

ACCESO Y DERECHO A LA TIERRA EN COLOMBIA: EQUILIBRIO ENTRE LOS COSTOS SOCIALES DE TRANSACCIÓN, LAS EXTERNALIDADES Y LA TEORÍA DE LA AGENCIA¹

(Access and Land Rights in Colombia: Balancing Social Transaction Costs, Externalities and Agency Theory)

Jahir A Gutiérrez O²
jagogutierrez@gmail.com

Fecha de recepción: 11 agosto de 2014. Fecha de aceptación: 5 septiembre de 2014.

Resumen

Introducción. La encrucijada en que se encuentra la disposición de los recursos del suelo y las riquezas de la tierra en Colombia, centra el análisis del documento. **Contexto.** La animadversión entre estamentos estatales, empresariales y organizacionales, indican el pasmoso grado de improvisación de las temáticas. **Metodología.** Los costos sociales de transacción de la mano con la evaluación de las externalidades, exponen claramente lo que sucede al tenor de dicha captura, explicada por la teoría de la agencia. **Resultados.** Es importante identificar la situación de las tierras pertenecientes al Estado; evaluar el derecho al subsuelo y el grado de utilidad pública que dictamina sobre ellos; y finalmente, la definición concreta en materia de accesos y derechos a la tierra, por diferentes agentes interesados en ellos. **Conclusión.** La definición de la teoría del valor sobre el acceso y el derecho a la tierra quedo refundida en la discusión planteada en el materialismo histórico.

Palabras clave: Costos Sociales de Transacción, Derecho a la Tierra, Externalidades, Teoría de la Agencia

Abstract

Introduction. The crossroads is the provision of resources of the land and the riches of the land in Colombia, focused analysis of the document. **Context.** The animosity between State, business and organizational sectors, indicate the staggering degree of improvisation of the themes. **Methodology.** The social costs of transaction of the hand with the evaluation of externalities clearly exposed what happens to the tenor of this capture, explained by the theory of Agency. **Results.** It is important to identify the location of the land belonging to the State; Assess the right to the ground and the degree of public utility that rules over them; and finally, the concrete definition in access and rights to land, by different actors involved in them. **Conclusion.** The definition of the theory of value on the access and the right to land was recast in the discussion raised in historical materialism.

Keywords: Social costs of transaction, Right to land, Externalities, Agency theory

Introducción

El Estado colombiano aún no termina de resolver las discrepancias con respecto a la contratación, disposición y uso de los bienes del suelo y el subsuelo. Seguido de ello, las empresas multinacionales incursionan sin sopesar las desavenencias al respecto y, de paso, las comunidades y organizaciones aducen que cualquier asomo en el escenario territorial debe pasar por su observancia y legitimidad, antes que por la legalidad o la utilidad pública. El tratamiento poco contundente, en cuanto al acceso y derechos sobre la tierra, ha permitido la conmutación de incontables problemas a la hora de promover acciones correctivas a saber:

Es poco lo que se conoce en materia de los acuerdos, convenciones o tratos que el Estado colombiano ha hecho tras la incursión de la inversión extranjera, al momento de autorizar la entrada de diferentes compañías en lugares conservados o protegidos. Si bien, la Constitución y la ley, proveen los fundamentos para que ello se resuelva bajo discrecionalidad estatal, es evidente que los demás actores desconocen la naturaleza de lo que implica el interés nacional o la utilidad pública, cuando bajo el mismo desarrollo de contratos, aparecen hechos que congelen, limiten o suspendan los mismos.

El comportamiento que adoptan las empresas cuando se encuentran en dichas circunstancias es explicado por la Teoría de la agencia. En ella, la información se convierte en un marco de valor del mercado; es decir, constituye el punto de referencia básico para sacar provecho de las condiciones jurídicas o legales, económicas o productivas según el caso, conforme a las alteraciones e histéresis que se producen en algún proceso en contra

de las empresas o por la desatención y poca comunicación entre los diferentes organismos para solventar las circunstancias por las cuales son espoleadas las empresas.

El escenario de las externalidades también implica los beneficios y costos que todos los actores deberían internalizar para reducir precisamente las condiciones extracontractuales que conllevarían a generar condiciones de mercado de lo que no pudiera controlarse o mitigarse. Así que, la consideración y evaluación sobre ellas, sería igualmente un gradiente relevante a la hora de tamizar las condiciones de acceso e intervención con las que se podría auspiciar la presencia de las empresas en cualquier actividad. Seguidamente, con la prioridad de hacer transferencia de conocimiento a todo nivel

Es propósito del artículo considerar los planteamientos señalados; de ahí que la composición del mismo obedece a la siguiente definición temática:

1. El Acceso y derecho a la tierra desde la Premisa de Interés Nacional y Utilidad Pública.
2. Usos y disposición del suelo frente a los costos sociales de transacción, las Externalidades y la teoría de la agencia.
3. Estructuración de un marco general de evaluación y valoración de los recursos del suelo y del subsuelo para la contratación pública e internacional.

El país debe elevar el tema a interés público y nacional, no solo a los proyectos.

Acceso y derecho a la tierra frente al interés público y sobre los usos del suelo y subsuelo en Colombia

El acceso a la tierra en Colombia puede descontarse en la medida en que no se ha podido resolver el tema básico de la reforma agraria, y en que, al contrario de lo esperado, toda acción empeñada ha terminado por fortalecer la tenencia extensiva de la tierra con baja productividad o explotación. De otro lado, la inversión extranjera es socializada a procesos de espoliación al aparcerero, minifundista o tenedor de tierra, en momentos cuando se requiere de más apoyo y recursos hacia dicho frente y, de paso, la insolvencia a la hora de reconocer los terrenos que pertenecen a la Nación, complementan el panorama a saber.

Explica Álvarez (2012, p. 24):

El uso eficiente de la tierra requiere condiciones que faciliten la movilidad de los derechos de propiedad, de modo que la tierra pueda utilizarse en actividades más productivas y por usuarios más eficientes.

De allí que el BM oriente la política de tierras resolviendo el problema de la tenencia de la tierra y respectiva formalización de la propiedad.

La disposición constitucional y los arquetipos legales están relacionados con la función que debe cumplir la tierra como propiedad en tanto derecho de dominio y real. No obstante, deben sumarse los derechos superficiarios además de los que a la postre, generan condiciones de valor al suelo y subsuelo objeto de no discusión. Mientras la

discusión se ciña a la posición entre poseedores y contrarios, es poco el avance que podrá generarse para que el acceso a la tierra sea un hecho consagrado en la constitución y proveído por la ley. Sin embargo, la escasa revisión nacional sobre ella, muestra el desinterés.

Analiza Fuentes (2011, p. 53):

Este análisis implica, también, comprender que las normas no surgen aisladas de un contexto. Por ello, se debe entender que, detrás de las normas que han generado avances progresistas, ha habido un gran movimiento social que lo ha hecho posible; del mismo modo, en las medidas regresivas, han estado presentes las clases políticas que tienen el manejo de las instituciones y las mayorías parlamentarias desde hace mucho tiempo.

El no contar con análisis plenos en materia de convergencia y dispersión de la estructura de tenencia, y de ello, de los poseedores y tenedores, pone en riesgo el acceso. Es cuestionable la disposición de franjas de tierra para el cultivo, la explotación o extracción en espacios rurales en los cuales no se ha podido resolver la composición de la estructura campesina o tenencia de la tierra por parte de quienes residen allí. Son estos vacíos, los que impiden cualquier acceso particular o privado e incluso público a la hora de abordar dichos espacios bajo la rai-gambre de interés público o utilidad nacional de ser el caso.

Aclaran en la editorial de El Colombiano (marzo 26 de 2013, p. 21):

Los temores parecen despejarse en un sentido: Las zonas de reservas campesinas no ostentarán soberanías ni autonomía políticas. El debate es sobre cuánto y cómo extender esas zonas. Las Zonas de Reservas Campesinas –ZRC, son obra del Congreso y de la ley (la 160 de 1994). No son autónomas ni política ni administrativamente frente al

resto del Estado colombiano y sus tres ramas del poder. El debate se advierte en las tensiones que genera entre campesinos y agro empresariado, entre minifundio y latifundio y entre parceleros y terratenientes, el hecho de que las ZRC se pueden ampliar y pasar de 831 mil hectáreas, de hoy, a ser 9,5 millones de hectáreas, tal y como es iniciativa y propuesta del campesinado. Ello, sin cerrar las puertas a la inversión privada y a la explotación agroindustrial, cuando sea necesario y conveniente.

Al margen de la divergencia constitucional se extiende también la dualidad de hechos que amplían la tipología de accesos a la inversión extranjera, privada y pública. Se supondría que en parte, las inconveniencias e inconsistencias propiciadas sobre dichos campos tendrían un terreno más firme para actuar. Al contrario, las actuales querellas que enfrentan ellos, tienen que ver precisamente con problemas inherentes a los derechos de posesión o tenencia de la tierra. No solo puede limitarse el acceso a la tierra a un asunto consagrado en los derechos o por tamices vinculados a la no posesión del recurso.

Explica Meinzen y Markelova (2007 p. 23):

Los derechos sobre la tierra y otros recursos naturales juegan un papel fundamental en las sociedades humanas. La distribución misma de la riqueza y la pobreza es un reflejo de los derechos de propiedad subyacentes. Sin embargo, reformar los derechos de propiedad para dar a los hombres y mujeres pobres un mayor acceso y un más férreo control sobre los recursos no es una tarea fácil.

La continuidad de esquemas de tenencia del recurso encumbra la idea sobre la concepción colonial de la tierra aun después de la independencia. Es inconcebible que no se tenga claridad constitucional y legal para resolver las querellas surgidas al respecto y, de paso, el Estado se estime como dueño

de bienes que, por su naturaleza común, no pueden descansar solo en su discrecionalidad y disposición material. El acceso a la tierra en el país no ha sido provocado por un modelo económico, político o internacional, que a simple vista permita explicar el origen de tal indefinición de una manera concreta.

Plantea Williamson y Kerekes (2008, p. 116):

En lugar de distribuir títulos de propiedad e imponer instituciones exógenas de derecho de propiedad desde arriba hacia abajo, los países en vías de desarrollo estimularían mejor el desarrollo económico aceptando los derechos endógenos de propiedad y las instituciones que evolucionan desde abajo hacia arriba.

La dolencia de un sistema de tierras que abrigue los preceptos constitucionales y legales, es el primer escollo que debe solventar un país que, si bien hace de las suyas en materia de disposición de los recursos del suelo y del subsuelo, no avanza para clarificar las disposiciones que entorpecen la tenencia válida de la tierra o la explotación legal de los recursos. Además de plantear recursos en contra de los accesos ilegales al uso de la tierra o sus riquezas, raya entre lo inverosímil y lo permisible a la hora del análisis.

Argumenta Cinelli (2006 p. 76):

La falta de un reconocimiento estatal de la propiedad comunal genera un estado de incertidumbre legal y permite a terceros actores –entre otros, multinacionales– explotar las tierras.

La evaluación de las riquezas del suelo y del subsuelo no pasan si quiera por el frente de las consideraciones que deben tener los entes territoriales para poder entrar a entender las expresiones, intereses o manifes-

taciones que se extienden sobre sus predios. No es posible que se extiendan discusiones que carecen de sustento académico, investigativo y técnico en la materia, pero ello sucede, precisamente, porque lo que menos se estudia por parte de los propios habitantes del campo o áreas rurales es la propia concepción del recurso tierra como valor absoluto en cualquier contexto.

Analiza Méndez (2010 p. 13):

Los derechos de propiedad privada solamente aparecen –solamente pueden aparecer– cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al coste mismo de la internalización, es decir a los costes necesarios para el establecimiento y funcionamiento de los derechos de propiedad privada, los cuales varían en función de las características físicas de los recursos, de la evolución de las tecnologías de identificación y medición de sus atributos físicos, así como de la identificación de los titulares, de los atributos jurídicos de los derechos, y de la tecnología jurídica disponible para posibilitar el intercambio, venciendo los obstáculos que se imponen al mismo en una sociedad impersonal.

La encrucijada en que se presentan las posiciones que reclaman coherencia, reciprocidad y respeto sobre la forma de acceso, intervención y exploración sobre la tierra, están ubicadas más en las connotaciones de orden exclusivamente ambiental e institucional, sobre las que no se conoce la evaluación territorial que por completo debe extenderse para admitir o no la llegada de diferentes actores. Es bien entendido que las interpelaciones u objeciones tienen mayor atención cuando se hace de la mano con revisiones técnicas con las cuales poder gestionar desacuerdos o proyectar protocolos idóneos para acceder a distintas actividades o no.

Contextualiza Rockefeller (2010, p. 8):

En el pasado hubo tensión entre los defensores de los derechos humanos, preocupados por el desarrollo socioeconómico, y los ambientalistas, inquietos por el impacto del desarrollo en los ecosistemas y la biodiversidad. Sin embargo, durante los últimos veinticinco años, estos grupos han encontrado, de manera creciente, un terreno común dentro y a través de una comprensión más profunda de la interdependencia de las personas y los ecosistemas, y un reconocimiento del principio de justicia ambiental, que incorpora la idea de un derecho humano básico a un medio ambiente sano y seguro.

Es el Estado quien debe responder ante cualquier sobresalto que acontezca por cuenta de dichas problemáticas, entre otras, por el propio costo de oportunidad que crean estas diásporas para la inversión reciente y la que aspiraría llegar al país, desconociendo esto. El perfil del país instalado en la ruta minera de la explotación de recursos y exploración de los mismos, contradice al panorama que deben enfrentar las empresas cuando se acercan o inician actividades. No es sano, en ningún caso, que al cabo de un tiempo de producción, estas deban enfrentar condiciones jurídicas adversas o con la comunidad.

Destaca Suárez (2004, pp. 51-52):

Las contradicciones dentro de la legislación nacional constituyen otro aspecto de esta problemática. Si las diferentes leyes e instituciones que rigen y administran el sistema de la tenencia de la tierra se superponen, creando confusión de competencias, o son contradictorias en sus objetivos, esta situación será fuente de gran conflictividad en el campo. Un caso especial de las contradicciones dentro de la legislación nacional, observado cada vez más frecuentemente en la última década, está relacionado con las leyes de modernización económica. Las políticas

de ajuste estructural del sector agrario han tenido efectos muy perjudiciales para la población rural pobre.

Es importante que sea resuelto el llamado al interés público o de la nación que no solo debe entenderse en aras de la materialización de proyectos con repercusión nacional. También, el espacio dado a la inversión privada y el diálogo que debe darse con las comunidades y poblaciones debe obedecer a dicha semblanza. De lo contrario, no será entendible que se hagan esfuerzos puntuales en sonados temas, y de otro lado, se deje al amparo de la justicia casos que también deben contener una naturaleza recíproca o similar. Estos intersticios son los que ponen en duda los tipos de acceso a la tierra en el país. Complementa Suárez (2004:56):

Es importante destacar que las acciones para hacer justiciables los derechos a la tierra nunca deben restringirse solamente al plano legal. Estrategias políticas y de movilización de la opinión pública son fundamentales para complementar la estrategia legal. De lo contrario, ni el mejor fallo de los tribunales será capaz de cambiar nada en la realidad.

El interés público es expuesto como una figura con la cual el Estado, en cualquier parte del mundo, pretende hacer ajustes en temas de su directa incumbencia y responsabilidad, tratando de evitar riesgos e inconveniencias al respecto; por ende, cuando se asume dicha figura, este pretende negociar de manera racional y vinculante con las partes interesadas o impactadas por las acciones o acometidas de interés del Estado. La idea, es que el Estado no termine capturado por las perspectivas particulares a la hora de resolver situaciones con respecto a la adquisición de predios o indemnizaciones a lugar.

Usos y disposición del suelo frente a los costos sociales de transacción, las externalidades y la teoría de la agencia

El acercamiento a las actividades inherentes a la explotación del suelo por parte de las empresas ha sido revestido por décadas con el componente político internacional. Son amplias las recusaciones hechas con respecto a las incursiones de firmas internacionales y a la manera como son atendidas por parte del Estado. Fruto de dicho proceso, es connatural la permanente dilación por parte de las primeras a la hora de entrar a participar concursalmente en países que no han podido conjurar las dificultades de la propiedad y la tenencia de los recursos previstos, a la hora de habilitar la participación empresarial.

Establece Tangarife y Páez (2005, p. 36):

Actualmente, con la aparición de estos nuevos actores dentro del esquema de negociación, los estados se han visto obligados a implementar las medidas necesarias para articular esta situación. Si bien esto ha venido trabajándose, lo cierto es que aún, bien por razones políticas de conveniencia o económicas, se presentan en las legislaciones grandes falencias que en ocasiones llevan a soluciones poco eficientes y en otras muchas a soluciones sin las garantías suficientes de participación por parte de los pueblos afectados. Ante la falencia de legislaciones claras acerca de la participación de las comunidades indígenas, tanto las empresas como los pueblos indígenas han tenido que entrar en un plano directo de coordinación e incluso de confrontación.

La arremetida que deben padecer dichas empresas concuerda con el pleno desconocimiento que se tiene por parte de las autoridades de refrendar derechos que permitan la entrada de las mismas; es decir, que el Estado y sus instituciones en Colombia, continúan entregando autorizaciones, permisos y títulos, desconociendo los componentes externos que rodean la posibilidad de incursionar efectivamente en las zonas declaradas autorizadas para la intervención física en infraestructura, explotación o extracción de recursos, que terminan en juicio, en muchos casos, por una omisión que raya de obvia.

Expone Anseeuw et., al (2012, p. 21):

El término inversionistas se usa comúnmente como un término general para los actores económicos involucrados en la adquisición de tierras como parte de la actual fiebre por la tierra; sin embargo, su empleo es problemático por dos razones. Primero, la evidencia sugiere que muchas adquisiciones de tierras inicialmente no involucran altos niveles de inversión, al tratarse de inversión especulativa o que involucra producción solo en una pequeña proporción de la tierra adquirida. Es importante distinguir entre dichas adquisiciones y la inversión productiva en la agricultura y otros sectores basados en la tierra. Segundo, el uso del término inversionistas para identificar a actores extranjeros o pertenecientes a la elite nacional pasa por alto el que los más importantes inversionistas en tierras y agricultura en el mundo son los 500 millones de hogares de pequeños productores que invierten tiempo y dinero en la producción de alimentos y el mantenimiento y la mejora de los sistemas agrícolas.

Se considera que las empresas incubadas en dichas actividades vienen con la idea de sacar provecho del costo de oportunidad de la magra situación institucional y que, de paso, sacan las riquezas del país sin miramiento a las condiciones sociales de dónde extraen dichos recursos. No obstante, es la

proximidad que tengan todos los entes institucionales y territoriales al respecto, quienes deben dar cuenta de los resultados que ha traído concretamente la presencia de compañías en sus latitudes y que, necesariamente, tendrían que verse reflejados en el fortalecimiento institucional.

Reitera Anseeuw et., al (2012, p. 10):

El nuevo y fortalecido nivel de la demanda por productos derivados de la tierra genera una aceleración de estos procesos. En los casos donde se observa impactos dañinos, estos se deben en gran parte a ciertas fallas de larga data en la gobernabilidad, tanto a escala nacional como global. Estas incluyen la falla de los sistemas de gobernabilidad agraria en reconocer y proteger los intereses de los pobres de las áreas rurales y la marginación política de los pequeños productores, que en parte son en sí mismos legado de historias de colonialismo y exclusión política.

Las fallas que se acusan con respecto a la presencia de empresas en cualquiera escenario, reviven la idea vinculada sobre los derechos que se tienen con respecto a los recursos de la tierra. Si bien, el Estado reclama su plena potestad, es claro que la población que espera explorar o explotar, también reclaman coherencia al respecto. Esta ambigüedad central y local a la hora de tener claridad, es en parte el conjunto de elementos que debe sobrellevar la empresa cuando decide habilitar actividades en el país, que no cuentan tampoco con la unanimidad estatal que dichos casos requieren.

Explica el CINEP³, (2009, p. 27):

Esto no quiere decir que el derecho a la tierra y al territorio no tenga un contenido que debemos conocer con el fin de realizar procesos de exigibilidad. Reconocer la existencia del derecho a la tierra y al territorio implica contestar a la pregunta: ¿Qué quiere decir tener derecho a la tierra y al territorio?

Las fallas ocasionadas por alteraciones en los acuerdos o contratos definidos para dichas actividades deben compensarse con alargamientos de los mismos o apertura de otros con los cuales pueda resarcirse el daño ocasionado por la alteridad, provocada en la desatención que tienen los estamentos e instituciones centrales a la hora de internalizar los pasos que debe cometer en el momento de autorizar las entradas de las compañías en diferentes frentes de intervención y producción del suelo en el país. La correspondencia interinstitucional salta de nuevo por su plena inoperancia.

Analiza Zepeda (1997, p. 10):

Si los derechos de propiedad existentes sobre la tierra, y los que están siendo constituidos y certificados, no son protegidos adecuadamente por la ley y defendidos por un sistema de tribunales eficiente, imparcial y gratuito, la incertidumbre y la inseguridad jurídica permanecerán en el medio rural.

Es potestad de las empresas solventar las dificultades provenientes del componente jurídico y legal que crean las desavenencias emergidas entre las propias autoridades institucionales y las organizaciones sociales que, bajo argumentos e interpretaciones, intentan amparar algún recurso o congelar las actividades de las compañías para solucionar controversias que tienen un carácter más estructural que puntual, como es el caso de las constantes interpretaciones con respecto a la explotación petrolera o extracción minera, en las que la argumentación para resolver no pasa de la posición mediática.

Propone Villegas del Castillo (2004, p. 10)

Habría que decir que la escogencia de la propiedad como objeto de investigación en la jurisprudencia constitucional es una propuesta por revisar cómo se enseña, se piensa y se usa el derecho de propiedad en

Colombia. Por eso, más allá de proponer una confrontación con la tradición civilista, de lo que se trata es de revisar las virtudes y dificultades que subyacen al derecho de propiedad, particularmente en lo que tiene que ver con las nuevas exigencias sociales, económicas y políticas que exigen un cambio en la comprensión y uso del derecho analizado.

Es común que se presenten alteraciones en la materia por cuanto para las entidades estatales les es difícil transmitir a los territorios lo que sucede al respecto. Por ello, es particular la aparición constante de exaltaciones que van en contra de procesos que atienden dicha naturaleza. El componente de las negociaciones en sectores estratégicos corresponde a la discreción que el Estado central dictamine en la materia; sin embargo, de tajo se derrumba tal posición cuando se evalúa el entorno en donde estos impactan.

Consideran Tangarife y Páez (2005, p. 150):

La consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. A pesar de que el Convenio 169 de la OIT (OIT, 2007) no limita la razón por la cual se realiza la consulta previa, el Decreto reglamentario de la Ley 21 de 1991, sí lo hace, estableciendo que se realizará solo cuando exista un proyecto que se pretenda consumir en tierras de indígenas.

Las externalidades que surgen en la material deben ser resueltas por los estamentos que viabilizan los contratos, para no someter a las empresas al escarnio que significa su incursión, seguidamente del acusado abuso de posición en el que terminan afincadas. No obstante, es la empresa la que debe asumir los costos sociales de transacción cuando un proyecto pasa de la autorización al alegato

con diferentes organismos e instituciones. Es entendible el escenario discrecional con que se atiende la contratación en dichos contextos.

Amplían Tangarife y Páez (2005, pp. 150-151):

Antes de entrar a analizar las normas pertinentes, se debe tener en cuenta que las normas se examinarán como incentivos, que en mayor o en menor grado, estimulan a cumpliro no defraudar su mandato. De acuerdo con el análisis económico de las obligaciones legales, los agentes consideran las consecuencias de violar una norma, antes de decidir su conducta.

En muchos de los casos, la interacción entre ellas y la población termina obcecada por cuenta de la mala interpretación que se tiene con referencia de los permisos que sustentan a la hora de continuar actividades o de la manera como deben revertir los impactos de su presencia en el país. La responsabilidad recae directamente en las autoridades, estamentos e instituciones entre las cuales debe prevalecer coherencia a la hora de extender autorizaciones, negarlas o ampliarlas conforme con las peticiones o requerimientos de las empresas.

Diserta Wiener (2011, p. 58):

Para unos se trata de corregir, léase mitigar, los impactos de las inversiones, y para otros, de cortar el problema de raíz, es decir, modificar las reglas de juego y reordenar, de alguna manera, las posiciones en el mapa de poder que existe actualmente en torno a la tierra a escala mundial.

El surgimiento de las externalidades prevalece en la medida en que con cada autori-

zación, aparece un connato de irregularidades, interpretaciones o demandas dirigidas a las empresas dedicadas a la intervención, exploración o explotación de los recursos del suelo. En este sentido, son ellas quienes deben internalizar dicho proceso y de paso, pasar la cuenta de cobro al Estado, quien en aras de mitigar las consecuencias de ello, trata de remediar la situación entre los que-rellantes y los compelidos en los procesos, quedando en últimas mal con todos, por la clara improvisación en temas tan neurales como estos.

Evalúa Márquez (2008, pp. 28-29):

En efecto, la decisión de invertir es muy simple para un agente racional en un “mundo” donde no existen costos de transacción, pues cero costos de transacción implica que “colocar” el capital en el Estado destino es igual a cero y que la incertidumbre derivada de la operación es también la mínima, cero. Sin embargo, es claro que vivimos en un universo donde la normas hacen que las transacciones cuesten, y la economía de la inversión extranjera no es la excepción.

La oportunidad que toman las empresas en momentos en el que el país estamental e institucional no encuentra salidas a los inconvenientes, termina por generar mejores condiciones en los contratos, so pena de demandas que pueden costar más que las concesiones o las negociaciones provocadas por los hechos. Es por ello que los estamentos corporativos regionales, los ministerios de las respectivas carteras y las autoridades regionales, de la mano con las locales, deben promover a cabalidad los análisis y estudios con los cuales puedan eliminarse dichas fallas, que no contribuyen para las partes.

Marco general de evaluación y valoración de los recursos del suelo y del subsuelo para la contratación pública e internacional

Es responsabilidad de las autoridades y organismos técnicos del Estado colombiano franquear la discusión en materia de la evaluación y valoración de las riquezas que tiene el país en el bloque del suelo y las franjas del subsuelo. En gran medida, la desatención en el tema parte precisamente por el no contar con cálculos precisos sobre lo que en términos absolutos se tiene en el país, y qué tanto de ello puede aprovecharse para su explotación o dejarlo para efectos de conservación o protección de ecosistemas y reservas naturales, epílogo que despejaría el aparente afán de ofertar al país a toda escala.

Ejemplariza Páez (2010, p. 91):

La mayoría de las corporaciones autónomas regionales no han realizado una ordenación forestal que les permita saber: ¿Qué sucede con sus ecosistemas boscosos?; ¿cómo están siendo transformados?; ¿qué se ha perdido y se está perdiendo en estos ecosistemas?; ¿qué procesos ecológicos, sociales y ambientales, ocurren cuando se presentan transformaciones ocasionadas por actividades antrópicas o por factores naturales?; ¿cuál es su capacidad de ejecución en la gestión del riesgo ante la transformación negativa de estos ecosistemas?; ¿cuál es la tasa de pérdida anual de bienes y servicios ambientales con estas transformaciones?

A pesar de responder a la naturaleza de entidades y unidades técnicas a la par con las corporaciones regionales, al unísono con las

áreas a nivel de agencias y estamentos ministeriales, deben promover estudios e investigaciones sobre los que pueda hacerse una amplia radiografía con respecto a la disposición de recursos del país, y bajo el marco de los mismos, podrían permitirse los accesos e intervenciones esperadas por cualquier actividad. Dicha aprehensión, podría generar mejores condiciones de análisis, concurso y participación sin tantos tropiezos, como los comentados.

Propone Duque (2012, p. 179):

Se ha insistido en que los territorios sirvan para algo más que conservarse inexplorables, esto es, que se exploten en ellos todas las posibilidades que generen excedentes monetarios. Una forma es pretender que, con la concesión otorgada a empresas privadas para que aprovechen turísticamente los parques naturales, se respetan las condiciones culturales de sus habitantes tradicionales. La otra es la imposición de de gran envergadura que busca aprovechar los recursos naturales para generar nuevas fuentes económicas.

El recurso suelo y riquezas del subsuelo debe considerarse desde todos los componentes que impriman valor y valorización a la hora de extender cualquier tipo de intervención. Si bien, prevalece la consulta previa como mecanismo puente para tal propósito, está es solo consultiva, por cuanto no trasciende a la revisión de los elementos requeridos para una evaluación completa y plena. Por ende, se requiere que desde los propios entes territoriales se acuse de manera intensiva, la necesidad de establecer el valor lógico que debe tener cualquier territorio, independiente de lo que se pretenda realizar en él.

Esgrimen en la Revista Semana (noviembre 19 de 2012, p. 70-71):

El mayor problema estructural es que nadie sabe cuántas hectáreas son de la Nación, pues no existe un inventario, algo increíble en un país que ha padecido medio siglo de guerra donde la tierra ha sido el botín máspreciado. Ese desconocimiento también explica en una buena medida el porqué de tanta irregularidad. De otro lado, es cuestionable la poca comunicación del INCODER con otras entidades públicas para verificar la información que suministran los solicitantes. El proceso en la mayoría de las oficinas regionales se limita a contrastar si no se les han asignado baldíos anteriormente. Con esta debilidad, no solo se autorizan asignaciones con irregularidades por la naturaleza de los beneficiarios, sino por las características de los predios. Esto, por ejemplo, ha permitido que se asignen tierras en zonas de reserva ambiental. También empieza a surgir controversia por baldíos en zonas con potencial petrolero como las de Puerto Gaitán en el Meta.

La organización territorial en dichas temáticas es una necesidad que se desprende de la propia constitución y legislación, que más allá de las variables ambientales, conlleva a una evaluación exhaustiva de toda la composición territorial, que aún es ajena, en la medida en que los entes territoriales solo atienden de manera funcional y operativa los preceptos legales que hay al respecto en materia de planes de ordenamiento y planes de desarrollo. En esencia, la propia población desconoce la tipología del suelo en el que están.

Considera Rodríguez (2012, p. 17):

¿Cómo se explica el cruce de actores tan diversos alrededor de la consulta previa? ¿Qué tipo de legalidad resulta semejante hibridez de regímenes jurídicos? ¿A qué se debe la explosión de estándares legales sobre el procedimiento de CPLI y, últimamente, de CtoPLI? ¿Qué efectos ha tenido sobre los pueblos indígenas? ¿Qué nos dice todo

esto sobre la trayectoria y el futuro de los conflictos sobre la tierra, los recursos y la etnicidad en tiempos de globalización?

Es desde el componente territorial que puede ofrecerse una mediana idea de lo que implica el recibo de empresas interesadas en desarrollar actividades económicas, extractivas o productivas. La propuesta es la de disponer y entregar material de campo para el análisis de las poblaciones que, bajo su percepción, ven en peligro sus recursos y riquezas. No es consecuente que el Estado continúe autorizando diversas incursiones e intervenciones territoriales a espaldas de la población, dejando a las empresas como receptoras directas de las dificultades y obstáculos que pudieran provocarse en dichos espacios.

Expone de nuevo Rodríguez (2012, p. 69):

La asimetría de poder entre empresa y comunidad es acentuada por el hecho de que el Estado tiende a tener un rol de testigo oficial de la consulta, antes que regulador y garante de la misma. Así lo muestran las legislaciones y las prácticas de los países latinoamericanos. La dominación de la empresa sobre la comunidad es raramente atenuada, o siquiera medida, por el aparato estatal. Quien consulta es la empresa. El consultado es la comunidad indígena. Y el Estado estampa el sello oficial sobre lo que se acuerde.

No es coherente que en términos reales sean las propias comunidades quienes desconozcan las bondades del suelo y del subsuelo en el que se encuentran. Bien valdría que la dirección de los planes de desarrollo y ordenamiento estableciera una correspondencia plena en dicha senda. Hasta ahora, la interacción solo se reduce a la composición ambiental y un pequeño asomo con respecto a la correspondencia territorial; por ende, surge la necesidad de que las propias instituciones del Estado garanticen dicho acer-

camiento a la población, para evitar contratiempos con las comunidades, y de estas, con las empresas.

Destaca Hoyos (2012, p. 192):

Lo cierto es que no hay una solución constitucional uniforme a este tema porque la misma depende no solo de los textos constitucionales sino también de las luchas y movimientos políticos, económicos y sociales que han influido en el tratamiento constitucional del derecho a la propiedad privada en cada ordenamiento político-constitucional concreto.

La contratación internacional está en vilo mientras no sea resuelta la discusión con las comunidades y poblaciones territoriales. No obstante, lejos de las herramientas, instrumentos y metodologías, las posibles consideraciones que puedan contribuir para solventar los criterios relacionados con la explotación y exploración en materia de contratación están a la vista. Desde allí, el carácter de conformación de regiones para la planificación, la administración y la gestión, como aboga la nueva Ley de ordenamiento, tendría más asiento y perspectiva que las inspiraciones del análisis ambiental que no alcanza lo territorial.

Comenta Mancero (2012, p. 25):

Si tomamos en consideración que el subsuelo es de propiedad del Estado, y que los particulares acceden al derecho de explotación del mismo a través de título habilitantes, la determinación de un derecho legal, válido e incontrovertible otorgado por el Estado, es fundamental cuando se busca adquirir derechos en el sector.

Si las instituciones estatales no asumen de frente esta prioridad y la dejan a expensas de lo que puedan hacer las empresas, no alcanzará tampoco ningún marco jurídico para solucionar los problemas que aparezcan en

aras de facultar a las empresas de revestimientos institucionales, que evidentemente carecen, de cara a las organizaciones que las sindicamos de generar los problemas que representan el punto de discordia. El beneplácito en la contratación estatal debe venir con los correspondientes sellos de autoridad e idoneidad por parte de las comunidades y poblaciones en donde tendría asiento la presencia de las empresas.

Afianza Jiménez (2011, p. 13):

En Colombia, el pilar del derecho minero es la titularidad del subsuelo y sus minerales en cabeza del Estado; así claramente lo establece el artículo 332 de la Constitución Política de 1991. Así las cosas, la legislación colombiana debía ponerse a tono con el ordenamiento superior; responsabilidad legislativa que tardó a diez años con la expedición de la Ley 685 de 2001. El Código de Minas se había mantenido incólume hasta el año 2008, cuando el Gobierno nacional presentó ante el Senado proyecto modificadorio del Código de Minas, iniciativa que dio origen a Ley 1382 del 9 de febrero de 2010.

La claridad que debe contener el número de contratos que terminen autorizados, establece que los costos sociales de transacción y las externalidades deben ser compartidas, tanto por las empresas como por el Estado, pero, igualmente, las ventajas que puedan crearse con dicha asociación en cuanto al recibo y reciprocidad que obtengan estos con respecto a las organizaciones, tras las que la composición de agencia termina por animar, no solo la presencia de las empresas, sino la concurrencia del Estado y la participación directa de las comunidades en ambos frentes de trabajo.

Ejemplariza González (2011, p. 86):

Con frecuencia hay diferentes agendas y preocupaciones cuando se habla de responsabilidad social en inversiones empresariales,

sean minero-energéticas o macroproyectos de otra índole y ello se explica por la diversidad de intereses, de culturas, planes de mediano y largo plazo o planes de vida. Y de estas diferencias se desprenden tensiones o conflictos que han caracterizado las relaciones entre empresas y comunidades no solo en Colombia sino en muchos otros países.

No es conveniente que a las organizaciones y poblaciones se les tenga aisladas de dichos contratos o intervenciones territoriales. De allí, la importancia de que sean los propios entes territoriales quienes animen la presencia de estas en las interacciones que adviertan o promuevan la incubación de intervenciones empresariales con autorización o participación del Estado, ya sea en contratos de alianzas público-privadas, de Interés Nacional o de Utilidad Pública, como de contratación plenamente privada. No obstante, dicho dialogo debe incubarse desde los propios entes directamente.

Agrega González (2011, p. 109):

Las respuestas a estas preguntas han dado lugar a muchos debates e incluso es un tema de discusión actual de las Naciones Unidas y en su Comisión de Derechos Económicos y Sociales. Preguntas para reflexionar: ¿Cuáles son las obligaciones del Estado y cuáles de las empresas?; ¿ante quién tienen que responder las empresas si cometen un abuso o son cómplices de violación de algún derecho?; ¿qué responsabilidad corresponde a los planes de desarrollo e inversión del Estado cuando afectan territorios y planes de vida de comunidades indígenas o afrodescendientes?; ¿qué derechos pueden reclamar las comunidades étnicas frente a programas de inversión que afectan sus condiciones de existencia?

La estructura contractual básica debe partir de los costos sociales de transacción

que interpreta y estructura la población en materia de accesos e intervención sobre sus territorios, bajo la idea de determinar cuáles espacios son contratables y cuáles no, y de paso, discernir las responsabilidades que caben a la hora de reparar o sobrellevar circunstancias que podrían poner en riesgo las condiciones de vida, habitabilidad o de recuperación de los propios recursos. Sobre ello, el grado de análisis debe ser sumamente alto, a la hora de identificar las condiciones extracontractuales del fenómeno que se va a revisar.

Complementa Rodríguez (2012, pp. 23-24):

La evidencia muestra que en las circunstancias extremas de los campos sociales minados, los requisitos procedimentales de la consulta son, a menudo, los únicos mecanismos eficaces para desacelerar el ritmo vertiginoso de los proyectos económicos extractivos y controvertir las decisiones estatales que los respaldan. En algunos casos, incluso, los procesos de consulta y los litigios alrededor de ellos han sido catalizadores de la movilización política de los pueblos afectados y de redes activas de apoyo, tanto nacionales como internacionales.

El acceso a los recursos y usos de la tierra debe estar a cargo igualmente de las empresas interesadas en desarrollar actividades en suelo colombiano. Es importante que sean estas mismas industrias quienes propugnen por un claro orden institucional sobre el que ellas, igual que el resto de interesados, puedan incursionar sin mayores problemas. El tema radica en cómo poder orientar a las empresas para que atiendan los parámetros institucionales, que desde varios puntos de vista tiene su esencia, en la capacidad de las autoridades nacionales para clarificar los mecanismos de acceso a la tierra.

Conclusiones

El acceso y derecho a la tierra ha confluído para que formen parte de los procesos judiciales tras los que debe responder el Estado, quién se cuenta como parte interesada. El desajuste en la materia ha provocado la aparición de querellas entre las propias autoridades estatales, las empresas y las organizaciones sociales. Por ende, el otorgamiento de derechos para la explotación, extracción de recursos e intervención del suelo, a la par con la ley de reforma agraria y restitución de tierras generan animadversión, que no logra depurarse con la ley, requiriendo un tratamiento más convencional.

Lo propio sucede con los campos referentes a la incursión de diferentes actores en la actividad rural del suelo o subsuelo. El Estado, más que abusar de una figura, debe provocar una revisión plena, de país, sobre la estructura que debe disponer o proponer, para que el acceso e incursión sobre la tierra sea un hecho natural al mismo, y no

el punto de partida para llegar a cualquier controversia jurídica. Mientras que el Estado no supere la denominación de derechos y se ubique en el extremo complementario de las obligaciones, lo tendrá a él, disputando igualmente derechos sobre un bien consagrado a ella.

Es el resultado económico, financiero o de impacto productivo el que trae, en consecuencia para las empresas, el internalizar los componentes y elementos sobre los cuales se pretende atender la problemática en cuestión a las que terminan sometidas ellas. De paso, dicha internalización se traduce en un poder de control que, a expensas de las circunstancias, asume la empresa y que le permite, además de negociar, sacar la máxima optimización y provecho de los mismos. Es de advertir que dicha circunstancia aparece en amparo de la misma de la ley, y en ningún caso pretende opacarla o cercenarla a su favor.

1 Este artículo es producto del proyecto de investigación: “Jueces de Tierra Frente a los Derechos Reales de Dominio, Explotación, Posesión, Propiedad y Tenencia. CÓDIGO: 7- 000032””, financiado por la Dirección de Investigaciones de la Universidad Autónoma Latinoamericana –UNAUULA- Medellín entre el 16 de julio de 2012 y el 15 de junio de 2013, ejecutado por el Grupo de investigación en Postgrados (GIP), registrado en Colciencias.

2 Economista de la Universidad de Medellín, Colombia, (PHD) en Administración Pública, Atlantic International University (AIU), Honolulu, USA, Magíster en Desarrollo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Estudios en Sistemas de Información Geográfica, Universidad San Buenaventura (USB), Medellín, Colombia. investigador del Grupo de Investigación en Postgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellin).

3 Centro de Investigación y Educación Popular.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, R. P. (2012). Mercado de tierras en Colombia: ¿Acaparamiento o soberanía alimentaria? Primera edición. Bogotá D.C.: Instituto Mayor Campesino –IMCA / DKA Austria.
- Anseeuw, W., Alden, W., Cotula, L. & Taylor, M. (2012.) Los derechos a la tierra y la fiebre por ella: hallazgos del Proyecto de Investigación Global Presiones Comerciales sobre la Tierra. Roma: Coalición Internacional para el Acceso a la Tierra (América latina).
- Cinelli, C. (2006). La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra: Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Derechos Humanos y Democracia. Cuadernos Electrónicos. 3 58-80. Recuperado de Federación Iberoamericana del Ombudsman: <http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO-3/Derecho%20a%20la%20Propiedad%20de%20la%20Tierra.pdf>
- CINEP. (2009). El Derecho a la Tierra y el territorio. Equipo de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales. Ediciones Ántropos Ltda. Bogotá.
- Duque, J. P. (2012). Territorios indígenas y Estado. A propósito de la Sierra Nevada de Santa Marta. 1ª Edición. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- El Colombiano (marzo 26 de 2013). Con reserva agraria, no política. recuperado en El Colombiano, Opinión: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/con_reserva_agraria_no_politica/con_reserva_agraria_no_politica.asp
- Fuentes, A. P. (2011). Serie marcos legales de acceso a la tierra. Estudio Colombia. Recuperado de International Land Coalition (América Latina): <http://americalatina.landcoalition.org/node/2399>
- González, P. C. (2011). Renta Minera, Petróleo y Comunidades. Bogotá: Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz –INDEPAZ.
- Hoyos, A. (2012). La interpretación constitucional: Valor de la Constitución, principios, propiedad privada, debido proceso. Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibáñez.
- Jiménez, I. D. P. (2011). Análisis de la reglamentación a la ley 1382 de 2010. Reforma al Código de Minas. Colección de regulación minera y energética. Departamento de Derecho Minero Energético. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed., 4. 13-39.
- Mancero, G. (2012). Adquisición de empresas en el sector minero y petrolero colombiano. Colección de estudios en derecho minero y energético. Departamento de Derecho Minero Energético. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed. 4.
- Márquez, C. P. (2008). Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración. Revista colombiana de derecho internacional. Pontificia Universidad Javeriana. 11. 13-68.
- Meinzen, R., Kameri, P. & Markelova, H. (2007). Property Rights for Poverty Reduction. En: 2020 Focus Briefs on the World's Poor and Hungry People. pp. 23-28. Washington D.C.: IFPRI.
- Méndez F. P. (2010). Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal. Ponencia presentada en el XVII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral –CINDER, Lima (Perú), 11-14 de octubre de 2010.
- OIT. (2007). Convenio no 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Recuperado en ILO (OIT): http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

Páez, R. A. (2010). Bosques nacionales: Soporte de diversidad biológica y cultural. Informe preventivo. Instituto de Estudios del Ministerio Público y Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios. Colección de asuntos ambientales. Procuraduría General de la República de Colombia. 9 95.

Revista Semana (Noviembre 19 de 2012). Fraude agrario histórico ¡Qué tierrero! Revista Semana. Informe especial. 68-74.

Rockefeller, S. C. (2010). Derechos y Responsabilidades Universales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos y La Carta de la Tierra. México, D.F.: Universidad de Guanajuato.

Rodríguez, G. Cr. (2012). Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados. 1a edición. Bogotá D.C. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia.

Suárez, S. (agosto de 2004). Derecho a la tierra y derechos humanos. *El Otro Derecho* (31-32): 41-57.

Tangarife, M. A. y Páez, A. M. (2005). Desarrollo Económico vs Madre Tierra: Conflicto latente ante la ambigüedad de conceptos que permitan la eficiencia del marco jurídico aplicada al tema de la consulta previa a los pueblos indígenas en la adjudicación de proyectos petroleros y a gran escala. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana.

Villegas del Castillo, C. (2004). Análisis del derecho de propiedad a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿hacia una redefinición del derecho de propiedad? Monografía de grado para optar al título de abogada. Facultad de Derecho Universidad de los Andes.

Wiener, E. (Coord.) (2011). La concentración de la propiedad de la tierra en América Latina: una aproximación a la problemática actual. Roma: International land coalition.

Williamson, C. y Kerekes, C. (2008). El (nulo) impacto de la titulación gubernamental de tierras: el caso peruano. *Sociedad de Economía y Derecho UPC. Revista de Economía y Derecho*. 5 (20): 107-119.

Zepeda, G. (1997). La disputa por la tierra: los tribunales agrarios en México: Estudios Agrarios. En: Transformación agraria: los derechos de propiedad en el campo mexicano bajo el nuevo marco institucional. México D.F.: Centro de Investigación para el Desarrollo –CIDAC.