atravesó a una locomotora [online] En *El Tiempo*: (13, jun., 2013). Avalaible from Internet: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12510172>>.

22 Como lo ha advertido el noticiero Noticias Uno, «cualquier colombiano que quiera pedir un título minero solo debe abrir la página del catastro minero y llenar un formulario».

BIBLIOGRAFÍA

- BARRETO, Wilson Jaime. (2011). Estrategias de negociación entre Estado y empresa en el Perú. Informe de investigación. Consultado el 24 de agosto de 2011. Disponible en http://escuela.pucp.edu.pe/gobierno/images/documentos/investigaciones/articulo2_wilson_jaime.pdf
- BAQUERO GUERRERO, Manuel Andrés. (2013). El litigio de alto impacto en la explotación minera lícita. Monografía de Grado. Centro de Investigaciones Sociojurídicas Universidad Libre. Bogotá. Pág. 42-43.
- BONILLA GONZALES, Ricardo. (2011). Apertura y reprimarización de la economía colombiana. Un paraíso de corto plazo. *Revista Nueva Sociedad*, 23, enero a febrero de 2011. Disponible en http://www.nuso.org/upload/articulos/3752_1.pdf
- CARDOSSO, Fernando Enrique y FALETTO, Enzo. (2003). *Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de interpretación sociológica*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- CONTRALORÍA. Informe: Minería en Colombia (Cap. 6) Vargas Valencia, Fernando. Extracción minera y consulta previa a pueblos indígenas y tribales: compilación y análisis de estándares internacionales. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT
- CUTLER, Claire; HAUFFLER, Virginia and Porter, Tony. (1999). *Private Authority and International Affairs*. New York: New York University Press [capítulo 1].
- FUCHS, Doris A. (2004). 'The Role of Business in Global Governance', *New Rules for Global Markets Public and Private Governance in the World Economy*. Stefan A. Schirm, ed.. London: Palgrave Macmillan, pp. 133-154.
- GALTUNG, Johan (1998). *Tras la violencia 3 Rs: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución*. Bakeaz-Gernika Gogoratuz.
- IKLÉ, Fred Charles. (1964). *How Nation Negotiate*. New York: Praeger, pp. 1-6.
- KACOWICTZ, Arie. (2008). *Latin America and the World: Globalization, Regionalization and Fragmentation, January*.
- KACOWICTZ, Arie M. (2005). *The Impact of Norms in the International Society. The Latin American Experience*, Chapter 3. Notre Dame, In. University of Notre Dame Press, 2005.
- KALULAMBI, Martín y otros. (2003). *Perspectivas comparadas de mercados de violencia*. Coedición: Universidad Nacional de Colombia, Alfaomega, Colombia.

- LEDERACH, John Paul. (1998). Un marco englobador de la transformación de conflictos sociales crónicos. Documento de trabajo. Disponible en <http://www.gernikagogoratz.org/es/docu.php>
- LÓPEZ, Mario. (2006). *Política sin violencia: La no violencia como humanización de la política*. Bogotá, Corporación Universitaria Minuto de Dios, pp. 15-42, 105- 139.
- MITCHELL, C.R. (1983) *The structure of international conflict*. London: Macmillan.
- Oficina regional de ciencia para América Latina y el Caribe. Diagnóstico socioambiental de la pequeña minería de metales preciosos en Colombia («Proyecto transversal sobre minería a pequeña escala y desarrollo sustentable en zonas de pobreza de América Latina»), Documento en PDF, p. 12-13.
- OLSON, Mancur. (1992). *La lógica de la acción colectiva, bienes públicos y la teoría de grupos*. México: Limusa.
- OTÁLORA, R. (2013). Recursos mineros, empresas transnacionales y conflicto. Archivos de las jornadas de Relaciones Internacionales. Publicación on line de la Facultad de Relaciones Internacionales, Flacso, disponible en http://issuu.com/melydec/docs/archivos_xii.
- OTÁLORA, R. (2014). Reflexiones en torno al poder de la empresa transnacional en la expedición de las normas colombianas. Ponencia presentada en la Conferencia Mundial de la International Studies Association, ISA y FLACSO, «Poderes regionales en un mundo cambiante». Buenos Aires, julio de 2014.
- OTÁLORA, R. AYALA, O. (2010). Características de los municipios expulsores de población desplazada en Colombia. Diálogos de Saberes nro. 31, Universidad Libre, 2010. Disponible en dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3295617&orden=0. Otálora, R. Cortés, J. (2010). Análisis de las relaciones entre la economía y el conflicto a partir de la georreferenciación como herramienta de investigación. Diálogos de Saberes nro. 30, Universidad Libre, 2010. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3224933&orden=0.
- OTÁLORA, R. (2009). Economías de Guerra e inversión multinacional: una propuesta de investigación. Diálogos de Saberes, 30, Universidad Libre, julio-diciembre, 2008. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3224933&orden=0.
- ORTIZ, Pablo. (2011). Guía para el manejo de conflictos socioambientales. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Consultada el 30 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.ceda.org.ec/descargas/publicaciones/Guia%20para%20el%20Manejo%20de%20Conflictos%20especialmente%20Socio%20Ambientales.pdf>

- OTÁLORA, R. (2007) Economías de guerra: Recursos mineros y empresas multinacionales en el Sur de Bolívar. Tesis de grado para optar al título de Magíster en Estudios Políticos, IEPRI; Universidad Nacional de Colombia.
- PORTOCARRERO, Felipe. (2000). «La Caja negra o el proceso de formulación e implementación de políticas públicas: el caso del PRONAA», en Políticas sociales en el Perú, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales, Lima, p.156.
- PROEXPORT. (2013). *Guía legal para hacer negocios en Colombia*. Colombia. Páginas 168-169.
- QUESADA, Carlos. (2011). La Consulta Previa a Campesinos. Agencia Prensa Rural. Desde Colombia con las comunidades campesinas en resistencia. Disponible en: <http://www.prensarural.org/spip/spip.php?article10195>. Consultada el 27 de febrero de 2013.
- Revista Semana. La voz de las minorías. En: <http://www.semana.com/nacion/voz-minorias/157112-3.aspx>. Consultado el 22 de mayo de 2001.
- RODRÍGUEZ, G. (2008). Los obstáculos y las potencialidades de la consulta previa en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista Etnias y política, el derecho de los pueblos indígenas a tener derecho*. Colombia enero de 2008. Páginas 8 y 52. Disponible en web: <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/etnias6.pdf>
- SARMIENTO, N. (2008). Bondad o estrategia: Tejiendo responsabilidad social empresarial en el mundo del carbón. Colombia internacional: enero a junio de 2007, número 067, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, p. 132-151.
- SINTRAMINERCOL (2003). *La gran minería en Colombia: las ganancias del exterminio*. Libro publicado por el Sindicato de la Empresa Nacional Minera Sintraminercol.
- SOEDEBERG, S. (2007). 'Taming Corporations or Buttressing Market-Led Development? A Critical Assessment of the Global Compact', *Globalizations*, December, Vol. 4, No. 4, pp. 500-513.
- SOEDEBERG, S. (2006). *Global Governance in Question: Empire, Class, and the New Common Sense in Managing North-South Relations*, London: Pluto Press [capítulo 1].
- THOMSON, Ian. (2011). La licencia social para operar, Manual de Ingeniería Minera, Darling P.
- VALENCIA, Germán. (2008). La ciencia política y las políticas públicas: notas para una reconstrucción histórica de su relación. *Estudios Políticos*, 33, Universidad de Antioquia, p. 109.

VARGASSILVA, Luis Ernesto. (2011). *Temas selectos de Derecho Constitucional, interpretación Jurisprudencial*. Bogotá: Universidad Libre.

ZARTMAN, William. (1983). Introduction: The análisis of negotiations, en Zartman, William *The 50% Solution*, Yale University Press, New Haven.

Páginas web consultadas:

<http://geographiando.hrev.org/category/territorios-indigenas-en-colombia/>

<http://www.elespectador.com/noticias/politica/gobierno-garantizo-no-habra-licencias-express-titulos-m-articulo-431136>. Consultado el 29 de septiembre de 2014. A las 11.59 del día.

<http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/690-procesos-de-consulta-previa-se-han-acordado-en-2014> Consultado el 22 de septiembre de 2014, a las 12.51 de la tarde.

<http://www.pacificocolombia.org/novedades/colombia-tendra-111-zonas-mineras-decomunidades-negras-e-indigenas/317>

<http://www.semana.com/nacion/voz-minorias/157112-3.aspx>. Consultado el 22 de mayo de 2001.

<http://www.lanacion.com.co> Consulta para todos. Disponible en: <http://www.lanacion.com.co/2013/02/20/consulta-para-todos/>. Consultado el 26 de febrero de 2013.

<http://www.nasaacin.org/contexto-colombiano/5324-a-torcerles-el-cuello-a-las-consultas>). Consultado el 18 de febrero de 2013.

<http://www.pacificocolombia.org/novedades/colombia-tendra-111-zonas-mineras-de-comunidades-negras-e-indigenas/317>

<http://www.semana.com/nacion/articulo/drummond-volvera-cargar-carbon-santa-marta/335086-3>

<http://www.rcn.com.co/noticias/sancion-la-drummond-le-costara-al-estado-mas-de-11-mil-millones-diarios-minminas-110446>

Reportaje; Morales Camila. Licencia social para operar: El paso de la aprobación a la aceptación, Revista nueva minería y energía, 14 de julio 2014.