

El rol de la empresa transnacional extractiva de petróleo en la consulta previa con las comunidades indígenas: La experiencia en Colombia *

The role of the multinational oil extractive prior consultation with indigenous communities: the experience in Colombia

Yadira Castillo Meneses**

Universidad de los Andes (Colombia)

*Este artículo hace parte de una investigación en el marco de la formación teórica del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Agradezco el apoyo brindado por Julieta Lemaitre y René Fernando Urueña.

** Abogada de la Universidad San Buenaventura de Cali, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Doctoranda en Derecho de la Universidad de los Andes-Bogotá. ycastillo55@uniandes.edu.co

Resumen

Este artículo pretende reflejar el rol asumido por la empresa transnacional extractiva de petróleo en el marco de las consultas previas con las comunidades indígenas en Colombia, así como sus implicaciones. Sugiero tres puntos centrales: 1. Las empresas sustituyen el rol del Estado, y en esa medida pueden ser la primera fuente de conocimiento para las comunidades indígenas en relación con lo que supone y conlleva una consulta previa. 2. Gran parte de los compromisos asumidos por las empresas con la comunidad indígena están ligados a razones reputacionales y a un interés de contrarrestar la imagen de ser violadores de derechos humanos. 3. La consulta no está siendo realizada en el momento establecido por la Convención 169 de la OIT, lo cual tiene grandes consecuencias. La investigación consiste en una aproximación sociojurídica a un caso concreto, en la cual se integran las visiones de varias ETN, los entes del Estado involucrados en la consulta y el resguardo indígena Unuma del Vichada.

Palabras clave: Consulta previa, empresas transnacionales (ETN), Convenio 169 OIT, resguardo indígena, derechos humanos.

Abstract

The purpose of this essay is showing the role of oil's extractive transnational corporations in previous consultation with indigenous people in Colombia as well as its implications. I suggest three central points: 1. TNC's are replacing the state's rol; in this sense, they can be the first source of knowledge for indigenous people in issues related to previous consultation. 2. the commitments of the TNC regarding indigenous people are linked with reputation reasons, and they have the purpose to counteract the image of being human rights violators. 3. previous consultation is not carried out as was established by the ILO 169, and this has several implications. This research presents one socio juridical approach on a specific case; it includes the views of TNC's, institutions the state that have to participate in the previous consultation and the Unuma indigenous people.

Keywords: Previous Consultation, Transnational corporations TNC's, ILO 169, indigenous people, human rights.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2010

Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2011

INTRODUCCIÓN

La consulta previa con los pueblos indígenas en materia de exploración y explotación de recursos como el petróleo genera grandes tensiones. Ello se evidencia por los intereses que entran en juego y por los derechos objeto de protección. De una parte, se encuentra la comunidad indígena con derechos constitucional e internacionalmente reconocidos, entre ellos, el derecho fundamental a la consulta previa, debiendo entonces contar el Estado con su consentimiento libre y voluntario para dar vía libre a los proyectos de extracción y exploración de recursos naturales no renovables en su territorio. De otra parte, se encuentra el Estado, dueño del subsuelo, con intereses claros en la explotación de sus riquezas, pero con la obligación de respetar los derechos de las minorías indígenas antes de proceder a autorizar las actividades extractivas de manera unilateral. Al lado de los intereses del sector público, pero con distinto contenido, se encuentran los de actores privados transnacionales, quienes terminan involucrándose directamente con la consulta previa, mediante los contratos de adjudicación de bloques para la exploración y explotación (E&P), o los de evaluación técnica (TEA) firmados con la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), con los que adquieren la obligación de participar en la realización de la consulta previa como requisito para iniciar actividades, siempre que en el área por explorar existan comunidades indígenas o tribales.

La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹ es el instrumento internacional que les impone a los Estados firmantes la obligación de obtener un consentimiento previo, otorgado de manera libre y voluntaria por parte de las comunidades interesadas (indígenas o tribales), en caso de pretender la formulación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente².

¹ Fue adoptada por la Organización Internacional del Trabajo durante la Conferencia Internacional de Trabajo en 1989 y entró en vigor dos años después. Baluarte (2004, p. 9). Es el instrumento internacional que está dirigido a comunidades indígenas y tribales. Uno de sus principales propósitos es dar cuenta del necesario reconocimiento a los diferentes conceptos de desarrollo que existen dentro de una sociedad, siendo preciso respetarlos.

² Artículo 6.

Adicionalmente, les establece a los Estados la obligación de respetar el concepto de desarrollo de las comunidades y de permitirles decidir la manera como estructuraran la satisfacción del mismo en una visión sistémica³. De una manera más enfática, la Convención dispone que los “recursos naturales existentes en sus tierras –en los pueblos interesados– deberán protegerse especialmente”. En otro sentido, prevé la posibilidad que los recursos minerales presentes en el subsuelo pertenezcan al Estado, caso en el cual, “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados”, con el fin de determinar la afectación de los intereses de los pueblos, antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación. Con todo, es claro, bajo la redacción de la Convención, que los pueblos interesados deberán participar de los beneficios reportados por tales actividades, y en caso de sufrir un daño, percibir una indemnización equitativa⁴.

Del mismo modo, la Declaración de los Pueblos Indígenas de 2007 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; en ella claramente se establece el derecho que tienen los pueblos indígenas de participar en la adopción de decisiones que les afecten sus derechos⁵. En igual sentido, establece que los Estados celebrarán consultas previas con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los involucren, con el propósito de obtener su consentimiento libre y voluntario⁶. Por su parte, la Constitución Política de 1991, expedida con posteridad a la Convención, y reafirmando lo consagrado en tal instrumento, establece que “la

³ El artículo 7 de la Convención les crea a los Estados la obligación de permitirles decidir a los pueblos interesados “sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.”

⁴ Artículo 15. Es pertinente aclarar que las regalías a las que tienen derecho los pueblos interesados solo se dan en la etapa de explotación de un proyecto extractivo.

⁵ Artículo 18.

⁶ Artículo 19.

Colombia manifestó frente a la Declaración que no admite “que deba obtenerse el consentimiento libre, previo e informado para ninguna situación, ni la desmilitarización del territorio indígena, como tampoco la propiedad de estos pueblos sobre el subsuelo”. Buritica, Morris, Orduz, Rodríguez (2009, p. 12) .

explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”⁷.

Así las cosas y sin entrar en el estudio detallado de la legislación doméstica⁸, Colombia cuenta con el punto de vista constitucional e internacional⁹, con un andamiaje jurídico protector de las comunidades indígenas, y del mismo modo, creador de obligaciones a cargo del Estado. Lo cual podría significar que la Convención de la OIT aprobada por la Ley 21 de 1991, así como la Constitución Política, son los instrumentos jurídicos que permiten garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales de las comunidades indígenas y, por ende, preservar su integridad e identidad frente a situaciones como la exploración y explotación de petróleo en zonas aledañas a sus territorios¹⁰.

Sin embargo, las acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional y las acciones legales interpuestas ante la jurisdicción contenciosa¹¹

⁷ Parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política. Ver también: artículos 7° (*diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*), 8° (*protección a las riquezas naturales y culturales*), 72 (*patrimonio cultural de la Nación*) y 329 (*conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales*).

⁸ Ver Ley 99 de 1993, artículo 76: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

Decreto 1320 de 1998, “Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio”. Solo rige las consultas previas en el marco de los proyectos que requieran licencia ambiental. Este decreto es cuestionado por su constitucionalidad, en la medida en que sus críticos sostienen la no realización de consulta previa a las comunidades indígenas y negras antes de su expedición, al ser una disposición con efectos sobre ellos.

⁹ Para mayor información en relación con los instrumentos internacionales véase: Buritica, Morris, Orduz, Rodríguez (2009). En relación con la legislación doméstica consultar: Organización Nacional Indígena de Colombia. *La consulta previa a pueblos indígenas en Colombia: estado actual, avances y desafíos*.

¹⁰ Con respecto al rol jugado por el Derecho en el movimiento indígena véase: Lemaitre (2009).

¹¹ Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P:

como consecuencia de las irregularidades al momento de realizar la consulta previa sugieren una brecha entre lo dispuesto en el ámbito nacional e internacional y lo acaecido en la práctica. Es así como en el sector del petróleo se puede analizar el caso U'wa en razón de las actividades iniciadas por Occidental Petroleum OXY en Arauca sin la celebración de la consulta previa, según lo dispuesto por la Convención de la OIT¹². Del mismo modo, se puede analizar la acción de tutela interpuesta por el Pueblo Indígena Motilón Barí, en la cual se sostuvo la no realización de consulta previa antes de iniciar actividades de perforación exploratoria por parte de Ecopetrol¹³. Situación similar ocurre en el sector minero con los fallos de la Corte Constitucional relacionados con las comunidades Bachidubi y el proyecto "Mande Norte", en cabeza de la empresa Muriel Mining Company,¹⁴ al igual

Libardo Rodríguez. 4 de marzo de 1997. Radicación: S-673.

¹² En este caso se precisa aclarar que para el momento de desarrollo de la consulta no existía en Colombia legislación reglamentaria de la Ley 21 de 1991 y de la Ley 99 de 1993. La expedición del Decreto 1320 de 1998 se hizo con posterioridad a la interposición de la acción de tutela.

Ver Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En 1995, la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, obtuvo licencia ambiental para la "explotación sísmica del bloque Samore", en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul, en el departamento de Arauca.

La Defensoría del Pueblo interpuso acción de tutela invocando la violación al derecho fundamental de consulta previa, entre otros, dado que solo se consultó a la comunidad U'wa en reuniones con mínima participación y sin información completa. La Corte tuteló los derechos fundamentales invocados, al sostener que el procedimiento de consulta se adelantó de manera incompleta, conforme con lo previsto en la Constitución y la Convención 169, y ordenó la realización de la consulta con el lleno de los requisitos, en el término de 30 días.

¹³ Ver Corte Constitucional, Sentencia T- 880 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Miembros del Pueblo Indígena Motilón Barí, ubicado en el Norte de Santander, presentaron acción de tutela debido a que no fueron consultados con relación al proyecto de perforación exploratoria Álamo I, en cabeza de Ecopetrol.

La Corte tuteló los derechos fundamentales invocados al considerar que NO se consultó a la comunidad sobre los impactos, condiciones, etc., del proyecto. Motivo por el cual ordenó suspender las actividades de exploración iniciadas por Ecopetrol; ordenó además, la realización de la consulta con el lleno de los requisitos y la expedición de una nueva licencia, una vez se desarrollara la consulta.

¹⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia -T 769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla. Miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, presentaron acción de tutela por la violación a su derecho fundamental a la consulta previa, entre otros. Argumentaron que los trámites de la consulta previa adelantada para dar vía libre al proyecto de exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno denominado "Mande Norte", a cargo de la Muriel Mining Company, solo involucró a una parte de la comunidad y, en adición, se brindó información fragmentada en relación con los impactos causados por el proyecto.

que con las actividades de prospección minera llevadas a cabo en zonas aledañas a las comunidades Embera Katio Chidima-Tolo y Pescadito¹⁵. Con fundamento en lo expuesto, mi propósito consiste en analizar empíricamente lo que se encuentra alrededor de las consultas previas desarrolladas con comunidades indígenas mediando la participación de las empresas extractivas, buscando responder a preguntas como: ¿Existe una desarticulación entre lo dispuesto por la Convención 169 y lo que ocurre en la práctica? ¿Cuál es el rol de la empresa en el marco de la consulta previa desarrollada con las comunidades indígenas? ¿Sustituye la empresa el rol del Estado? ¿Es adecuado el momento de realización de la consulta previa? ¿Qué está detrás de los compromisos derivados de las consultas previas a cargo de las empresas?

Acorde con las anteriores preguntas, en este artículo sugiero tres puntos centrales: El primero supone que pese a los intereses compartidos entre el inversor y el Estado, al momento de emprender un proyecto de exploración de recursos naturales no renovables, el Estado relega en los intereses particulares de actores privados transnacionales buena parte de sus obligaciones. En esa medida, existe un rol pasivo del Estado, traducido en una desarticulación entre lo asumido por este bajo la

La Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales invocados por la parte demandante. Entre las decisiones que adoptó ordenó suspender las licencias otorgadas, así como las actividades de exploración y de explotación iniciadas o por iniciarse. Ordenó además la terminación de estudios completos sobre los impactos del proyecto y la realización de una consulta previa con la debida información y la participación de toda la comunidad afectada.

¹⁵ Ver Corte Constitucional, Sentencia T 129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En esta tutela la Corte estudió las problemáticas expuestas por los indígenas pertenecientes al resguardo Chidima-Tolo de la etnia Embera Katio en relación con la presunta violación a los derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación, a la propiedad colectiva y a la integridad étnica y cultural en la ejecución de obras de infraestructura y explotación de recursos naturales, esto último relacionado con proyectos mineros.

Una de las decisiones de la Corte consistió en "ORDENAR al Ministerio del Interior y de Justicia, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó) y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial SUSPENDER todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katio Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas, en los términos y subreglas fijadas en esta providencia".

Convención de la OIT y la Constitución y lo ocurrido en la práctica, lo cual supone la presencia de una institucionalidad poco garante de los derechos de los indígenas, que para ellos es un desamparo institucional. Con el segundo punto, señalo que las ETN se comprometen con la realización de las consultas previas no por presumir la existencia de una obligación emanada de un instrumento internacional que directamente las involucre, o que indirectamente por el hecho de vincular al Estado huésped de la inversión les pueda generar ante un incumplimiento una demanda o reclamo civil. Su compromiso con la realización de las consultas previas se justifica únicamente por los compromisos contractuales adquiridos como condición de iniciar actividades, y las obligaciones que de ella se desprenden están ligadas a razones de estrategia o viabilidad empresarial, sumado a un claro interés de contrarrestar la imagen de ser percibidas como violadoras de derechos humanos (DH).

Mi tercer punto, indica que la consulta previa no está siendo realizada en el momento propuesto por la Convención 169, lo cual implica: un acercamiento tardío con la comunidad indígena por parte del Estado, la figura de la empresa como primer contacto y filtro transmisor del proyecto, un mayor riesgo de reclamos judiciales¹⁶ y una imposibilidad de generar diálogos en relación con los intereses de las partes en tiempo. Con el fin de reflejar los anteriores ejes o puntos, me enfocaré en la consulta desarrollada por la empresa A con el Resguardo Unuma, ubicado en el departamento del Vichada, antes de dar inicio a la etapa de evaluación técnica –contrato TEA– o de exploración de petróleo. En ese orden, pretendo realizar una aproximación a las implicaciones de la consulta previa tomando como eje estructurador al actor corporativo transnacional, al que normalmente le corresponde un rol estratégico, y a su vez, determinante en la realización de la consulta previa por su interés en la misma. Este actor pretendo analizarlo en el contexto de la consulta previa, teniendo en cuenta especialmente a los representantes de las comunidades indígenas, la visión de los entes del

¹⁶ En este punto aclaro que no pretendo hacer una demostración haciendo uso de datos estadísticos sino de argumentos consecuenciales.

Estado involucrados en tal procedimiento, y también, haciendo uso de la experiencia de otras empresas.

La literatura rastreada corresponde a propuestas investigativas orientadas en el estudio del papel del derecho en el movimiento indígena,¹⁷ el marco normativo de la consulta previa, los casos llevados ante la jurisdicción constitucional y ante la contenciosa administrativa o ante cortes regionales internacionales,¹⁸ dando en la mayoría espacio únicamente al Estado y a la comunidad afectada; pocos son los que indagan el rol del actor corporativo, y si lo hacen, prefieren analizar alternativas de responsabilidad para las mismas¹⁹. Mi objetivo consiste en brindar una lectura con el punto de vista empírico a las relaciones creadas alrededor de la consulta previa entre el Estado, la ETN y la comunidad indígena, tomando como eje las funciones asumidas por la empresa, las cuales no son exploradas²⁰.

¹⁷ Lemaitre (2009) en dos capítulos de su obra indaga en si el derecho ha tenido un rol activo en el desarrollo del movimiento indígena en Colombia. En su apuesta por abordar un estudio sociojurídico establece que el derecho entra a ser percibido como un artefacto de lucha para lograr un reconocimiento en oposición a un absoluto relego dentro de la sociedad por parte de las comunidades indígenas. Y destaca, a su vez, que pese a la ambivalencia en que se mueven los indígenas, bajo la cual no siempre se confía en la eficacia del derecho o en su sentido unívoco, lo cierto es que no pueden negar que la Constitución de 1991, así como otros instrumentos internacionales, les ha permitido movilizar el derecho hacia sus intereses.

¹⁸ El artículo de Baluarte (2004) presenta la explicación de los artículos de la Convención de la OIT, y en otro sentido, muestra mediante fallos la manera como la Corte Interamericana de Derechos Humanos haciendo uso de la Convención ha condenado a los Estados por las violaciones al derecho de propiedad de los indígenas. Para mayor información en torno a instrumentos internacionales véase: Buritica, Morris, Orduz, Rodríguez (2009).

En relación con la legislación doméstica consultar: Organización Nacional Indígena de Colombia. *La consulta previa a pueblos indígenas en Colombia: estado actual, avances y desafíos* realiza una compilación de los instrumentos y organismos internacionales con funciones en materia de consulta previa y comunidades indígenas. De la misma manera, presenta un estudio de las obligaciones de los estados en cuanto a consulta previa, el contenido y alcance de tal derecho tomando como eje la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹ Lions (2003-2004, pp. 701-731) trata de reconstruir los daños causados por Texaco a las comunidades indígenas en sus actividades extractivas en Ecuador, así como las dificultades para obtener la reparación de los daños causados ante las cortes domésticas de dicho país y de Estados Unidos al amparo de *Alien Tort Claims Act*. El ensayo de Aponte (2006-2007, pp. 651-673) pretende mostrar la casi inexistente posibilidad de demandar a la empresa Occidental Petroleum por un proyecto emprendido sin los requisitos previstos para la consulta previa.

²⁰ La literatura habla del Estado y de la vulnerabilidad de la comunidad indígena frente al Estado y empresa. Rodríguez (2009, en Restrepo) plantea los conflictos que la explotación de los recursos naturales ocasiona, hace alusión a la empresa pero no la toma como su eje. Se enfoca,

Preciso que la investigación hace un rastreo teórico desde el año 2000²¹, pero el estudio de caso se da en 2009. Adicionalmente, según datos del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior²², desde 2009 a marzo de 2010 se han realizado 23 consultas, debidamente protocolizadas, en la fase de exploración de hidrocarburos²³. El método empleado en esta investigación es el cualitativo, fundamentado en un estudio de caso a través de entrevistas²⁴, a partir del cual intento realizar la demostración de los argumentos expuestos haciendo uso de triangulaciones, sin con ello asegurar que las posibles conclusiones o generalizaciones no puedan tener sus excepciones.

Realicé 12 entrevistas, con las que pretendí involucrar la visión de los tres actores de la consulta previa, a saber: el Estado, al que le daré voz mediante la Procuraduría Nacional delegada en asuntos de DH y comunidades indígenas, la Defensoría Nacional del Pueblo para las comunidades indígenas, el Grupo de Consulta previa del Ministerio

en parte, en las obligaciones del Estado con la comunidad y dice que para solucionar problemas en tales proyectos es a la autoridad a quien le “corresponde salvaguardar los derechos constitucionales y legales de los pueblos indígenas”, y continúa en su propuesta haciendo énfasis en la articulación de la visión de la comunidad indígena en las decisiones que le afectan.

Anaya (2005, pp. 1-17) trata de reafirmar los alcances de la Convención 169 de la OIT sobre consulta previa, refiriéndose, en buena medida, a las obligaciones y principios bajo los cuales se debería realizar la consulta previa con las comunidades indígenas, para con ello contrarrestar la vulnerabilidad de las comunidades. Del mismo modo, se apoya en la Organización de las Naciones Unidas y su Comité especializado en temas indígenas y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²¹ Se precisa que no se encontraron informes periodísticos sobre la empresa A. Así las cosas, lo que se quiere mostrar por medio de las referencias son los reparos que existen frente a distintos proyectos de exploración emprendidos por las empresas transnacionales en Colombia:

- *El Tiempo* (11 de febrero de 1997). *La Oxy y los Uwa*.
- *El Tiempo* (1 de febrero de 1997). *Los Uwa responden a la OXY*.
- *El Tiempo* (6 de agosto de 2008). *Pdvs Gas debe consultar a comunidades indígenas afectadas por el paso del gasoducto nacional*.
- *El Tiempo* (6 de agosto de 2008). *Pdvs, a consultar a Wayús*.
- *El Espectador* (26 de enero de 2009). *Más de 600 indígenas se establecen en cerro para impedir minería*.
- *El Espectador* (24 de enero de 2009). *La socia Mande Norte*. Artículo de opinión.

²² Ministerio del Interior y Justicia-Grupo de Consulta Previa. Derecho de Petición. Martes 20 de abril de 2010. OFI10-12424-GCP-0201

²³ Este artículo fue enviado para su revisión desde el segundo semestre de 2010, no obstante, hará alusión a los avances jurisprudenciales del primer semestre de 2011.

²⁴ Para mayor información véase: Ragin (2007).

del Interior y Justicia²⁵ y la ANH a través de su interventora. En lo que respecta a la comunidad indígena, entrevisté a cuatro representantes: un líder del Resguardo Unuma y dos líderes indígenas, a su vez, funcionarios de la Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) y un funcionario de la Organización de Indígenas de Antioquia (OIA). Finalmente, en relación con al sector corporativo, entrevisté a cuatro representantes de empresas transnacionales (ETN)²⁶ extractivas de petróleo, salvo una que es de minerales preciosos, aclarando que por razones de confidencialidad tan solo se revelará el contenido de las entrevistas y que sustituiré sus nombres por las denominaciones A²⁷, B²⁸, C²⁹ y D³⁰. Entrevistas que fueron realizadas en el primer semestre de 2010 en la ciudad de Bogotá.

He estructurado este artículo en dos partes: en la primera señalo el contexto del caso concreto y de la consulta previa con sus falencias en general, teniendo en cuenta además de las entrevistas, la literatura al respecto. De tal modo, pretendo que el lector identifique la falencia al no estudiar a la empresa como sujeto estratégico en el desarrollo de la consulta. En la segunda parte reflejo la posición de la empresa A y de la comunidad indígena Unuma con respecto a las implicaciones de la consulta previa, haciendo uso de triangulaciones. Finalmente, presento las conclusiones y propuestas, sin desconocer que las generalizaciones presentadas puedan tener excepciones.

²⁵ Este grupo, de reciente creación, debe certificar la presencia de comunidades indígenas o tribales en las áreas donde la empresa emprenderá un proyecto. Del mismo modo, debe coordinar las consultas previas, participar en su instalación y en el desarrollo de las mismas.

²⁶ Definidas como “una empresa que tiene la propiedad o el control de instalaciones productivas (fábricas, minas, refinerías de petróleo, cadenas de distribución) en más de un país. Dunning (1976, pp. 16-17).

²⁷ Empresa multinacional extractiva de petróleo y gas. Tiene operaciones en Norteamérica, Mar del Norte, Sudeste de Asia, Perú, Algeria, Polonia, Colombia.

²⁸ Empresa multinacional extractiva de oro, con su empresa matriz en Sudáfrica. Se desenvuelve en África, América del Norte y del Sur y en Australia.

²⁹ Empresa multinacional con matriz en el Reino Unido. Se desenvuelve principalmente en cinco áreas dentro de la minería: Platino, carbón, hierro, diamantes, metales de base. En Colombia, por el momento solo explora petróleo y otros metales y minerales.

³⁰ Es una empresa de gas y de petróleo, con su matriz en los Ángeles. Tiene operaciones en África del Norte, Oriente Medio y en América Latina.

I. LAS FALENCIAS DE LA CONSULTA PREVIA CON LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

A. Contexto de la Consulta Previa con la Comunidad Indígena Unuma y la empresa A

Mi análisis se centra en la consulta previa adelantada por la empresa A con la comunidad San Juan del Morro, resguardo indígena de los Unuma, ubicada en el municipio de Cumaribo, en 2009³¹. Así, la empresa A tiene un proyecto sísmico y de adquisición geológica por tres años en el departamento del Vichada (contrato de evaluación técnica TEA³²), el cual involucra los resguardos de Unuma, Saracure, Chocón y Concordia³³. La instalación de la consulta se llevó a cabo en octubre y se procedió a realizar tres talleres hasta diciembre de “identificación de impactos y medidas de manejo”, los cuales se llevaron a cabo con posterioridad al momento en que la empresa trasladó a un grupo de expertos para identificar las necesidades y requerimientos de la población, al igual que para informarles a los indígenas el significado de la consulta previa.

Una vez le fue adjudicado a la empresa el bloque de exploración, trasladó un grupo de expertos en marzo a la región para iniciar un taller de cartografía social, con el fin de acercarse a la comunidad bajo “un ambiente de confianza” y realizar un diagnóstico de los aspectos culturales, sociales y medioambientales de la zona. A su llegada, la comunidad también les solicitó realizar un estudio con “expertos”, como los llaman, es decir, con antropólogos, sociólogos,

³¹ La contextualización del caso se hará teniendo en cuenta la entrevista realizada con el líder indígena unuma Carlos López, la entrevista con la Empresa A y el “Acta de Protocolización proceso de consulta previa Código AN-PO2-F03, proyecto sísmico y de adquisición geológica Dajitaneja 2D-CPE8-Acta n.º, 1”, realizada el 15, 16 y 17 de diciembre de 2009.

³² Este es un contrato más riesgoso, en el entendido que la empresa explora en zonas donde nunca antes se ha explorado, y en caso de encontrar petróleo debe participar en una licitación, aunque ingresa con un mejor derecho. Como dato adicional, la empresa A al cierre de esta investigación no ha explotado un pozo petrolero en Colombia.

³³ Ministerio del Interior y Justicia-Grupo de Consulta Previa. Derecho de Petición. Martes 20 de abril de 2010. OFI10-12424-GCP-0201.

técnicos ambientales, agrónomos en acompañamiento con miembros de la comunidad y con médicos tradicionales o “rezanderos”. De tal manera, el estudio final reveló sus sitios sagrados, por donde la empresa no puede pretender pasar³⁴, su biodiversidad, la fauna, flora, las necesidades por satisfacer de la comunidad, que son denominados “planes de vida”, y fueron puestos en discusión al momento de dar inicio a los talleres de consulta.

En el transcurso de los talleres, la empresa A le informó a la comunidad, junto con el Ministerio del Interior, en qué consiste la consulta previa. Cada taller fue programado buscando no estropear las temporadas de pesca, siembra, caza y alfarería de la comunidad. Igualmente, la empresa, con el propósito de crear un ambiente cordial, le compró a la comunidad sus alimentos originarios para brindarles en el transcurso de los talleres. Pretendiendo convocar a toda la comunidad, trataron de reunir al máximo al resguardo, pero como lo comentó el líder Unuma entrevistado, las distancias son demasiado grandes, y según ellos, las reuniones se hicieron en un sitio que no es central para todos, luego para algunos fue difícil darse cuenta de que las reuniones se estaban realizando.

En la consulta mencionada se establecieron diferentes compromisos en dos áreas: a. “Medidas de manejo concertadas para los impactos de la actividad sísmica” y b. “Compromisos, compensación y pago por afectaciones”. En cuanto a la reducción de impactos, se determinó trasplantar o no dañar los árboles medicinales y frutales; en caso de no ser viable, entonces fijar una compensación. Por otro lado, previendo los efectos adversos en la fauna por la detonación del sismigel, el taladro y el helicóptero, se acordó contratar a unos médicos tradicionales en la modalidad de mano de obra calificada, para que con sus rezos eviten la huida de los animales y atraigan a otros, así como colocar saladeros en la región, además de brindar educación ambiental a personal no indígena de la empresa en el resguardo. La

³⁴ Hasta junio la comunidad dio autorización para el trazado de la línea de base PMA. Por esta línea pasa la sísmica y se pueden hacer las detonaciones.

empresa también se comprometió en compañía de la comunidad a elaborar un código de conducta para personal no indígena y ejército que ingrese a la región; buscando con ello que aprendan a respetar los usos, costumbres y las culturas Piapoco y Sikuara. Para esta área, la consulta prevé la contratación de coordinadores-promotores elegidos por la comunidad, cuya función principal es coordinar la ejecución de proyectos o programas con el resguardo y la determinación del personal apto para trabajar en la empresa.

El segundo componente, es decir, el de “compromisos, compensación y pago por afectaciones”, se inicia aclarando a partir de qué distancia – dependiendo del sitio– es posible que la empresa realice las detonaciones de la sísmica; así mismo, se incluyen las fichas (42) de manejo ambiental acordadas con la comunidad, las cuales hacen parte del programa de manejo ambiental del Ministerio del Medio Ambiente. En el tema de compensaciones por la afectación a cultivos y conucos (alimento de alto valor calórico), el acta dispone que se realizará individualmente al dueño del conuco; del mismo modo, se determinó la compensación colectiva que surge como consecuencia del territorio despejado requerido para la construcción de 143 campamentos volantes.

Siguiendo con los acuerdos, se resalta en otro punto del acta “la inversión social voluntaria” que será entregada a la comunidad. Continuando en el tema de proyectos productivos, la comunidad manifestó su deseo de unir la “compensación por afectaciones y la inversión social voluntaria” en proyectos por ejecutarse en un término de 3 años, los cuales están por determinarse³⁵. Como aspecto ajeno a la consulta según la empresa, pues esta es solo para la evaluación de los impactos y el diseño de las medidas de manejo, se incluyó la contratación de 177 personas del resguardo para el desempeño de mano de obra no calificada; contratación que se hará por periodos y buscará ser rotatoria para darle oportunidad a toda la comunidad de beneficiarse. Finalmente, en diciembre se realizó el acta de protocolización de la consulta previa

³⁵ El acta señala que la inversión social se hará por un valor de doscientos millones de pesos (\$200.000.000) por un periodo de tres años.

con varios “invitados”³⁶. Los pasos previos al acta de consulta previa reflejan que la empresa A actuando bajo un rol estratégico identifica con anterioridad al Estado la identidad de la comunidad impactada con sus actividades, lo cual redundará en beneficios para ella.

b. Contexto de la *consulta previa* en Colombia

Caracterizado el caso-pilar de nuestro estudio, paso a determinar lo que es la consulta previa en Colombia en el sector de hidrocarburos, pretendiendo reflejar algunas de sus falencias, tales como: momento de su realización y consecuencias, desarticulación de los entes-organismos con un papel en el marco de la consulta, visión que tiene la comunidad indígena sobre el Estado y noción del concepto de desarrollo de los indígenas, buscando con ello orientar al lector hacia puntos centrales. El derecho a la consulta previa para las comunidades indígenas y los pueblos tribales está consagrado en la Convención 169 de la OIT. Este instrumento internacional les impone a los Estados firmantes la obligación de obtener un consentimiento previo, otorgado de manera libre y voluntaria por parte de las comunidades interesadas (indígenas o tribales), en caso de pretender la formulación de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente³⁷. Adicionalmente, les impone a los Estados la obligación de permitirles decidir a los pueblos interesados “sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”³⁸. De manera más enfática, la Convención dispone que los “recursos

³⁶ Se convocó según el acta de protocolización a los siguientes “invitados”: El alcalde de Cumaribo, el secretario de Asuntos Indígenas de Cumaribo, el personero municipal de Cumaribo, el gobernador del Vichada, la Procuraduría General Seccional Vichada, la ANH Coordinación de comunidades y medio ambiente, el procurador regional de asuntos Agrarios y Ambientales del Vichada, Defensoría del Pueblo seccional Vichada, Universidad de los Andes- Facultad de Antropología.

³⁷ Artículo 6.

³⁸ Artículo 7.

naturales existentes en sus tierras –en los pueblos interesados– deberán protegerse especialmente”³⁹. En adición, prevé la posibilidad que los recursos minerales presentes en el subsuelo pertenezcan al Estado, caso en el cual, “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados”, con el fin de determinar la afectación de los intereses de los pueblos antes de emprender o autorizar actividades de prospección o explotación.

En relación con el sector de hidrocarburos como el petróleo, se maneja la fase de la prospección⁴⁰, exploración y la explotación, siendo la consulta solo aplicable para las dos últimas. A su vez, en Colombia se manejan cuatro clases de contratos administrados por la ANH: E&P, que es para la exploración y explotación, TEA o de evaluación técnica para zonas donde nunca se ha explorado, contratos directos a cargo de la ANH⁴¹ y los asumidos por cuenta y riesgo de terceros⁴². Me enfocaré en los dos primeros, y con mayor referencia en el segundo, por ser el que resume el caso objeto de estudio.

Así las cosas, tanto en el contrato E&P⁴³ como TEA no se requiere licencia ambiental pero se maneja la consulta previa⁴⁴. No obstante, su realización no se rige por lo dispuesto en el Decreto 1320 de 1998⁴⁵ sino

³⁹ Artículo 15.

⁴⁰ Consiste en la búsqueda de minerales en la superficie, es la preetapa a la perforación.

⁴¹ Son ejecutados directamente por la empresa y tienen como propósito explorar en zonas de frontera donde nunca se ha explorado para analizar existencia de pozos.

⁴² Entrevista realizada con la interventora de la ANH, “Soluciones ambientales & sociales Ltda.,” en mayo de 2010. Aclaramos además que el contrato E&P requiere de licencia solo cuando es viable la fase de explotación.

⁴³ En este contrato, en caso que la empresa encuentre petróleo no necesita participar en un proceso de licitación para la fase exploratoria, pues mediante esta modalidad de contrato se adquiere el derecho para explorar y explotar.

⁴⁴ Para mayor información sobre los proyectos que no requieren licencia ambiental y a su evolución véase: Rodríguez (2009, en Restrepo).

⁴⁵ El Decreto 1320 de 1998, reglamentario en parte de la Ley 99 de 1993, conmina al responsable de proyecto la realización de estudios ambientales con participación de la comunidad indígena, en los que se debe incluir un componente socioeconómico. El cual comprende: características de la comunidad, posibles impactos sociales, económicos y culturales. Así como medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar, compensar los impactos que han de ocasionarse. Artículo 10.

directamente por la Convención 169 de la OIT y lo dispuesto por el Ministerio del Interior, toda vez que el Decreto 1320 se convierte en una fuente para el desarrollo de la consulta previa solo cuando se requiere licencia ambiental para el proyecto, como ocurre en la fase de explotación del contrato E&P⁴⁶. En tanto, la Ley 99 de 1993 en su artículo 76 dispone que “la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras.” Ahora bien, la aplicación de la Convención 169 se da siempre y cuando, una vez la empresa firme un contrato E&P o un TEA, el Ministerio del Interior le certifique la existencia de una comunidad indígena o tribal en el terreno donde emprenderá actividades.

Pasando a lo que ocurre en la práctica y las falencias detectadas, las empresas, asumiendo de manera indirecta la obligación contenida en la Convención 169, creen iniciar la coordinación de la consulta previa en el momento indicado. Para ellas, la obligación está implícita en el contrato de exploración o en el TEA que nace justo cuando lo firman, siempre que sus actividades afecten a comunidades indígenas o tribales. Así, en el proceso de poner en marcha su proyecto se encuentra con un Estado que no tiene la suficiente coordinación, disponibilidad y articulación de sus entes y terminan arrogándose con un rol activo la obligación que en principio es de aquél. El Estado, en cabeza del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la ANH, no logra liderar la consulta como debería hacerlo.

De tal modo, algunas de las desarticulaciones previstas entre la Convención de la OIT y lo acontecido en la práctica se encuentran al momento de realizar la consulta previa. Los funcionarios entrevistados revelaron que la consulta la termina haciendo la empresa⁴⁷. Eso es aun

⁴⁶ Entrevista con la interventora de la ANH.

⁴⁷ En ese sentido, la Defensoría señala que “en muchos casos todo queda en manos de la empresa”, es la que llega a la comunidad y son sus consultores quienes contactan a la comunidad. No hay un acompañamiento riguroso por parte de Estado o del Ministerio del Interior, en cabeza de la Dirección de las comunidades indígenas.

más impactante en la comunidad, para la cual, participación del Estado, representado por el Ministerio del Interior, no se traduce en un aliado para el ejercicio de sus derechos y el reconocimiento de los mismos sino en una sensación bajo la cual el Ministerio “no es garante de nuestros derechos, son personas que impulsan la entrada de la empresa, el Ministerio acompaña para que ingrese la empresa”⁴⁸. Como otra de las fallas, el Grupo de Consulta Previa del Ministerio destacó que uno de los problemas de la consulta consiste en que se hace “tardíamente”, cuando ya existe contrato de exploración o explotación firmado con la empresa. Entonces, cuando se realiza la consulta, las comunidades no pueden discutir las condiciones del contrato, y menos las “utilidades” que le pertenecen a la comunidad. Según el Grupo, lo que se plantea con la comunidad se orienta en “mitigar discretamente los impactos” del proyecto de la ETN, motivo por el cual están tratando de cambiar el orden de las cosas y de realizar las consultas antes de firmar el contrato, resaltando aquel Grupo que solo tiene 16 meses de creación⁴⁹.

Ahora bien, ese momento de la realización de la consulta y el papel de la empresa no es profundamente discutido por la doctrina nacional ni extranjera. Los estudios abordados en materia de consulta previa determinan que la Convención 169 de la OIT establece que la consulta la debe de realizar el Estado de manera previa o anterior a la ejecución de las obras o proyectos⁵⁰, y mucho más preciso, como un acto previo a la formación de una ley que afecte a la comunidad indígena o tribal.

El Grupo de Consulta Previa indicó que el Estado no ha generado un proceso regular para desarrollar la consulta previa y que es claro el rol protagónico asumido por las empresas en la consulta previa; son más vistas que el Estado.

La Procuraduría señaló que era solo un ente observador y no se daba cuenta de lo que ocurre antes de su llegada a los talleres de consulta previa; adicionó que en el caso de consulta previa, la empresa va hasta donde el Ministerio se lo permita.

⁴⁸ Entrevista con el líder unuma Carlos Pérez. En sentido similar, el líder embera Higinio Obispo de la ONIC señaló que “el Estado legisla para el capitalismo, representado en la ETN.”

El líder kankuamo Luis Fernando Arias de la ONIC indicó que “no hay diferencia entre el rol de la empresa y el Estado. El papel que juegan ambos es de negociador.” “El Gobierno debería asumir el papel de defensa de los derechos de los indígenas, pero en la práctica ocurre otra cosa.”

⁴⁹ Entrevista realizada en marzo de 2010.

⁵⁰ Anaya (2005, pp. 10-11).

Baluarte (2004, pp. 9 - 10).

Al respecto cabe resaltar el trabajo de Gloria Amparo Rodríguez, quien realiza un estudio sobre la autonomía de los pueblos indígenas frente a proyectos que tengan incidencias sobre ellos. Así, alude como efectos beneficiosos de realizar la consulta antes de tomar la decisión de medidas legislativas, la reducción de diferencias con los indígenas, y por ende, de conflictos judiciales. En su artículo se toma un buen tiempo en lo ocurrido con la Ley 1021 de 2006, regulatoria del régimen forestal⁵¹.

Pese a lo anterior, considero que las lecturas dadas a la Convención de la OIT no cubren las dimensiones de lo pretendido por ella y lo ocurrido en la práctica, pues es preciso profundizar en si el momento idóneo de realizar la consulta debe ser antes de firmar el contrato de exploración o de explotación entre el Estado y la empresa o antes de iniciar actividades una vez se ha firmado el contrato. Por otra parte, otros teóricos no logran discernir con claridad el papel del Estado y del actor corporativo, así como los límites de sus funciones, y terminan diciendo que las empresas deben asumir obligaciones contenidas en instrumentos internacionales, como la de consultar a la comunidad indígena antes de emprender una acción que amenace los intereses de la comunidad⁵².

Con todo, la mayoría coincide en afirmar que el derecho a la consulta previa, previsto en la Convención 169, es el que les permite a las comunidades indígenas y tribales ejercer los derechos que les han sido reconocidos por ser especiales o diferentes; en otras palabras, por tener otra idiosincrasia, cultura, cosmovisión y concepto de desarrollo. Este último se convierte en uno de los puntos más álgidos que contextualiza la consulta previa en los proyectos de exploración de hidrocarburos. Es claro que en ese proceso se encuentran nociones de desarrollo con diferente contenido y con distintas formas de materializarse. La Defensoría del Pueblo, con respecto a la visión de desarrollo, manifestó que en la consulta previa juegan diferentes intereses entre las partes que

⁵¹ Rodríguez (2008, p. 14 y ss.).

⁵² Maclem (2000-2001, p. 483).

la componen y que todo radica en el concepto de desarrollo. Así, “el Estado parte de su concepto de desarrollo para generar una dinámica económica específica, para fomentar inversiones del Estado y empleo que tienen que ver con la calidad de vida. En cambio, las comunidades indígenas tienen un interés que es de su desarrollo propio, son planes de vida con un componente holístico diferente y es colectivo”⁵³. La Procuraduría, por su parte, indicó que el problema del concepto de desarrollo de los indígenas consiste en que “no es susceptible de ser demostrado científicamente, y de otro lado, no es posible desvirtuarlo”. El Grupo de Consulta Previa resaltó que la Convención reconoce distintas clases de desarrollo, y una de las funciones del Estado es su reconocimiento.

Ahora bien, ese concepto de desarrollo puede entrar en tensión con el derecho de veto y alcances del derecho a la consulta previa. Pese a los logros de los indígenas alcanzados con la Constitución de 1991 y con la reivindicación que la Convención de 1989 hace de sus derechos, lo cierto es que las decisiones de rechazo ante un proyecto no constituyen derecho de veto. Los funcionarios entrevistados coinciden en decir que la Corte Constitucional ha dejado claro que las decisiones de los indígenas no obstaculizan el proyecto y que el Gobierno, mediante una decisión exenta de arbitrariedad, puede entrar a argumentar de manera proporcional y racional la viabilidad del proyecto⁵⁴. En conclusión, la radiografía de la consulta previa muestra una figura que en la práctica

⁵³ La entrevistada continuó señalando: “Por ejemplo, en el caso de los Embera Katío cuando se hacía el análisis de las compensaciones territoriales –en razón de un proyecto por el cual les iban a inundar un territorio ancestral grande– y ellos decían que requerían un territorio amplio para compensar su pérdida, en ese caso la empresa y el Estado dijeron que no se podía conceder tal petición porque se afectaba otro proyecto. Entonces, “el plan de vida” de los Embera exigía un territorio grande como presupuesto para preservar su comunidad y mantener a la población y poder crecer. En tanto ese plan de vida en la perspectiva de desarrollo que ellos tenían no era viable para el Estado”.

⁵⁴ Así lo manifestó el Grupo de Consulta Previa. Señaló que la Consulta es un proceso argumentativo, motivo por el cual, el Estado no está dispuesto a aceptar un NO de la comunidad indígena. La Procuraduría indicó que la Corte Constitucional es la que ha permitido abrir esa posibilidad –de no aceptar un No– y la Defensoría indicó que el Estado casi siempre ha autorizado con o sin consentimiento, pero que debería explorar el principio de precaución para realizar el proyecto con menores impactos.

Ver también: Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

está marcada por las inconsistencias con respecto a lo dispuesto por la Convención de la OIT, al igual que por la asunción de las empresas de un rol activo que termina sustituyendo el papel del Estado, teniendo su ausencia grandes consecuencias.

Seguidamente entro a reflejar la posición de la empresa A y de la comunidad del Resguardo Unuma, para lo cual realizo triangulaciones, tal como lo advertí en la introducción.

II. ¿SUSTITUYEN LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EXTRACTIVAS DE PETRÓLEO EL ROL DEL ESTADO?

A. Visión de la ETN A sobre la *consulta previa*

Las empresas transnacionales al momento de ser indagadas por su compromiso con respecto a la consulta previa no 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. En ese orden, procedo a reflejar el papel del Estado y la empresa en el desarrollo de la consulta y las razones por las cuales las empresas adquieren compromisos de inversión social, centrándome en la empresa A.

La Convención 169 de la OIT vincula directamente a los Estados firmantes, por lo tanto, está diseñada con el propósito que sea el Estado el que se apropie de tal obligación. Sin embargo, este instrumento, dadas sus implicaciones con las actividades desarrolladas por los actores privados extractivos, los vincula indirectamente. La funcionaria de la empresa A al ser cuestionada por la clase de vinculatoriedad de la Convención con respecto a la empresa respondió que “cuando se firma el contrato de adjudicación del bloque con la Agencia Nacional de Hidrocarburos se incluye cumplir con la normatividad vigente, y eso incluye la consulta previa”. Adicionalmente, si no lo hacen, les caduca el contrato. Del mismo modo, el representante de la empresa

B manifestó que cuando adquieren un contrato para la exploración de minerales deben asumir la obligación de cumplir con la consulta previa, siempre que el Ministerio del Interior con posterioridad a la adquisición del título o contrato les certifique la existencia de comunidades indígenas o tribales en la zona por explorar. La empresa C señaló que una vez firman contrato, lo primero por verificar es la existencia de comunidades indígenas o tribales en la zona, pues si hay, no pueden iniciar actividades sin consulta⁵⁵.

Ahora bien, el rol decisivo asumido en la realización de las consultas previas no surge por motivaciones de solidaridad con el Estado huésped de su inversión; por el contrario, las empresas detectan las precariedades del Gobierno y simplemente deciden actuar. Les resulta mucho mejor, en términos de viabilidad de su proyecto, emprender acciones para ponerlo en marcha en el menor tiempo posible, así sea costoso, que esperar a que el Estado tenga la disponibilidad económica para hacerlo con recursos propios. Luego, orquestan toda la estrategia de desarrollo de la consulta, pidiendo sólo del Ministerio del Interior su intervención en la instalación de la consulta. En este punto, la interventora de la ANH señaló que ésta mediante convenios con el Ministerio del Interior destina recursos para evitar que el Grupo de Consulta reciba dinero del ente privado⁵⁶; mas ello no impide que en muchas ocasiones los funcionarios se trasladen gracias a las facilidades suministradas por la empresa.

Siguiendo con el desarrollo de la consulta y las actividades desplegadas por el inversor, el funcionario de la empresa A, del sector extractivo, destacó que es la compañía la que está más vinculada con la consulta previa, “si bien el Estado la lidera, la verdad es que no lo logra”. Y agregó que en el caso de su empresa, la compañía organiza logísticamente las consultas, el Ministerio del Interior hace la convocatoria y en muchos casos la compañía imprime la documentación porque el Minis-

⁵⁵ La empresa D se expresó en términos generales.

⁵⁶ Entrevista realizada en mayo con la firma interventora de la ANH.

terio no tiene papel. La empresa B⁵⁷, por su parte, en cuanto al papel desempeñado por el Estado señaló que este solo pone trabas creando tantas leyes, pues es la compañía la que hace la consulta con las comunidades y deben “convencerlos” del proyecto. Ahora bien, este funcionario, al igual que el de la empresa C, haciendo notar las debilidades institucionales y regulatorias, manifestó que existe una desarticulación entre el Ministerio de Minas, del Medio Ambiente, del Interior y la ANH, toda vez que al momento de firmar el título minero o el contrato de exploración, el Ministerio de Minas o la Agencia Nacional de Hidrocarburos no tienen ni idea si está o no comprometiendo en el título o contrato zonas de reserva forestal o comunidades indígenas o tribales.

La empresa A, por su parte, en un tono más articulador manifestó que la responsabilidad de la consulta es del Estado, “no vale la pena hacer consulta sin el Estado, el Estado es un intermediario entre la compañía y la comunidad, pero como el Ministerio no tiene dinero y logística, eso lo hace la empresa”. Enfatizando quizás en la necesidad de guardar una posición neutral por parte de la empresa agregó: “La empresa no puede ser la que propone, discute y soluciona al tiempo” todos los problemas relacionados con la consulta. Sin embargo, la empresa C señaló que la responsabilidad para realizar las consultas recae en la empresa, al punto que cuando llegan al campo, las comunidades no tienen ni idea en qué consiste la consulta previa; razón por la cual, la empresa, mediante sus expertos, en lugar de ser el Estado, debe informales, a través de jornadas educativas, el marco legislativo. La empresa D, de una manera más cuestionante sobre el papel del Estado y sus obligaciones de protección y garantía, señaló que el Estado debería dejar claro el “estatus” social y ambiental de las áreas a las cuales llega la empresa; pero como no es así, las empresas deben entrar a resolver los problemas del Estado, y éste asume, entonces, una posición pasiva o “acomodada” frente a sus obligaciones.

⁵⁷ Aclaramos que esta empresa realiza actividades de exploración y explotación en minerales preciosos. No obstante, ha tenido que realizar consultas previas con las comunidades indígenas.

En cuanto al momento de realización de la consulta, las empresas reconocen abiertamente que hacen la consulta una vez firman el contrato o adquieren el título minero, lo cual les es irrelevante cuando se les pregunta claramente si la hacen antes o después del contrato, seguramente porque no conocen la dimensión de la Convención de la OIT. En su lugar, oponen a ese momento, el hecho de definirse como forjadoras de desarrollo, ayudando a las comunidades donde se establecen, brindando empleo, reubicando a la comunidad en caso de ser necesario o contribuyendo con sus planes de vida. Con todo, detrás de esa idea de ser forjadoras de desarrollo hay varias cosas que se muestran envoltentes para describirse así: los límites del contrato que adquieren, y por ende, la necesidad de ganarse la buena voluntad de la comunidad y las razones de estrategia empresarial para garantizar la viabilidad de su negocio, como sucede con lo asumido en el contrato TEA.

En ese orden, ellas tienen claro que suscribieron un contrato que las autoriza sobre el subsuelo y que frente a la superficie depende de ellas si se ganan o no la voluntad de los afectados. Así, según las empresas A, B, C y D, si la comunidad no las aceptan, es preferible no iniciar actividades; para ellas puede ser demasiado riesgoso enfrentarse al rechazo de la comunidad; aunque aclaran que el subsuelo le pertenece al Estado y que el concepto de desarrollo de las comunidades no tiene por qué desintegrarse en virtud de las actividades exploratorias de petróleo. Frente a esos riesgos de rechazo, la empresa A reconoce que su actividad es “invasiva y causa impactos”, y sabe que si es bien recibida por la comunidad no van a mediar paros o manifestaciones en contra de la actividad que está desarrollando, y según ella, “será bien recordada.” De tal modo, las empresas A, B, C y D indicaron que una de las formas de llegar a las comunidades es convencerlos de los beneficios del proyecto, ofreciéndoles la posibilidad de participar en el mismo, como una estrategia empresarial que debe estar respaldada en el respeto de sus criterios, así no los compartan del todo.

En tal sentido, la empresa A es consciente de que sus actividades pueden tener lugar en territorios ancestrales, mas no tiene la plena convicción de que todos los discursos manejados por las comunidades obedezcan

a su identidad y que por la exploración vayan a desaparecer, pues la sísmica, en su concepto, tiene impactos mínimos, pero ello no es óbice para desconocerlos en el sentido pleno. Por tal razón, esa empresa realiza la determinación de los lugares por explorar en compañía de indígenas que le indiquen los sitios sagrados, para “correr” el punto de exploración, al igual que la contratación de rezanderos. La empresa D no está muy segura de que la cosmogonía predicada por las comunidades pertenezca a ellas. Trajo entonces a colación el caso de los U`wa y señaló que después de un estudio con expertos por cuatro años se determinó que ese concepto según el cual el petróleo es la sangre de la tierra no pertenecía a ellos sino a unos antropólogos infiltrados. No obstante, descartando una anulación de las visiones de la comunidad indígena, dejó claro que ella no entra a una comunidad sin hacer un estudio de la misma.

Ahora bien, en cuanto a las razones de estrategia empresarial, las consultas previas tienen como fin la prevención, mitigación, compensación y corrección de impactos en armonía con la conservación de la identidad de la comunidad; sin embargo, en la práctica suelen ir más allá. En el caso de los contratos TEA, como es el objeto de nuestro análisis, las empresas no están obligadas a cumplir con la cláusula 34 de inversión social incluida en los contratos de exploración y explotación o E&P, en desarrollo del Decreto 1760 de 2003⁵⁸, pero los intereses reputacionales de las empresas y la manera como diseñan sus estrategias de viabilidad empresarial las llevan a involucrarse socialmente con la comunidad. De allí que la empresa A siempre dé a entender que los componentes sobre los “planes de vida” requeridos por la comunidad, así como la incorporación de mano de obra indígena a sus plantas, hacen parte de la responsabilidad social empresarial, con la cual gana reputación, asegura la viabilidad de su negocio, y a su vez, se puede inferir que es una manera de contrarrestar la imagen de ser catalogada como violadora de DH.

⁵⁸ Artículo 5. Funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos:

Artículo 5.7. “Convenir en los contratos de exploración y explotación los términos y condiciones con sujeción a los cuales las compañías contratistas, como parte de su responsabilidad social, adelantarán programas en beneficio de las comunidades ubicadas en las áreas de influencia de los correspondientes contratos.”

Cuando las empresas se refieren a sus compromisos sociales no se apoyan en una ley que lo ordene o lo excluya sino en su visión de empresa viable. La empresa D manifestó que las obligaciones de orden laboral o las relacionadas con los planes de vida no se establecen por cumplir únicamente con lo dispuesto por una norma, sino por la “sostenibilidad del negocio”. En la medida que sean fuentes de desarrollo para la comunidad, se beneficia esta y la empresa gana reputación, y por ende, puede estar por largo tiempo. Aclaró además que de acuerdo con la fase del proyecto, se apuesta más o menos por la dimensión de los planes que benefician a la comunidad; y concluyó que estos proyectos deben realizarse necesariamente con la comunidad. La empresa C manifestó que la construcción de reputación requiere de inversión social con la comunidad donde se establecen.

Concluyo entonces, y haciendo la salvedad de la posible existencia de situaciones o lecturas distintas, que las empresas entran a asumir por vía de un contrato las obligaciones que directamente y en razón de tratados internacionales recaen sobre los Estados, y en adición, que son la primera fuente de información que tienen las comunidades indígenas sobre el proyecto por desarrollar. Los anteriores hallazgos son relevantes, pues sugieren la necesidad de realizar estudios de fondo, en los que se incluya a la empresa como sujeto protagónico y no solo las posibilidades que existen para responsabilizarla civilmente por violaciones a los DH. De otro lado, las empresas con el propósito de no ser catalogadas como invasoras, perseguidoras de utilidades en beneficio únicamente propio y violadoras de DH, orquestan toda una estrategia con el fin de integrar el concepto de desarrollo de la comunidad con el suyo.

A renglón seguido entro a perfilar la visión de la comunidad indígena, intentando mostrar las razones por las cuales aceptan a la compañía, la manera como lo hacen, los impactos de la misma y su visión sobre el papel del Estado.

B. Visión de la Comunidad Indígena Unuma

La mayor parte de las comunidades indígenas no tienen muy claro qué es la consulta previa y cuáles son sus implicaciones. En la mayoría

de los casos, las autoridades estatales no difunden el contenido del derecho a la consulta previa antes de someterlas a un proceso de estos; la difusión del mismo ocurre en buena parte y por primera fuente de mano de las empresas. Lo anterior, sumado al contexto bajo el cual vive una comunidad, es determinante al momento de verse convocada a decidir si acepta o no el inicio de la actividad de exploración de petróleo.

Bajo el contexto de las comunidades, de un lado, ellas tienen un concepto de desarrollo sistémico, en el cual la tierra, las plantas, los árboles, los animales tienen un espíritu, que los conduce a convivir en armonía. Así, la naturaleza está diseñada de tal manera que cada uno de sus componentes está donde está por una necesidad y por una función; por ello es preciso invocar a sus ancestros para mantener la armonía⁵⁹. Por otro lado, las conexiones espirituales no son suficientes para su viabilidad, en el sentido amplio de la expresión. En ciertos casos, se encuentran agobiadas por sus propias necesidades. De hecho, deben superar la escasez de fuentes de subsistencia, dado que varias de ellas se encuentran en tierras más selváticas que cultivables⁶⁰, las especies salvajes se han ido extinguiendo y falta entonces la comida, la ropa, el dinero o los medios para construir sus viviendas o conservarlas⁶¹. Del mismo modo, la identidad en una comunidad, cuando se ponen en consideración sus necesidades, no siempre supone la primacía de nociones espirituales; de allí la aceptación de unos pocos y al final de la comunidad de actividades ajenas a ellas y desarrolladas por terceros⁶². Acorde con lo anterior, el indígena del pueblo Unuma señala que ante las necesidades (alimentación, fuentes de empleo, dinero para la educación, salud, vivienda, etc.), los líderes con más poder o jerarquía son influenciados ante la llegada de las empresas y los ofrecimientos que

⁵⁹ Entrevista con el líder Carlos Pérez y Hernán Posada, quien señaló “las comunidades indígenas tienen un concepto integral del territorio, casi una mirada sistémica que fusiona de manera sorprendente lo físico con lo espiritual.”

⁶⁰ Ana Manuela Ochoa, miembro del pueblo Kankuamo y abogada de la ONIC, señaló que buena parte de las tierras de la Orinoquía son selváticas y no aptas para ser cultivadas.

⁶¹ Visión del líder Carlos Pérez.

⁶² Visión del líder Carlos Pérez.

ellas hacen de trabajo y beneficios para la comunidad. Entonces, una vez el líder es convencido es más fácil multiplicar su criterio de aceptación en la comunidad, precisamente por la autoridad que ostenta. Pese a lo anterior, hay comunidades, como los U'wa, donde la exploración y explotación no es permitida bajo ninguna circunstancia⁶³. Con todo, lo cierto es que la comunidad Unuma frente a esa aceptación que según ellos deben hacer casi obligados, pues el Ministerio del Interior les dice que entran con el ejército⁶⁴, tratan de conservar su visión holista de desarrollo hasta el final. La apuesta de conservación de identidad en nuestro caso concreto, hizo que una vez llegó la empresa A, la misma comunidad le propuso realizar un estudio con “expertos”, es decir, con antropólogos, sociólogos, técnicos ambientales, agrónomos, en acompañamiento con miembros de la comunidad y con médicos tradicionales o “rezaderos”. De tal manera, el estudio final reveló sus sitios sagrados por donde la empresa no puede pretender pasar, su biodiversidad, la fauna, flora, las necesidades por satisfacer, que ellos llaman “plan de vida”, para poner en discusión una vez se dio inicio a los talleres de consulta.

Los indígenas Unuma, entonces, tienen la convicción de que mediante médicos tradicionales pueden mitigar los impactos de las actividades de la empresa; esa es su fe y su apuesta, al punto que debe quedar incluida en el protocolo de la consulta. Al respecto, el indígena unuma entrevistado narró cómo una empresa petrolera estuvo en sus territorios para el año 82 e hizo tanto daño que los “cambuches”, o cerdos que andan en manada, se fueron. En vista de ese acontecimiento, fue preciso acudir a los médicos tradicionales, quienes hicieron regresar a los animales gracias a sus rezos e invocación de espíritus. Esa fe en sus médicos tradicionales o rezaderos –según los indígenas unumas–

⁶³ Luis Fernando Arias, secretario general de la ONIC, líder Kankuamo –Sierra Nevada–, señaló que quizás ello se dé porque están menos “occidentalizados” o porque tienen unas condiciones de vida muy distintas de las de aquellas comunidades que viven en condiciones precarias y sitios olvidados.

Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Bogotá, 2 de febrero de 2006. Actor: Ministro del Interior y de Justicia.

⁶⁴ Visión del líder Carlos Pérez.

no les hace dudar de que si el petróleo se extrae, la tierra podría no tener energía. En su criterio, el petróleo existe porque es una fuente de energía para el funcionamiento de la tierra, el sol y la luna. Sin embargo, esas posibilidades de comunicación espiritual se convierten en un fetiche, algo así como un embrujo clave que les permite estar convencidos de atenuar los efectos de las actividades de la empresa.

Ahora bien, ellos como comunidad también son conscientes de otros riesgos de los que al parecer sus espíritus no los pueden librar. Se trata, entonces, de la desintegración de la comunidad con la empresa cerca de ellos, de la llegada de actores al margen de la ley por su deseo de apoderarse del territorio⁶⁵, y con eso, de influenciar a los más jóvenes del resguardo, de las posibilidades de generarse relaciones entre sus mujeres y los que hacen parte de la empresa o de presentarse situaciones de prostitución. Frente a esos riesgos, los indígenas del Resguardo Unuma no saben cómo responder, pero lo cierto es que hay necesidades en la comunidad, y ellas prevalecen cuando de hambre o vivienda se trata⁶⁶.

Después de escuchar al representante de la comunidad Unuma, la sensación que existe es que la comunidad termina viéndose obligada a creer más en la empresa, que al menos habla en nombre de sus propios intereses y les muestra más posibilidades de supervivencia conforme sus necesidades que el mismo Estado. En efecto, todos los entrevistados coincidieron en decir que el Estado no actúa en representación de los intereses de la comunidad indígena sino de la empresa, y en razón de ello piden que existan organizaciones no gubernamentales de indígenas que los representen para saber si se cumple la ley⁶⁷.

Para terminar, considero perfectas las conclusiones de Julieta Lemaitre cuando se refiere al fetichismo legal de los indígenas y a su ambi-

⁶⁵ En igual sentido Higinio Obispo González, Hernán Posada y Luis Fernando Arias.

⁶⁶ El líder Luis Fernando Arias en el mismo sentido indicó que las comunidades debido a sus necesidades terminan aceptando a las empresas.

⁶⁷ Carlos Pérez, Higinio Obispo González, Hernán Posada y Luis Fernando Arias.

valencia⁶⁸. De hecho, los líderes entrevistados no creen firmemente en la institucionalidad, creen más en sus propias instituciones representativas. Pero su fe en el derecho es lo que les permite decir al líder unuma que están exigiendo al Ministerio del Interior la presencia de sus representantes para que les “cumplan con las leyes”, y expresar por parte de los líderes de la ONIC que la Convención 169 de la OIT les ha servido para ser reconocidos. No obstante, es preciso que sea apoyada mediante instancias nacionales e internacionales, aunque afirman que el Estado legisla a favor de las empresas⁶⁹. Los indígenas, entonces, no están convencidos de que el Estado sea un defensor de sus derechos, pese a que afirman que ellos son anteriores al Estado mismo, y por tanto, la relación debería ser distinta⁷⁰.

CONCLUSIONES

Quizás si existiera un papel protagónico del Estado en el desarrollo de la consulta se reducirían las acciones constitucionales y legales por violación al derecho a la consulta previa, y sobre todo los cuestionamientos por parte de las comunidades indígenas en relación con sus funciones garantes. El Ejecutivo aparece en el escenario pero no juega un papel decisivo, pues en muchos casos, la empresa es la primera fuente de información del derecho fundamental a la consulta previa y de organización de la misma, los organismos de control tan solo observan, y en ocasiones no pueden estar presentes simplemente porque no pueden estar en todas partes. Al final, es preciso entender que con un papel activo del Estado no se trata de desligar a la empresa de responsabilidades, pero es necesario diferenciar los papeles y que sea el Estado el primer llamado a cumplir con la Convención de la OIT y la Constitución.

⁶⁸ Lemaitre (2009).

⁶⁹ Frente a la ambivalencia cobra significado lo expresado por Higinio Obispo, quien señaló que “los parlamentos de los Estados legislan a favor de las empresas”. Más adelante en la entrevista expresó que el Estado se encarga de violar lo dispuesto por la Ley 23 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT.

⁷⁰ Este concepto de los indígenas de ser Nación y existir antes de los Estados lo expresó Higinio Obispo.

Ahora bien, frente a ese clamor por un papel activo del Estado es preciso aclarar desde cuál momento y cómo lo debería hacer. Es claro que la consulta previa se realiza una vez se ha firmado el contrato E&P o TEA. Sin embargo, la Convención de la OIT dispone que la consulta debe realizarse “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Lo cual permite inferir que la convención se está violando en forma continua, pues es evidente la desarticulación al momento de su aplicación. En efecto, en proyectos con licencia ambiental o sin esta la realización de los estudios ambientales y de impactos socioeconómicos previstos para ser realizados por la empresa con la participación de la comunidad deberían ser antecedidos de una consulta previa elevada por el Ejecutivo a la comunidad con anterioridad a la firma del contrato, en la cual se solicite el consentimiento de la comunidad y se explore su concepto de desarrollo.

Así las cosas, es necesario una colaboración articulada del Ejecutivo-organismos del Estado encargados de darle impulso a la consulta previa, así como una verdadera coordinación entre ellos. Resulta incoherente concluir, con fundamento en las entrevistas, que todos trabajan en la estructura del Estado pero le “tiran la pelota al Estado” para que solucione los problemas, como si ellos no fueran el mismo Estado. El Grupo de Consulta Previa, aunque de reciente creación, reconoce las disfuncionalidades que tiene la consulta previa; espera que sea el Estado el que solucione los problemas. Pese a que es un actor clave en su desarrollo. Entonces, en la práctica no existe articulación entre las entidades del Estado para unir esfuerzos en procura de la ejecución de la consulta; es como si reconocieran que existen otras entidades con funciones especializadas como las de ellos pero con las que no es imprescindible trabajar en armonía; basta con la notificación de los sucesos y con autoconvencerse de la imposibilidad de ir más allá por la falta de presupuesto o de recurso humano o logístico.

Así, si la aproximación del Ejecutivo a la comunidad se hace con anterioridad a la firma del contrato se puede garantizar una mejor comunicación, y como consecuencia, acuerdos mucho más sólidos en los que ambas partes se benefician. En igual sentido, se brindaría a la comunidad indígena la oportunidad de consentir en el momento

anterior al contrato y de no sentirse excluida al tiempo que utilizada. Finalmente, se lograría el respeto y cumplimiento de la Convención 169 de la OIT. Adicionalmente, sugiero que si el Ejecutivo le apuesta a realizar las consultas previas antes de la adjudicación del contrato, las comunidades tendrán el derecho de exponer su identidad y sus propósitos. Lo expresado implica que cuando la empresa llega a la comunidad indígena no tiene que buscar su consentimiento o aprobación para dar vía libre al proyecto. Su actividad, entonces, se limitará a diseñar en proyectos y ejecutar los propósitos que la comunidad previamente en acompañamiento con el Estado ha elegido. Con ello quiero expresar que la empresa no debe de asumir desde un principio las obligaciones que le competen al Estado, sin que ello signifique desligar a la empresa de compromisos socioeconómicos y ambientales con la comunidad.

La propuesta puede sonar en la práctica sobredimensionada, ya que supone dos momentos: uno de contacto directo entre el Estado y la comunidad y otro entre el Estado, empresa y comunidad. Con todo, señalo que los pueblos indígenas tienen una especial protección constitucional e internacional, lo cual les permite reclamar su identidad y, por ende, una exclusividad en el tratamiento recibido. De otro lado, debemos recordar que las comunidades tienen un concepto de desarrollo distinto del nuestro.

Frente a ese rol desdibujado del Estado sugiero que las empresas están más interesadas por la noción de desarrollo de la comunidad a la cual van a impactar que el mismo Estado, sin considerar que lo puedan llegar a estar por razones de estrategia empresarial, pero que no lo invalidan. El cumplimiento de una obligación contractual se vincula con una lógica de viabilidad del proyecto. De tal modo, el cumplimiento de la consulta como prerrequisito es visto por ellas con tres puntos de vista: el primero busca evitar la caducidad del contrato; el segundo consiste en la necesidad de tener una aceptación de la comunidad con el fin de no ver obstaculizadas sus labores, y el tercero pretende revertir a cambio de esa aceptación, acciones que ellas las traducen en responsabilidad social corporativa (empleo, jornadas de salud, educación, construcción de viviendas, etc.) que disminuyen su tradicional imagen de ser violadoras de DH.

REFERENCIAS

- Agencia EFE (2009, 26 de enero). Más de 600 indígenas se establecen en cerro para impedir minería. *El Espectador*. Bogotá. Disponible en <http://www.elespectador.com/articulo111873-mas-de-600-indigenas-se-establecen-cerro-impedir-mineria>
- Anaya, J. (2005). Indigenous peoples' participatory rights in relation to decisions about natural resource extraction: the more fundamental issue of what rights indigenous peoples have in lands and resources. *Arizona Journal of International Law & Comparative Law*, 22, 1-17.
- Aponte, M. (2006-2007). The U'WA and occidental petroleum: searching for corporate accountability in violations of indigenous land rights. *American Indian Law Review*, 31, 651-673.
- Baluarde, D. (2004). Balancing Indigenous Rights and a State's right to develop in Latin America: The inter-american rights regime and ILO convention 169. *Sustainable Development Law & Policy*, 4, 9-15.
- Baquero, A. (1997, 11 de febrero). La Oxy y los Uwa. *El Tiempo*. Opinión. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-719338>
- Buritica, P., Morris, M. Orduz, N. & Rodríguez, C. (2009). *La Consulta Previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.
- Colombia. Constitución Política de 1991.
- Colombia. Ministerio del Interior y Justicia-Grupo de Consulta Previa. Derecho de Petición. Martes 20 de abril de 2010. OFI10-12424-GCP-0201.
- Colombia. Ministerio del Interior y de Justicia. Acta de Protocolización proceso de consulta previa Código AN-PO2-F03, proyecto sísmico y de adquisición geológica Dajitaneja 2D-CPE8-Acta n° 1, realizada el 15, 16 y 17 de diciembre de 2009.
- Colombia. Ley 99 de 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental –SINA– y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial* n° 41.146, 22 de diciembre de 1993.
- Colombia. Ley 21 de 1991, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT. Ginebra, 1989". *Diario Oficial*, n° 39720, 6 de marzo de 1991.
- Colombia. Ministerio del Interior. Decreto 1320 de 1998, "Por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio." *Diario Oficial* n° 43.340, 15 de julio de 1998.
- Colombia. Decreto 1760 de 2003, "Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la

- Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.”.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 11001-03-06-000-2006-00007-00(1708). Actor: Ministro del Interior y de Justicia. 2 de febrero de 2006.
- Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación número: S-673. C.P.: Libardo Rodríguez. 4 de marzo de 1997.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 880 de 2006. M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 769 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T 129 de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Dunning, J. (1976). *La empresa multinacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Lions, M. (2003-2004). A case in multinational corporate accountability Ecuador’s indigenous peoples struggle for redress *Denv. J. Int’l L. & Pol’y*, 32, 701-731.
- Los Uwa responden a la OXY (1997, 1° de febrero). *El Tiempo*. Información general. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-532816>.
- Maclem, P. (2000-2001). Indigenous Rights and multinacional corporations at internacional law. *Hastings International & Comparative Law review*, 24, 475-484.
- Molano, A. (2009, 24 de enero). La socia Mande Norte. *El Espectador*. Bogotá. Opinión. Disponible en <http://www.elespectador.com/choco/columna/111273-socia-mande-norte>
- Organización de las Naciones Unidas (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC). *La consulta previa a pueblos indígenas en Colombia: estado actual, avances y desafíos* (sin publicar).
- Organización Internacional del Trabajo (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.
- PdvsA Gas debe consultar a comunidades indígenas afectadas por el paso del gasoducto nacional (2008, 6 de agosto). *El Tiempo*. Nación. Bogotá. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4429564>.
- PdvsA, A consultar a wayúus (2008, 6 de agosto). *El Tiempo*. Economía. Bogotá. Disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3049057>
- Ragin, Ch. (2007) *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Rodríguez, G. (2008). La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas. En J. Houghton. *La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*. Colombia: Centro de Cooperación al Indígena (Cecoin).

Rodríguez, G. (2009). La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. En M. Restrepo. *Retos y perspectivas del Derecho Administrativo* (2ª parte). Bogotá: Universidad del Rosario.

ENTREVISTAS

a. Cuatro empresas

Empresa A (área de responsabilidad corporativa). Bogotá, marzo de 2010.

Empresa B (área de responsabilidad corporativa). Bogotá, abril de 2010

Empresa C (Gerencia y área de comunidades). Bogotá, abril de 2010.

Empresa D (área responsabilidad y comunidades). Bogotá, abril de 2010.

b. Tres líderes indígenas y un asesor

Carlos Pérez, líder del Resguardo Unuma. Bogotá, abril de 2010.

Higinio Obispo González, líder indígena del pueblo embera y funcionario de la ONIC. Bogotá, abril de 2010.

Luis Fernando Arias, secretario General de la ONIC, kankuamo en Sierra Nevada. Bogotá, abril de 2010.

Hernán Posada, asesor del Programa de Medio Ambiente y Territorio de la Organización de Indígenas de Antioquia. Bogotá, abril de 2010.

c. Cuatro entes del Estado

Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Bogotá, abril de 2010.

Procuraduría General de la Nacional-Delegada en DH y comunidades indígenas. Bogotá, abril de 2010.

Defensoría Nacional-Delegada en Asuntos Indígenas. Bogotá, marzo de 2010.

Agencia Nacional de Hidrocarburos mediante su interventora. Bogotá, mayo de 2010.