

JULIANNA
MALERBA

DORA LUCY
ARIAS

MIRTHA
VÁSQUEZ



Extractivismo y la captura privada del interés público

DISPUTAS EN TORNO A LAS NOCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO Y UTILIDAD PÚBLICA
EN LOS TRIBUNALES SUDAMERICANOS

Grupo de Trabajo
sobre Utilidad Pública
en América Latina

Expediente

Extractivismo y la captura privada del interés público:
disputas en torno a las nociones de interés público
y utilidad pública en los tribunales sudamericanos

Traducción (Brasil)

Celina Lagrutta

Organización

Julianna Malerba

Dora Lucy Arias

Mirtha Vásquez

Revisión

Julianna Malerba

Diagramación y arte

Utópika Estúdio Criativo

Realización

FASE y Grupo de Trabajo Utilidad Pública en América Latina

Integran el GT Utilidad Pública en América Latina

Dora Lucy Arias, Mirtha Vásquez y Julianna Malerba (Coordinación)

Centro de Documentación e Información de Bolivia (CEDIB)

Federación de Órganos para la Asistencia Social y Educativa (FASE) – Brasil

Movimiento por la Soberanía Popular en la Minería – Brasil

Justiça nos Trilhos – Brasil

Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA) – Chile

Grupo Semillas – Colombia

Acción Ecológica – Ecuador

Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC) – Honduras

Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC) – México

Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible (GRUFIDES) – Perú

Red Muqui- Perú

Realización



OBSERVATORIO
LATINOAMERICANO DE
CONFLICTOS AMBIENTALES



Apoyo



Año

Febrero de 2026



Extractivismo y la captura privada del interés público

DISPUTAS EN TORNO A LAS NOCIONES
DE INTERÉS PÚBLICO Y UTILIDAD PÚBLICA
EN LOS TRIBUNALES SUDAMERICANOS

Presentación

Julianna Malerba, Dora Lucy Arias y Mirtha Vasquez¹

La indeterminación jurídica de conceptos como “utilidad pública”, “interés público”, “interés nacional” e “interés social” ha permitido que determinadas actividades económicas —especialmente aquellas que estructuran las economías extractivistas de la región, como la minería y el agronegocio— sean frecuentemente naturalizadas como expresiones del interés público y nacional.

La ausencia de criterios claros y de procedimientos democráticos para definir qué constituye el interés público ha permitido que estas figuras jurídicas sean utilizadas para promover y acelerar la implementación de megaproyectos extractivos, a pesar de las violaciones de derechos y de los daños que generan al medio ambiente, a la salud y a las economías locales. Esta presunción es movilizada por empresas y gobiernos en procesos de toma de decisiones o en conflictos ambientales judicializados para justificar la instalación de un emprendimiento y, de ese modo, obtener decisiones fundadas en la premisa no comprobada de que dichos proyectos atienden al interés público.

No por casualidad, las grandes empresas mineras se destacan como uno de los sectores económicos que más movilizan estas nociones a su favor. Las previsiones legales existentes en las leyes de distintos países de América Latina que reconocen el carácter estratégico de los bienes minerales —garantizando, por lo tanto, la propiedad pública de estos bienes y atribuyendo al Estado el poder de concesión— a menudo refuerzan la presunción de la primacía de la minería sobre otras acti-

vidades económicas (como, por ejemplo, la producción de alimentos) y sobre la protección de otros bienes igualmente estratégicos para el país, como las tierras destinadas a la reforma agraria. De hecho, el carácter estratégico de estos bienes, que incluso podría justificar la decisión de los Estados de imponer límites a la extracción minera con el fin de garantizar su acceso a las generaciones futuras, es frecuentemente utilizado por las corporaciones mineras para obtener el reconocimiento, ante instancias administrativas y judiciales, de que la minería, por sí misma y de manera apriorística, sea considerada una actividad de interés y utilidad pública.

Este libro, organizado por el Grupo de Trabajo sobre Utilidad Pública en América Latina, compuesto por organizaciones que actúan en Brasil, Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia, Chile, México y Honduras², y dirigido a investigadores, operadores jurídicos, movimientos y organizaciones sociales que actúan ante el sistema de justicia, analiza, a partir de estudios jurisprudenciales realizados en Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú y Brasil, el manejo discursivo y procedimental mediante el cual sectores económicos buscan obtener decisiones fundadas en la presunción de que sus actividades atienden al interés público.

Los estudios revelan un campo de disputa en el que los tribunales, aunque en ocasiones se orientan a la afirmación de derechos constitucionales, se muestran abiertos a la garantía de derechos territoriales e interesados en la defensa del patrimonio ambiental, recurren de forma sistemática a

1. Julianna Malerba es socióloga y asesora de FASE; Dora Lucy Arias es abogada defensora de derechos humanos y Mirtha Vasquez es abogada defensora de derechos humanos y presidió el Congreso de la República y el Consejo de Ministro en Perú. Actualmente coordinan el Grupo de Trabajo sobre utilidad pública en América Latina.

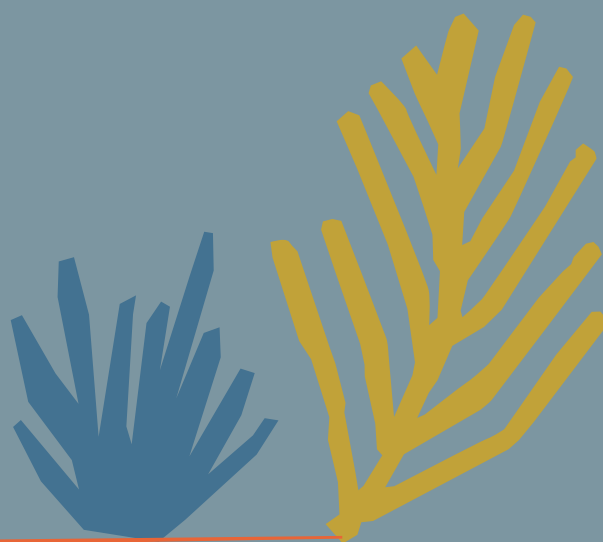
2. A El Grupo de Trabajo sobre Utilidad Pública en América Latina está compuesto por: Centro de Documentación e Información

concepciones de desarrollo y a beneficios económicos asociados a la actividad minera para flexibilizar normas legalmente establecidas y proponer medidas conciliatorias, de modo de acoger los intereses del sector.

El análisis indica que la ausencia de criterios bien definidos para la aplicación de los conceptos de interés público, utilidad pública e interés nacional abre espacio para que el argumento de la primacía del interés económico se imponga, de forma cada vez más naturalizada, posibilitando que los emprendimientos accedan de manera privilegiada a los recursos minerales, sin que siquiera sea necesario caracterizar la magnitud de sus supuestos beneficios en contraste con los impactos y riesgos que generan.

Una de las consecuencias políticas de este mecanismo narrativo, reiterado por los tribunales, es la deslegitimación de sujetos y proyectos que expresan algún grado de contestación a la narrativa del interés público minero. De ello deriva el borramiento de realidades socioculturales y económicas que, desde otras perspectivas, otorgan sentido a aquello que una parte significativa de la sociedad definiría como necesario para la promoción del bien común y que, sin embargo, vienen siendo recurrentemente amenazadas por la expansión minera, como es el caso de la producción de alimentos por parte de la agricultura familiar y campesina, la redistribución de tierras mediante políticas de reforma agraria y la protección de nacientes y bienes ambientales.

Por esta razón, esperamos que las reflexiones suscitadas por esta investigación contribuyan a promover cambios en los patrones decisorios de la jurisprudencia en estos países y en la propia región, que desnaturalicen el carácter presuntivo de la utilidad y del interés público de los megaemprendimientos extractivos y abran espacio para que emerjan otras referencias sobre lo que debe definirse como necesario y estratégico para la sociedad.



de Bolivia (CEDIB), de Bolivia; FASE, Movimento pela Soberania Popular na Mineração y Justiça nos Trilhos, de Brasil; Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), de Chile; Grupo Semillas, de Colombia; Acción Ecológica, de Ecuador; Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC), de Honduras; Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC), de México; Grupo de Formación e Intervención para el Desarrollo Sostenible (GRUFIDES) y la Red Muqui, de Perú.

Índice

Presentación _____ 4

Julianna Malerba, Dora Lucy Arias y Mirtha Vasquez

I. Colombia: análisis sobre el tratamiento jurisprudencial a la presunción de utilidad pública en materia minera _____ 8

Daniel Castaño y Dora Lucy Arias

II. Disputas de significado sobre los conceptos de interés nacional y utilidad pública de la minería en territorios en resistencia en Ecuador _____ 26

María Fernanda Álvarez, Agustín Grijalva, Adriana Rodríguez Caguana,

Ivonne Ramos y Adriana Rodríguez Caguana

III. Sistematización y análisis de jurisprudencia en Bolivia: disputas de significado sobre los conceptos de interés nacional y utilidad pública de la minería en territorios en resistencia en América Latina _____ 58

Franco Albarracin y Diego Gutierrez

IV. Aplicación de la “Utilidad Pública y/o conceptos análogos” para resolver casos sobre minería en la jurisprudencia peruana _____ 72

Mirtha Vásquez Chuquilín y Pablo Ricardo Abdo



V. Los conflictos de la minería y la disputa sobre las nociones de interés público, interés nacional y utilidad pública en los tribunales brasileños: un estudio jurisprudencial — 84

Giovanna Helena Vieira Ferreira, Juliana Neves Barros

y Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma



1 COLOMBIA

Análisis sobre el tratamiento jurisprudencial a la presunción de utilidad pública en materia minera

Daniel Castaño y Dora Lucy Arias³

3. Daniel Castaño y Dora Lucy Arias son abogados defensores de derechos humanos



1 *Introducción*

Premisa principal: La política neoliberal de dependencia de la “locomotora minero-energética” ha sido resistida en Colombia por cuenta de los movimientos sociales en defensa de los territorios durante la última década. La jurisprudencia ha cumplido un papel pendular y errático en este fenómeno, con decisiones de altas Cortes que cuestionan el modelo y al mismo tiempo sostienen sus principales postulados. Las propuestas de política de “transición energética justa” y las convulsiones geopolíticas actuales corren el riesgo de reciclar la presunción de utilidad pública de la minería en nombre de la re-industrialización y la lucha contra la crisis climática.

Metodología

Tomando como referente la primera parte del análisis relacionado con el uso de los conceptos de utilidad pública y análogos del Grupo UPyCA⁴, en América Latina, se examinará jurisprudencia colombiana que apoya la aplicación de marcos legales y actos normativos que, basados en la presunción de utilidad pública de la actividad minera, facilitan el desarrollo de megaproyectos extractivos sin garantías adecuadas de participación social y el debate público.

Así mismo, se reseñan aspectos que desde las comunidades se lograron posicionar en sentencias, que aunque no cuestionan directamente el modelo extractivista, contraponen elementos a la presunción de UPyCA.

Adicionalmente, se valoran algunos elementos recogidos sobre esta temática en el proyecto de reforma a la legislación minera en Colombia.⁵ e naturalizada do modelo minerário vigente no país.

2 *Breve reseña histórica del modelo minero-energético vigente en Colombia*

El Código de Minas de Colombia, contenido en la ley 685 de 2001, incorpora la presunción de la utilidad pública para todas las actividades mineras y en todas sus fases.

4. Ver en: Grupo Utilidad Pública en América Latina. Informe regional Utilidad Privada, Despojo Público. Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero-energéticas, hallable en: [https://www.biodiversidadla.org/Utilidad-privada-despojo-publico#:~:text=%E2%80%9CUtilidad%20Privada%2C%20Despojo%20P%C3%ABlico%E2%80%9D,casos%20emblem%C3%A1ticos%20en%20los%](https://www.biodiversidadla.org/Utilidad-privada-despojo-publico#:~:text=%E2%80%9CUtilidad%20Privada%2C%20Despojo%20P%C3%ABlico%E2%80%9D,casos%20emblem%C3%A1ticos%20en%20los%20)

5. Ley 685 de 2001. Artículo 13. Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declarase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrá decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo. La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres).

La utilidad pública, así como conceptos análogos a ella, tales como “interés nacional”, “interés estratégico” e “interés social”, entre otros, son en general figuras que suponen la conveniencia de determinadas actividades o decisiones en aras del beneficio de la sociedad, de la promoción del desarrollo, generación de empleo y la obtención de ingresos fiscales que pueden destinarse a mejorar las condiciones de vida de la población, en especial de los sectores más vulnerables. Su uso jurídico, originalmente dedicado a intervenir la propiedad particular para realizar obras públicas necesarias tales como la construcción de vías de comunicación, hospitales o instituciones educativas, ha devenido en un elemento fundamental para la ampliación y facilitación de la explotación de yacimientos minerales.

La utilidad pública, asimilada al concepto de “*bien común*” entra en la categoría de “*Conceptos Esencialmente Controvertidos*” o “*impugnados*” de cuya interpretación emerge una disputa por su contenido. En el informe citado en la nota de pie 1 se sostiene que: “*..las ideas sobre cómo se protege ese “bien común” o bienestar difieren mucho dependiendo de la perspectiva y del actor con facultad de interpretar el concepto. Mientras que los estados suponen que la implementación de megaproyectos extractivos es válida y oportuna para lograr ese bienestar, hay sectores importantes en la población que cuestionan tal vía por los fuertes impactos en los derechos humanos de las poblaciones afectadas y en la naturaleza que tienen los proyectos extractivos. Sin embargo, estos últimos terminan imponiéndose.*”

Para Colombia, la utilidad pública, además de enmarcarse en el contexto más amplio de los fines del Estado, tales como “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan ...*”, debe también considerar el propio carácter pluriétnico y multicultural de la nación, lo que implica el respeto a las comunidades y a los territorios en que ellas habitan, como elementos esenciales para su supervivencia.

No obstante, con una tradición jurídica muy arraigada, la normativa y la jurisprudencia colombianas a pesar de invocar principios generales de rango constitucional e internacional, han dejado viva la esencia de figuras y textos a nivel legal y reglamentario que mantienen la presunción de la utilidad pública de la minería, que facilitan la consolidación e implementación del modelo extractivista.

2.1 El régimen minero en el núcleo del modelo económico neoliberal

La Constitución Política de 1991 trajo, a la par de un catálogo de derechos y garantías consideradas vanguardistas para la época, la posibilidad de la “apertura económica”, dejándole al Congreso la regulación de los denominados “derechos prestacionales”, como la salud, la educación y el sistema pensional, sectores en los cuales existía una predominancia de la participación estatal. Por ello, en los años 90, el país vio una privatización paulatina y sostenida de los actores encargados de la garantía de los derechos sociales y la degradación del acceso para las poblaciones más marginalizadas del país.

Al consolidarse el control privado de los servicios públicos, restaba la profundización del modelo neoliberal en las actividades productivas e industriales con participación estatal. Tal fue el destino del sector minero-energético y, particularmente, de la actividad minera. Antes del 2001, la minería tuvo una participación pública significativa, en cabeza de empresas de capital estatal como Mineralco, EcoCarbón y, posteriormente Minercol, siendo estas las empresas que concentraban la

mayor parte de la titulación minera bajo figuras de asociatividad con las comunidades de pequeños y medianos mineros. Es decir, la actividad minera se encontraba apadrinada por estas empresas, quienes se encargaban de las labores de sostenimiento de la titulación, tecnificación, compraventa de los minerales y organización administrativa y financiera del sector.

Pero fue a partir del inicio del “boom de los commodities” que se empezaron a materializar las presiones de países como Canadá y Estados Unidos para que la actividad se abriera a la inversión extranjera. La degradación del régimen minero comenzó en 1996 y se ha probado la participación de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional, en la producción de lo que vendría a ser el Código de Minas y las principales regulaciones para el fomento de la minería⁶.

Lo que se planteó como “modernización de la minería” implicó un abandono del Estado a su rol como planificador y participante de la actividad, reduciéndose apenas a la fiscalización y fomento de la inversión extranjera-ambas, competencias contradictorias de la Agencia Nacional de Minería-; la homogenización de la contratación minera mediante la figura de la concesión-que estableció requisitos que solo estaban al alcance de empresas con un músculo financiero significativo-; la criminalización de las comunidades de mineros tradicionales y una explosión de solicitudes de titulación e incremento de la conflictividad socio ambiental⁷, sin distinción de las particularidades sociales, económicas, ecológicas y culturales de las zonas y regiones que, en adelante, serían los territorios de explotación de la “locomotora minero-energética”⁸.

Es en este contexto que se constituye, por destinación del Código Minas, la utilidad pública presuntiva de la minería, como una declaratoria legal que posibilita, además de los límites a la propiedad privada y la posibilidad de expropiar predios a favor del desarrollo efectivo de los proyectos mineros, una determinada orientación de planificación económica y territorial.

Aunque hay una deficiencia en el reconocimiento judicial del papel político y jurídico de la utilidad pública presuntiva de la minería, esta ha sido uno de los pilares políticos de la planificación económica de los gobiernos nacionales durante los 23 años de vigencia del actual régimen minero. Tanto el legislador, como el gobierno nacional con sus facultades reglamentarias, se han encargado de llenar de contenido esta figura, a través de un diseño institucional y normativo creado con la finalidad de facilitar y asegurar la implementación de los proyectos minero-energéticos.

6. Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá presentado por el Grupo de trabajo sobre minería y derechos humanos en América Latina en 2014. Pág. 59. Ver informe completo en https://dplf.org/wp-content/uploads/2024/09/informe_canada_completo.pdf y el resumen ejecutivo en: https://dplf.org/wp-content/uploads/2024/09/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf

7. Según el equipo de Movimientos Sociales del CINEP/PPP (2013) “A partir de 2006, creció, de manera sostenida, el número de protestas asociadas con minería, y, en 2013, se registró la mayor cantidad de ellas durante el periodo de observación. Este auge de las protestas relacionadas con la minería coincide con el mayor pico registrado en cuarenta años de observación del comportamiento de las luchas sociales en el país” (citado por Martha Cecilia García en “Protestas relacionadas con la minería en Colombia 2000 – 2015”. Se puede ver en https://www.land-conflicts.fu-berlin.de/_media_design/country-reports/country_report_WEB_27_09_2017.pdf

8. Plan Nacional de Desarrollo: Prosperidad para Todos 2010-2014 Gobierno de Juan Manuel Santos. Considerada la minería como uno de los “motores de crecimiento económico” del país fue incluida dentro de los sectores económicos allí denominados “las locomotoras de crecimiento” como “locomotora minero-energética”, que contempló producción, exportaciones, inversión extranjera directa (IED) y participación del PIB nacional. Ver en: <https://www.dnp.gov.co/plan-nacional-desarrollo/Paginas/prosperidad-para-todos-2010-2014-juan-manuel-santos.aspx>

3 Tensiones entre las fuentes de la legalidad y grietas del modelo

3.1 Las Altas Cortes frente al régimen minero

Colombia cuenta con un sistema jurídico complejo y contradictorio. La Constitución Política de 1991 declara una amplia gama de derechos a la vez que establece un modelo de libre mercado. Las ambigüedades contenidas en el texto constitucional han sido aprovechadas para usar las facultades legislativas en el sentido de construir y blindar el régimen minero neoliberal extractivista. Esto ha llevado a que la garantía y el acceso efectivo a derechos y a la justicia ambiental de las poblaciones afectadas por los proyectos minero-energéticos sean limitados muy severamente.

La presunción de la utilidad pública de la minería consagrada en el Código de Minas pasó a ser una fuente inagotable de conflictos socioambientales. Ante el bloqueo gubernamental y legislativo de las últimas décadas, los movimientos sociales han optado por ganar espacios por la vía judicial, mediante acciones de tutela y acciones populares, así como demandas a diversas normas por inconstitucionalidad, entre otros mecanismos.

En este contexto, las altas cortes -principalmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado- que han recogido un gran cúmulo de tales reclamos sociales, se han pronunciado reconociendo derechos y formulando algunas medidas dirigidas a su protección formal, v.gr el derecho a la consulta previa de comunidades étnicas que en un alto porcentaje llegan cuando las obras mineras ya se encuentran adelantadas.

La impugnación jurídica de tal modelo ha corrido por cuenta de los movimientos sociales y ambientalistas. Analizaremos enseguida algunas posturas de las altas cortes que, no obstante, el reconocimiento de vulneración de derechos de comunidades y otros grupos afectados por la minería, y la sugerencia de correcciones paliativas, terminan apuntalando la arquitectura institucional en la que se sustenta el carácter presuntivo de utilidad pública e interés social de la minería.

3.2 El sistema de regalías como ancla discursiva de la utilidad pública en Colombia

Además de la generación de empleos y divisas, el discurso oficial sobre los beneficios públicos de la minería se sustenta en el aporte de las corporaciones transnacionales a las finanzas públicas a través del pago de regalías, un aporte obligatorio, correspondiente a un porcentaje del valor comercial del mineral extraído (según el art. 16 de la ley 756 de 2002, entre 4% y 6% para minerales metálicos, entre 5% y 10% para el carbón, 1% para materiales de construcción y 12% para la sal, entre otros) que se reparte entre la Nación y los territorios de los que se extraen los minerales. Esto quiere decir que, en explotaciones posteriores a la ley 756 de 2002 y al Código de Minas, el Estado cede al concesionario entre el 90 y el 96% del valor de los minerales.

Las regalías son, en teoría, destinadas a proyectos de inversión social de impacto regional. Sin embargo, en su mayoría se han destinado a la construcción de grandes obras de infraestructura

vial en las zonas más interconectadas del país, lo que a su vez es promocionado como una ventaja competitiva para la atracción de proyectos mineros, agroindustriales y logísticos.

A menudo, estos recursos están en el centro de los escándalos de corrupción. A pesar de que la pobreza y las necesidades básicas insatisfechas hacen parte de la realidad cotidiana de los municipios mineros y petroleros, los recursos de inversión pública de libre destinación siguen siendo muy dependientes de las regalías, pues los presupuestos nacionales suelen privilegiar rubros como el servicio a la deuda y los gastos de funcionamiento, cubiertos por lo que se capta en materia de impuestos.

Pese a lo anterior, la sostenibilidad del sistema de regalías ha sido uno de los argumentos principales del gobierno y de entidades de control como la Procuraduría General de la Nación para mantener el modelo de presunción de utilidad pública de la minería en escenarios de disputa judicial y política.

No obstante, la sentencia C-489 de 2023 de la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo 1 del artículo 19 de la ley 2271 de 2022 conocida como “reforma tributaria”. Esa norma establecía la no deducibilidad de la regalía del impuesto sobre la renta y su no trato como costo ni gasto de la respectiva empresa, indistintamente de la denominación del pago y del tratamiento contable o financiero que el contribuyente realizase, e independientemente de la forma de pago de la misma, ya sea en dinero o en especie.

Esta decisión, objeto de un amplio debate jurídico y político, ha significado un recorte sustancial en el recaudo de impuestos y ha sido calificada como un gran regalo para la industria minera. Aunque hay discusiones sobre el monto de ingresos que el Estado dejará de percibir anualmente, hay consenso en que la cifra asciende a varios billones de pesos, que el experto en hacienda pública y presupuesto Henry Amorocho estima en 3.6⁹.

Así las cosas, la concepción de que una de las expresiones de la supuesta utilidad pública de la minería es su aporte en impuestos recibe un fuerte golpe de realidad.

3.3 La consulta previa, libre e informada y la autodeterminación de los pueblos étnicos

El Estado colombiano ratificó el convenio 169 de la OIT, que reconoce un catálogo de derechos a los pueblos indígenas, incluyendo la capacidad de gobernarse, tener sus propios sistemas de educación, salud y participar del desarrollo de las naciones. Uno de los desarrollos más significativos de este convenio es el derecho a ser consultados de manera previa y libre, cuando los Estados parte desarrollen o permitan el desarrollo de cualquier medida que pueda afectar a los pueblos indígenas. Con todo, los derechos expresados en la Constitución distan mucho de la realidad de las relaciones de poder entre el Estado y los pueblos étnicos.

Este es el derecho fundamental más litigado por los pueblos indígenas, lo que revela el alto grado de conflictividad¹⁰. Los números récord alcanzados por Colombia dan cuenta de una alta incidencia

9. <https://urosario.edu.co/periodico-nova-et-vetera/economia-impacto-fiscal-del-fallo-de-la-corte-constitucional-sobre-deducibilidad-de-regalias>

10. Desde 1992, Colombia ha realizado un total de 11.497 procesos de consulta previa, libre e informada con pueblos indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueros y ROM, de acuerdo con el portal de datos abiertos del Ministerio del Interior. Este es el mayor número de consultas realizadas en el mundo, seguido de Bolivia con 1.057 consultas y Perú con 108 consultas. De este total, se estima que 10,7%

de proyectos extractivistas y de infraestructura en los territorios de los pueblos étnicos y la judicialización de este derecho demuestra el interés tanto del estado como de actores empresariales en la ejecución de proyectos de gran envergadura sin la salvaguarda de los derechos de las poblaciones afectadas con tales emprendimientos considerados a priori, de interés nacional. La histórica lucha de estos pueblos ha conseguido abrir grietas significativas en la estructura jurídica minero-energética, dando paso a decisiones – aún coyunturales y tímidas – de las altas Cortes, que reconocen estándares para aplicar la objeción vinculante de las comunidades étnicas frente a proyectos con afectaciones intensas e irreversibles.

El pueblo U'wa, en su lucha contra la exploración y explotación petrolera de su territorio, abrió la primera puerta para que la Corte Constitucional reconociera, en la sentencia T-298 de 2017, el consentimiento por la vía del análisis de proporcionalidad:

*“Cuando el nivel de afectación es intenso el deber de participación no se agota en la consulta. Al tratarse de cambios sociales y económicos muy profundos que configuren un nivel de afectación grave, la decisión de las comunidades debe ser vinculante y en este sentido, la simple consulta no es suficiente, sino que se requiere el consentimiento expreso, libre e informado. Por otra parte, cuando el grado de afectación es menor, o cuando la actividad a realizar redunde en beneficio de la comunidad, y además se encuentran razones constitucionalmente relevantes para limitar el derecho a la consulta previa, es posible que los deberes a cargo del Estado sean de menor intensidad. Por esta razón, la Corte Constitucional ha enmarcado este debate dentro del marco los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto en la sentencia SU-383 de 2003 se explicó que **para comprender el alcance del derecho a la consulta previa, este debía entenderse como un equilibrio entre los principios entre el interés general y el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas**”.*

Es de resaltar que el “interés general” como concepto análogo a la utilidad pública¹¹ se establece como contrapeso del ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Es decir, el reconocimiento de que hay un rango aceptable de violación de los derechos fundamentales de las poblaciones racializadas, en tanto se trata de las prioridades de inversión pública definidas por los actores estatales. Esta interpretación resalta los vicios de la doctrina jurídica colonialista que, pretendiéndose garantista, perpetúa las violencias estructurales que se originan en el racismo y sus sistemas históricos de opresión.

Aunque el precedente de esta sentencia aún no ha sido aplicado a otros casos similares, su existencia ha desencadenado un debate creciente entre las organizaciones étnicas respecto a las garantías generales de la consulta previa, libre e informada, y en particular, la posibilidad del estándar de consentimiento previo, libre e informado, lo que ha llevado a otras importantes decisiones en tribunales nacionales¹² e internacionales¹³. Actualmente este debate jurídico está próximo a definirse en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

fueron iniciados por una condena judicial derivada de acciones de tutela iniciadas por comunidades no consultadas. Un alto porcentaje de estas acciones de amparo tutela por violación de derechos fundamentales, interpuestas por autoridades y comunidades indígenas, se refieren a la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada.

11. Informe “Utilidad privada, pobreza pública”. Utilidad Pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero-energéticas. Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México y Perú.

12. Como la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2023 que declara la nulidad de numerosas competencias de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa.

13. Como el proceso que actualmente cursa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al caso del pueblo Uwa y que podría obligar al Estado colombiano a ampliar su estándar de reconocimiento del consentimiento.

3.4 La sentencia C-619 de 2015: Una oportunidad perdida

La Corte Constitucional en la sentencia C-619 de 2015, al estudiar una demanda de constitucionalidad contra la declaratoria de utilidad pública minera, planteó que

“(...) los términos “utilidad pública e interés social” corresponden a conceptos jurídicos indeterminados. Por lo tanto, corresponde al legislador llenarlos de contenido en ejercicio de su potestad de configuración legislativa. En esa medida, hace parte de dicha potestad decidir en qué casos los motivos de utilidad pública e interés social justifican el otorgamiento de facultades a la administración para que adelante procesos de expropiación, y en qué otros casos los motivos de utilidad pública e interés social no son suficientes para justificar el otorgamiento de dicha facultad. Es perfectamente posible que el Congreso clasifique una cierta actividad o servicio público como de utilidad social e interés público, pero decida no otorgarle facultades al gobierno para adelantar expropiaciones, o que decida hacerlo sólo bajo ciertas condiciones o en determinados casos”.

Aunque era la oportunidad para decidir de fondo la constitucionalidad del carácter presuntivo de utilidad pública de la minería, la Corte Constitucional se inhibió de pronunciarse argumentando que la demanda había sido formulada de manera inadecuada. Con ello, se apartó claramente de su obligación de pronunciarse sobre un aspecto fundamental de vulneración de derechos a la vez que desconoció el mandato constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal¹⁴.

Después de esta demanda ese alto tribunal sólo se ha pronunciado de manera marginal sobre la interacción de la utilidad pública minera con respecto a la limitación de derechos y bienes jurídicos de mayor jerarquía.

3.5 Consultas populares, participación ciudadana, descentralización y autonomía territorial

La Corte Constitucional expidió la sentencia T-445 de 2016, una de las decisiones judiciales que más se ha acercado a echar por tierra la concepción hegemónica de la utilidad pública de la minería. Al estudiar una acción de amparo, la Corte hace un compilado de sus anteriores decisiones para advertir que la propiedad estatal del subsuelo y sus recursos no debe eliminar a los municipios como parte de la estructura estatal y que las consultas populares son un mecanismo de participación diseñado para hacer explícita la visión de la ciudadanía sobre su territorio. Asimismo, desmiente el consenso que hasta ese momento aceptaba que la minería puede coexistir con ecosistemas frágiles y con otras actividades económicas y culturales, ordenando al gobierno la realización de un estudio nacional que permita crear una línea base para la valoración de las actividades mineras.

El principal resultado de esta providencia fue la propagación, durante todo el año 2017, de iniciativas municipales de consultas populares como mecanismo de bloqueo de la planificación de proyectos minero-energéticos de gran calibre, considerados de “interés nacional”. A pesar de que

¹⁴. Artículo 228 de la Constitución Política que dice “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”

más de 50 municipios realizaron los trámites previstos en la ley 1557 de 2015 para llevar a cabo dichas consultas, solo 9 pudieron hacerlas efectivas. Entre estos los municipios de Cajamarca y Pijao, lograron cuestionar la legitimidad del proyecto aurífero la Colosa, proyectado como la mina de oro a cielo abierto más grande del mundo.

Un cambio en la composición de la Corte Constitucional fue el detonante para que ese organismo judicial diera marcha atrás a todo su precedente bloqueando las iniciativas de consulta popular, mediante la sentencia SU-095 de 2018. Este fallo se caracteriza por una multiplicidad de factores que la hacen contradictoria y profundamente regresiva desde el punto de vista de la doctrina constitucional colombiana: reconoce una supuesta violación de derechos fundamentales a la empresa Mansarovar Energy Colombia por la aprobación de una consulta popular en Cumaral, Meta; se pronuncia sobre aspectos de la normatividad que no están contenidos en las pretensiones y desbordan el alcance de una acción de tutela. Finalmente, hace uso de la figura de sentencia de unificación para contradecir el precedente jurisprudencial anterior, en lugar de ratificarlo.

Adicionalmente, la parte resolutoria reconoce que al eliminarse la posibilidad de las consultas populares, se crea un déficit de participación en las decisiones concernientes a los proyectos mineros, por lo que insta al Congreso a crear otro mecanismo deliberatorio que, en la práctica, no afecte la facultad del gobierno nacional de tomar la decisión final sobre la implementación de un proyecto minero. De esta manera, la Corte Constitucional estuvo a punto de quitar la presunción de que la minería es una actividad de utilidad pública per se. No obstante, acabó reforzando tal carácter limitando la participación social que se había logrado en la toma de decisiones sobre la implementación de este tipo de proyectos al mantener la decisión en los gobiernos de turno fuertemente influidos por intereses corporativos.

Tan fuerte fue la presión de los sectores mineros y sus gremios contra las consultas populares municipales, que hasta el Ministerio Público de ese momento inició investigaciones disciplinarias contra los alcaldes y concejales que facilitaron tales ejercicios de participación¹⁵.

3.6 Sentencia del Consejo de Estado en agosto de 2022 sobre la ventanilla minera

Esta sentencia es conocida como *“de la ventanilla minera”*. Ordenó la protección a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, a la conservación de las especies animales y vegetales, a la protección de áreas de especial importancia ecológica, y a la defensa del patrimonio.

Fue promovida por varias organizaciones ambientalistas y reconocidos defensores de derechos humanos, así como por el resultado producido, a pesar de implicar en sí una decisión que pone en evidencia problemas que están a la base de este tipo de explotación, no cuestiona la presunción de utilidad pública de la minería.

Los actores demandaron al Ministerio de Minas y Energía y a la Agencia Nacional de Minería, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la moralidad

15. Noticias Uno Colombia. Procuraduría investiga a alcalde de Piedras por supuesto apoyo en consulta popular. <https://www.youtube.com/watch?v=MQLOwbtrPHQ>

administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad y salubridad públicas. Manifestaron que la vulneración provenía de: (i) los problemas de desarticulación institucional de los sectores minero y ambiental; (ii) al déficit de información y de ordenamiento minero-ambiental del territorio colombiano; (iii) a las debilidades del modelo de control y fiscalización de los títulos, y (iv) al desconocimiento del derecho a la consulta previa.

Por ello cuestionaban la recepción y evaluación electrónica de solicitudes de titulación mineras a través del Catastro Minero efectuadas a partir del 2 de julio de 2013 ya que podrían afectar el medio ambiente de forma irreversible, debido a las fragilidades que caracterizan al procedimiento de evaluación de propuestas y al modelo de fiscalización de los títulos. En virtud de lo anterior solicitaron

“1. Que se ordene al Ministerio de Minas y a la Agencia Nacional de Minería prorrogar indefinidamente la suspensión del inicio de la radicación de las solicitudes de concesión minera, salvo en el caso de legalización de la minería tradicional y de las que se concedan en ejercicio del derecho de prelación de las comunidades étnicas, hasta tanto:
i) exista la certeza en la delimitación de las áreas disponibles para el otorgamiento de títulos mineros: polígonos de coberturas de las áreas excluidas, restringidas, zonas mineras especiales, áreas en donde las comunidades rurales excluyan de sus planes de vida la actividad minera y certeza sobre el ordenamiento ambiental colombiano;
ii) hasta que se disponga de información suficiente sobre los impactos ambientales acumulados de los distintos proyectos minero energéticos en el país,
iii) hasta que se cuente con la capacidad institucional adecuada para evaluar la información imparcial el cumplimiento de las obligaciones fiscales y ambientales de los títulos mineros en el país y iv) hasta que se realicen los procesos de consulta previa, conforme a lo establecido en el Convenio No. 169 de la OIT, para delimitar las áreas en las que puede concederse títulos mineros.

2. Que se ordene a las entidades aribamencionadas suspender indefinidamente el otorgamiento de títulos mineros, salvo en el caso de las solicitudes de legalización de minería tradicional y de los que se concedan en ejercicio del derecho de prelación de comunidades étnicas, hasta tanto no se cumplan las mismas condiciones señaladas en la pretensión anterior.

3. Que se tengan por no presentadas las solicitudes de concesiones mineras, salvo en los casos de legalización de minería tradicional y aquellas que se realicen en ejercicio del derecho de prelación de comunidades étnicas, presentadas a partir del 2 de julio de 2013 en adelante.”

En líneas generales el fallo accede a las pretensiones de la demanda y declara que los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, a la conservación de las especies animales y vegetales, a la protección de áreas de especial importancia ecológica, y a la defensa del patrimonio público, estaban siendo vulnerados por las entidades demandadas.



En consecuencia, dio a los entes públicos involucrados en la problemática una serie de órdenes dirigidas a la superación de la afectación a tales derechos, a la vez que exhortó a los Ministerios de Minas y Energía y de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que preparen, revisen y formulen los proyectos de ley, así como los proyectos de reglamento relacionados con:

*“(i) el procedimiento de evaluación de los títulos mineros;
(ii) las figuras jurídicas de conservación de la biodiversidad;
(iii) el trámite de sustracción de los ecosistemas protegidos;
(iv) la regulación de los pasivos ambientales, y
(v) la exigibilidad del licenciamiento ambiental desde la fase de exploración. La Política Minera Nacional consultará las recomendaciones efectuadas por la Contraloría General de la República así como los apartes de “la investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales, en los ecosistemas del territorio colombiano.”*

No obstante lo anterior, como ya se dijo, la sentencia, aunque pretende mostrar aparentes avances en la interpretación de las normas y en su aplicación concreta, en realidad ancla el postulado central que podríamos catalogar de pecado original, en el sentido de asumir que la actividad minera es de suyo de utilidad pública. Es así como si bien se pretende armonizarla con el ambiente dándole a este también esa condición, en la parte considerativa, página 363 se declara:

*“Además, la Sala reconoce que los costos económicos y ecosistémicos son tan altos que la normatividad actual y la capacidad administrativa -técnica y económica- resulta exigua para cumplir con los fines del Estado. Sin lugar a duda, muchos daños ambientales ya son irreversibles en términos ecosistémicos para los territorios más frágiles. Y, además, en materia económica, el crecimiento de la problemática podría llegar a desbordar la capacidad presupuestal de la Nación. Ante esta realidad, es necesario proteger los derechos colectivos objeto de amparo a través de mecanismos que reconozcan que **tanto la minería como el ambiente son asuntos de utilidad pública**” (subrayas propias).*

El llamamiento a tener en cuenta dichas recomendaciones del ente de control y los aportes de la investigación científica no pasa de ser un deseo porque la exhortación al cambio de la política minera no cuestiona la ya comentada presunción como utilidad pública ni las bases del modelo que siguen teniendo la actividad extractiva como fundamental en la economía y priorizada frente a otros rubros, con el agravante de darse vía libre a la delimitación de zonas originalmente excluidas de la minería, sustrayendo de ella amplias extensiones que quedarían por fuera de dicha prohibición. De hecho, se legitima el paradigma imperante en el sentido de que en general el territorio nacional sería apto para la minería y que la excepción son las áreas en que ella es excluida.

La situación de deterioro del medio ambiente y la afectación a los derechos de los territorios y de las comunidades asentadas en ellos, así como los postulados del bien común, la necesidad de hacer real la participación de la sociedad en la formulación e implementación de la política minera han mostrado la importancia de tener como base el paradigma contrario, esto es, que la prohibición sea la norma general y la permisón de la minería en muy limitados territorios, sea la excepción.



3.7 La sentencia de tutela SU-698 de 2017 de la Corte Constitucional sobre la explotación del cauce del Arroyo Bruno en el departamento de La Guajira

Esta sentencia reconoce la vulneración, y por ende ordena la protección, de derechos al agua, la salud y la seguridad alimentaria de comunidades integrantes del pueblo indígena wayuu que habitan la Guajira colombiana frente a la expansión minera del cerrejón que pretende explotar el cauce del arroyo Bruno. De este cuerpo hídrico dependen más de 30 comunidades wayuu para su suministro de agua potable. Adicionalmente, dentro del fallo se constata que los municipios de Albania y Mai-cao también se abastecen de este importante cauce. Tal explotación afectaría de manera directa a una población superior a las 200 mil personas.

En este departamento, tras 40 años de la mayor explotación minera de carbón a tajo abierto en América Latina, se presentan los más altos índices de desnutrición, mortalidad infantil y necesidades básicas insatisfechas, al grado que la propia Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en la Sentencia T-302 de 2017.

Aunque el desvío para explotación del cauce del Arroyo Bruno ya se había iniciado con el taponamiento hidráulico del afluente y la construcción de un cauce artificial de 3.7 kilómetros, la Corte Constitucional dictaminó que existen diez graves incertidumbres sobre los verdaderos impactos del proyecto, ya que los estudios de las autoridades ambientales que licenciaron la expansión, optaron por un análisis limitado de los mismos, ciñéndose únicamente a una evaluación del área del proyecto. Éstas omitieron evaluar los efectos que el desvío y explotación del cauce pueden tener en el arroyo aguas arriba, en la desembocadura con el Río Ranchería, los efectos de talar una extensión tan grande como 150 mil hectáreas de bosque seco tropical, el impacto en los acuíferos y las aguas subterráneas por la remoción del subsuelo, los impactos sobre los usos y costumbres de las comunidades wayuu que dependen de los servicios ecosistémicos de este vital ecosistema, y finalmente, los impactos del desvío en el cambio climático y las afectaciones de esta región tan impactada por el estrés hídrico. La Corte además, hace un llamado a revisar e investigar las decenas de intervenciones en arroyos y cuerpos hídricos que ya ha realizado la empresa.

La cuenca hidrográfica del Arroyo Bruno está amparada como área de protección especial por tres instrumentos jurídicos distintos donde se prohíbe expresamente la minería y se reconoce que el Bruno es el corredor natural entre la Sierra Nevada de Santa Marta y la Serranía del Perijá. La expansión de la minería en el cauce del Bruno representa mayores riesgos en la salud y en la contaminación del agua que los que ya está afrontando la Guajira, donde se ha declarado el Estado de Cosas Inconstitucional que ha cobrado la vida de más de 5 mil niños, y más de 40 mil en estado avanzado de desnutrición por la falta de agua y comida.

La Corte conoció que el Cerrejón pretende desviar varios ríos más de gran importancia (Arroyo Tabaco, Río Palomino, entre otros) y resultaba trascendente hacer frente a este debate que definirá si el Arroyo Bruno se explota o no.

Para ello, el alto tribunal determinó que deberían superarse las siguientes diez incertidumbres que encontró, antes de permitir la actividad minera sobre el cauce del arroyo:

“En este escenario, la Corte considera que existen las siguientes incertidumbres ambientales: (i) las consecuencias de intervenir un bosque seco tropical, y en especial,

en un zonobioma subxerofítico tropical; (ii) el estado del ecosistema de bosque seco tropical en el país; (iii) los efectos del cambio climático y del calentamiento global en el departamento de la Guajira, así como las consecuencias de intervenir un escenario vulnerable a estos fenómenos; (iv) el tipo y magnitud de las intervenciones que se han efectuado en el departamento de la Guajira con ocasión de las actividades extractivas que ahora dan lugar a la desviación del arroyo Bruno, y los efectos de las mismas en los ecosistemas; (v) las intervenciones que históricamente Cerrejón ha efectuado sobre los cuerpos de agua del departamento de la Guajira, así como las que tiene proyectadas actualmente, y sus efectos; (vi) la garantía de las funciones culturales, de abastecimiento, regulación y mantenimiento que cumple el arroyo Bruno, y el impacto que la desviación podría tener en cada una de estas; (vii) el impacto aguas arriba que podría tener la desviación del arroyo Bruno; (viii) el impacto en la oferta hídrica que generaría la remoción de los acuíferos en los que reposa y la realineación de las aguas superficiales en otro canal de condiciones geomorfológicas distintas, y que carece actualmente de un bosque de galería; (ix) las proyecciones de Cerrejón para intervenir en el futuro otros tramos del arroyo Bruno y los efectos acumulativos de estas intervenciones progresivas en el mismo arroyo, y finalmente, (x) el valor biológico de la cuenca del arroyo Bruno en el contexto del Plan de Ordenación y Manejo de Cuenca Hidrográfica del Río Ranchería, así como del Esquema de Ordenamiento Territorial del municipio de Albania.”¹⁶

Claramente, estas incertidumbres condensan cuestiones relacionadas con la toma de decisiones que en el ámbito minero suelen quedar externalizadas, es decir, no incluidas en los inputs (variables) de análisis sobre los costos y beneficios que puede reportar la implementación y/o ampliación de un megaproyecto minero de la envergadura del Cerrejón.

Estas incertidumbres a su vez evidencian la manera en que la presunción de utilidad pública allana el desarrollo casi automático de proyectos, que si bien reportan grandes impactos, además acumulativos, en el ambiente y la sociedad, no suelen someterse al debate público, y por el contrario, como se ha visto, se caracterizan por el recorte a la participación socio ambiental.

Surgen entonces varias preguntas en torno a estas constataciones: ¿el razonamiento de la Corte en el hallazgo de estas profundas incertidumbres en el proyecto minero de carbón más grande de América Latina, debió llevarla a un cuestionamiento más claro a la presunción de utilidad de esta actividad extractiva? ¿son los tribunales quienes han de dirimir esa cuestión en el caso a caso?

Nótese que solamente en la Guajira se han producido alrededor de una veintena de fallos del organismo de cierre constitucional colombiano a través de los cuales ha contado con una privilegiada lupa para observar la realidad de los impactos y las consecuencias de la actividad minera en la vida de las personas que allí habitan y en ese territorio. No obstante, las ordenes están lejos de abarcar la fuente principal de la problemática que es la existencia misma de una explotación minera amparada en la presunción ya mencionada.

16. Sentencia SU 698 Corte Constitucional de Colombia. Acápite 5.1.3 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su698-17.htm>

4 ¿Superar o reciclar la presunción de utilidad pública de la minería?

El gobierno instalado a partir de agosto de 2022 no prioriza la minería ni la tiene como “locomotora” del desarrollo. Con base en su compromiso hacia la transición energética que elimine la dependencia de los combustibles fósiles, y en su promoción de una economía dirigida a contribuir a la superación de los efectos del cambio climático promueve un proyecto de nueva codificación minera. No obstante su cercanía y simpatía con los movimientos sociales, el gobierno de Gustavo Petro tiene serias dificultades para construir una propuesta de modelo minero-energético que des-escale la dependencia de la inversión transnacional y priorice otros aspectos de la economía, pues los poderes corporativos del país tienen raíces profundas en la institucionalidad del Estado y el gobierno debe elegir algunas de las muchas iniciativas de reforma propuestas en su proyecto político, por lo que una reforma estructural al régimen minero podría quedar aplazada a un próximo mandato y sufrir la incertidumbre de cuál será el signo político que gobierne el país entre 2026 y 2030.

Actualmente el gobierno está consultando con los pueblos étnicos la propuesta de un nuevo proyecto de ley que reforma-y deroga, en aspectos significativos- el actual régimen minero. En esta propuesta se plantea recuperar la participación del Estado en el ejercicio de la actividad minera, hacer más estrictos y selectivos los trámites de contratación minera, establecer parámetros para la participación de la minería en la economía de los territorios y regular aspectos hasta ahora descuidados, como la fase de cierre minero y los mecanismos de fiscalización y control.

Asimismo, incorpora avances importantes hacia la superación del paradigma extractivista. Por nuestra parte resaltamos los principios que orientarán la nueva ley minera, entre ellos el de prevalencia del agua (Art 7.2), el de solidaridad intergeneracional (7.4), el de prevención (7.5), progresividad y no regresividad (7.8) que ordena que las entidades estatales con competencia en asuntos mineros no podrán disminuir los niveles de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y propenderán por mejorar las condiciones de goce y ejercicio de ellos en relación con la actividad minera, el principio de debida diligencia (7.16), el de igualdad de género (7.18), entre otros¹⁷. Este proyecto, si bien trae elementos que abordan la utilidad pública condicionada de la minería, no cambian el carácter impositivo de la actividad extractiva.

4.1 ¿Se sigue considerando la minería de utilidad pública?

El proyecto en cuestión reduce la condición de utilidad pública a los *proyectos o contratos* mineros, a diferencia de la ley actual que considera la actividad per se útil en todas sus ramas y faces. Además, establece que ésta se dará por medio de acto administrativo luego del llenado de algunos

¹⁷. Artículo 17 del borrador de articulado del proyecto de ley XXX por medio del cual se expide la “Ley Minera para la Transición Energética Justa, la Reindustrialización Nacional y la Minería para la Vida” y se dictan otras disposiciones, publicado por el Ministerio de Mina y Energía, la Agencia Nacional Minera, la Unidad de Planeación Minero Energética y el Servicio Geológico Colombiano para dar inicio a la consulta previa y someter a comentarios de la ciudadanía.

requisitos que no involucran la plena participación ciudadana ni condicionan tal declaratoria a la verificación del cumplimiento de los fines que la soportan. Esto tiene medular importancia por cuanto, la condición de utilidad de un proyecto en concreto no se agota con el cumplimiento de requisitos formales a modo de check list, tampoco que se espere que la destinación de los minerales contribuirían al fortalecimiento de otro sector de la economía que se considere más adecuado, sino que está sujeto al fuego de la realidad, y con ello, a la verificación concreta de que el proyecto o contrato está cumpliendo el costoso cometido social, económico y ambiental que permitiría mantener la consideración de que está siendo útil a lo público¹⁸.

Se incluye la definición de *la utilidad pública en materia minera como “la condición atribuible a un proyecto minero que faculta al Estado para expropiar y/o a disponer de aquellos bienes que sean necesarios para el logro de los fines establecidos en la ley minera”*¹⁹, y se dispone que *“Los conflictos que pudieran generarse con ocasión de la declaratoria de utilidad pública de un proyecto minero serán atendidos en debida forma por las autoridades del orden nacional y local competentes, con el fin de convocar a todos los actores concernidos y mediar las diferencias a través el empleo de los mecanismos de resolución de controversias”*²⁰... *“Para la declaratoria de utilidad pública deberá solicitarse concepto de la autoridad local en virtud de los principios de coordinación y concurrencia, así como de la autoridad étnica, en caso de existir en la zona de interés, en virtud del derecho fundamental a la consulta previa”*²¹.

Como puede notarse, con el cambio sugerido si bien, como se dijo, se incorporan importantes elementos que podrían contribuir al cambio del paradigma extractivista que se ha basado en el carácter presuntivo de utilidad pública de la minería, éste se diluye al correr sólo unos pasos la figura expropiatoria de su centro de gravedad presuntivo actual hacia una fase en la que previamente se ha ordenado unilateralmente el territorio para la minería.

Se contempla, además de la figura de utilidad pública, la de interés social y la de especial interés de la nación sobre proyectos y contratos mineros. La utilidad pública continúa siendo la puerta de entrada a las expropiaciones y servidumbres que requieren los proyectos mineros para su funcionamiento, previamente viabilizados a través del ordenamiento territorial minero que **será determinado por la autoridad minera en cualquier tiempo (Art 24)** sin participación de la ciudadanía afectada.

Aunque se indica que la determinación de que una zona es apta para la minería, debe tener en cuenta *“componentes sociales, ambientales geográficos, económicos y culturales del territorio”*,

18. El artículo 69 del borrador de codificación propone que “la autoridad minera nacional podrá declarar de utilidad pública e interés social los proyectos o contratos mineros de especial interés de la nación, celebrados en alguna de las áreas de planificación previamente delimitadas y declaradas, por medio de la expedición de acto administrativo debidamente motivado. Los proyectos o contratos mineros podrán ser declarados de utilidad pública cuando se constate el cumplimiento de la totalidad de los siguientes requisitos: 1. Que los minerales que serán extraídos sean destinados para la reindustrialización del país, la transición energética justa, el desarrollo agrícola y/o para la infraestructura pública. 2. Que la actividad minera contribuya al mejoramiento de la calidad de vida del entorno, verificable con indicadores objetivos, para lo cual deberá contar con un plan monitoreable de la mejora de esas condiciones. 3. Que el proyecto minero impulse el desarrollo de cadenas productivas locales, diversificación económica local, e impulse la asociatividad mediante alianzas público-privadas y/o populares. 4. Que el proyecto minero genere empleos directos calificados y no calificados en condiciones dignas, respetando los estándares constitucionales y convencionales en la materia, para los habitantes de la región donde se realizará la actividad”.

19. Parágrafo 1, artículo 69 del proyecto de ley

20. Parágrafo 2, artículo 69 del proyecto de ley

21. Parágrafo 5 del borrador de proyecto de ley XXX por medio del cual se expide la “Ley Minera para la Transición Energética Justa, la Reindustrialización Nacional y la Minería para la Vida” y se dictan otras disposiciones, documento borrador publicado por el Ministerio de Mina y Energía, la Agencia Nacional Minera, la Unidad de Planeación Minero Energética y el Servicio Geológico Colombiano para dar inicio a la consulta previa y someter a comentarios de la ciudadanía).

y remite a 21 determinantes socio ambientales y el análisis de la relación entre la vocación minera del lugar y su relación con otras actividades productivas y socialmente relevantes, la autoridad minera que toma la decisión sólo requiere consultar y analizar *“la información disponible”* (Art 25).

Si bien el listado de criterios para la determinación de la aptitud minera de un lugar contempla una amplia gama de importantes aspectos enumerados en 22 ítems de información, no aparece la participación como uno de tales elementos para tal toma de decisiones.

De allí que la actual presunción de utilidad pública torna su carácter presuntivo hacia la discrecionalidad de la autoridad estatal para determinar la aptitud minera de los territorios (Zonas Aptas para la Minería ZAM Art 24) y dentro de estos declarar y delimitar Áreas de Minerales Estratégicos (AME), Áreas para el Desarrollo Minero (ADM), Áreas para la Formalización Minera (AFM), y Zonas mineras de Comunidades Étnicas (ZMCE), sin tener en cuenta la participación social que se reduce al concepto de la autoridad étnica en caso de existir en la zona de interés “en virtud del derecho fundamental a la consulta previa”. En relación a los principios de coordinación y concurrencia, igualmente se exige tener el concepto de la autoridad local.

A su vez, la facultad de la autoridad minera de declarar una zona de utilidad pública e interés social de proyectos y contratos mineros de especial interés, contenida en el artículo 69 del mismo articulado propuesto, llega luego de que se han celebrado tales contratos en alguna de las mencionadas áreas de planificación previamente delimitadas y declaradas como tales. De esta manera desaparece la temprana participación social para la toma de decisiones sobre el desarrollo de actividades mineras que afectan de forma tan drástica la vida de las personas, sus organizaciones y de los territorios que éstas habitan, y que como derecho constituye el núcleo de las exigencias de los movimientos sociales en los conflictos socio ambientales que por falta de ella se incrementan en la región.

Así, se advierte que el principal propósito de la propuesta de reforma normativa es facilitar la consecución de proyectos que se consideren estratégicos para encaminar la economía hacia los objetivos políticos del actual gobierno: la re-industrialización, la transición energética y la diversificación productiva.

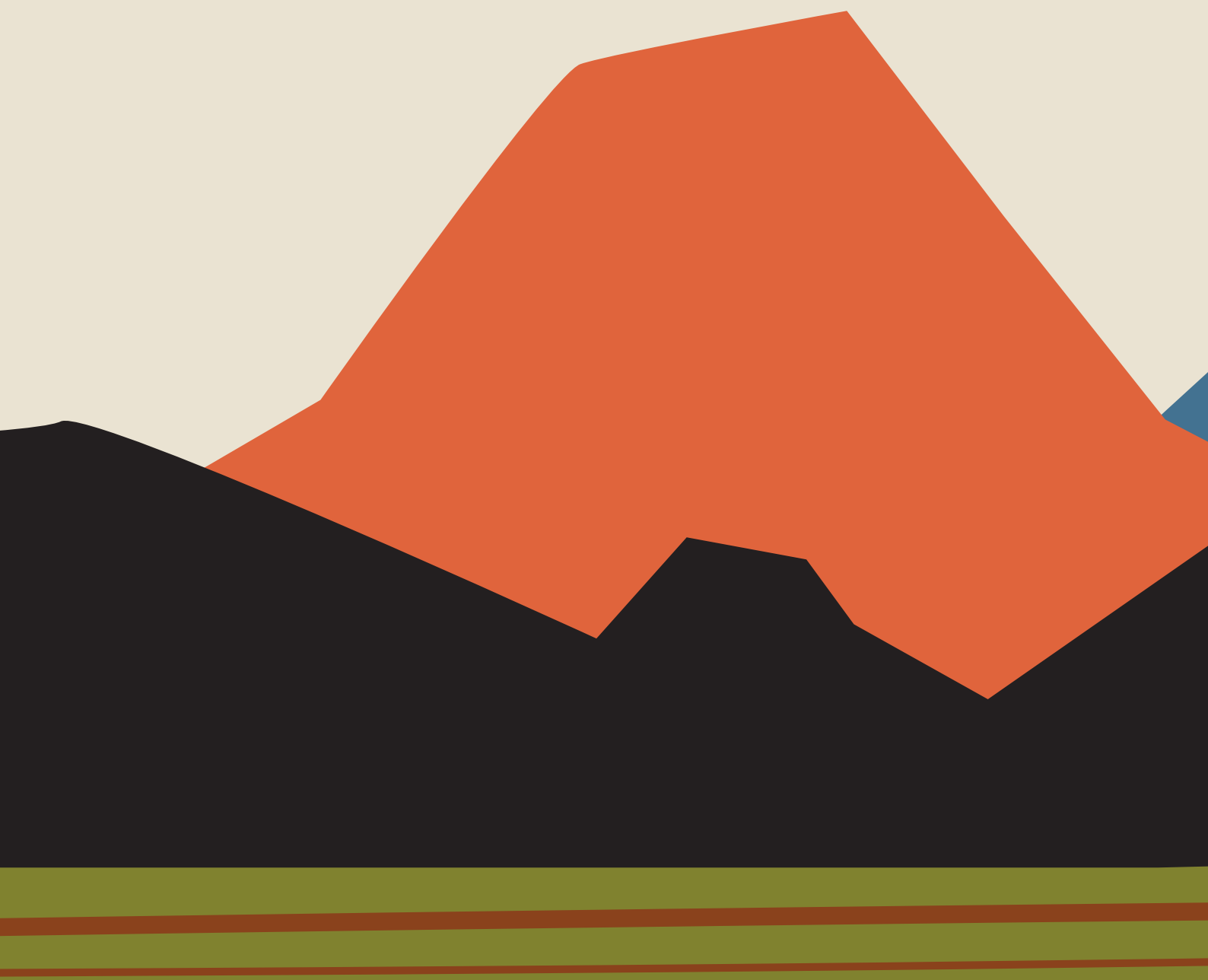
Como se ve, aunque se incluyen aspectos dramáticamente ausentes de la normativa actual, que pueden parecer beneficioso para atender los escenarios de conflictividad ambiental presentes en todo el territorio nacional, esta declaratoria además de tardía y excluyente de las voces territoriales relevantes, dificultará los escenarios y posibilidades de protección ante el extractivismo, pues los proyectos que sean cobijados por la declaratoria tendrán un refuerzo de legitimidad, una normatividad más robusta y estable y, sobre todo, el desarrollo de cadenas industriales que multiplicarían la presión sobre los territorios.

Estructuralmente, la propuesta de utilidad pública condicionada no supera, sino que profundiza uno de los principales problemas del actual modelo: la imposición de megaproyectos y actividades económicas foráneas sobre los territorios, en nombre de una abstracta “utilidad pública e interés social”.

A pesar de todos los contrapesos normativos, la definición de aptitud minera de los territorios y su posterior subzonificación de manera unilateral y a espaldas de las comunidades, ambienta la

legitimidad de una declaratoria de utilidad pública dotada de un estatus inoponible producto de una razón de Estado que limita el ejercicio de derechos, el cuidado social de los bienes comunes y la protección de los ecosistemas críticos en el escenario de colapso climático.

Así, valorando en alto grado la intención del actual gobierno de atender una problemática socio-ambiental y económica compleja, consideramos que la propuesta de modificación del artículo 13 de la ley 685 de 2001 junto con otros cambios sustanciales en materia de garantías a los derechos de las comunidades y sectores hasta ahora excluidos y criminalizados, que surgieron del ejercicio de legislación participativa realizado por la Comisión Accidental bicameral del Congreso de la República para la reforma al Código de Minas entre el segundo semestre de 2022 y el primero del 2023, puede contribuir a comprender y atender en parte, la necesidad de cambios sustanciales relacionadas con los problemas que ocasiona la actual codificación minera, especialmente en lo que atañe a la participación social en la toma de decisiones, el acceso a información independiente, clara y suficiente, así como la temporalidad de cada declaratoria cuya prórroga estaría sujeta a la verificación del efectivo cumplimiento de los fines para los cuales se viabiliza la actividad minera en concreto. Adicionalmente los componentes intergeneracionales y los relacionados con la protección de la capacidad de resiliencia territorial en cada caso son de neurálgica importancia en la modificación solicitada.



5 Conclusiones

- 1) Del análisis normativo y jurisprudencial se puede concluir que el modelo presuntivo de utilidad pública y sus conceptos análogos, aplicados a la minería en Colombia ha sido objeto de debate y de impugnación social y política que han dificultado la efectividad de esta figura consagrada en la ley minera.
- 2) Del conjunto de jurisprudencias de la última década, aquí examinadas, se desprende que algunas decisiones han creado condiciones propicias para cuestionar el modelo, pero en lo esencial las sentencias lo apuntalan. Como consecuencia, no se ha logrado estabilizar un sistema de garantías y presupuestos para la transformación radical del modelo presuntivo de utilidad pública en materia minera.
- 3) Ante la llegada de un nuevo gobierno que propone ordenar los territorios alrededor del agua y la vida, éste, y su bancada parlamentaria, han propuesto una reforma legalminera que pretende transformar las prioridades del modelo de contratación minera, rescata la participación del Estado en el sector y condiciona la utilidad pública a unos requisitos verificables por la autoridad minera, pero que de aplicarse podrían dificultar la oposición a los proyectos por ligarlos a unos supuestos beneficios económicos para las regiones.
- 4) La movilización social, siendo fuente y fin del derecho, sigue siendo el motor fundamental que confronta la presunción de utilidad pública del extractivismo minero energético.



2 ECUADOR

Disputas de significado sobre los conceptos de interés nacional y utilidad pública de la minería en territorios en resistencia en Ecuador

María Fernanda Álvarez²³, Agustín Grijalva²⁴, Adriana Rodríguez Caguana²⁵, Ivonne Ramos²⁶ y Alicia Granda Loza²⁷

23. IMsc. en Derechos Humanos por London School of Economics and Political Science, Reino Unido. Abogada especializada en Derecho Público. Docente universitaria en Derecho Internacional Público y Derecho Ambiental. Amplia experiencia en el litigio ante organismos internacionales de Derechos Humanos

24. Ph.D. en Ciencia Política por la Universidad de Pittsburgh, abogado y docente universitario especializado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Ha ejercido una destacada trayectoria académica y de investigación en Ecuador y América Latina, con múltiples publicaciones en temas jurídicos, políticos y sociales. Desde 2011 integró el Consejo de Educación Superior, aportando a la construcción de políticas públicas en educación superior. Fue juez de la Corte Constitucional del Ecuador

25. Docente e investigadora especializada en temas de derechos humanos, género y justicia social. Cuenta con amplia experiencia en procesos de formación y acompañamiento a comunidades y organizaciones sociales. Su trabajo se centra en la construcción de conocimientos colectivos desde una perspectiva crítica y transformadora.

26. Socióloga y educadora. Coordinadora de temas mineros y de género. Fundadora de la Articulación de Mujeres Defensoras de la Naturaleza “Saramanta Warmicuna” (Hijas del Maíz). Coordinadora de la campaña para la consulta popular 2023, en la que se logró la prohibición de la explotación de minería metálica en la Mancomunidad del Chocó Andino.

27. Msc. en ciencias sociales con mención en estudios amazónicos (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Lic. en Ciencias Políticas y Sociales (PUCE). Investigadora en ámbitos de política pública y socio-ambiental, derechos humanos y derechos de la naturaleza.



1 Problemática minera en Ecuador

Lógica política y económica de la extracción de recursos del subsuelo

Ecuador es catalogado como país mega-diverso gracias al patrimonio natural y cultural que le caracteriza, alberga bajo sus ecosistemas costeros, andinos y amazónicos, yacimientos mineros. La formación tectónica de la cordillera de Los Andes en que se localiza, ha dado lugar a sistemas geográficos y geológicos con depósitos de metales minerales como oro, plata, cobre, zinc, molibdeno. La mayor parte de éstos, yacen bajo suelos de páramos, bosques siempre verdes andinos y tropicales, humedales, zonas aluviales. De ahí, que la intervención minera resulte contradictoria con la preservación de estos ecosistemas y la vida y ritmos propios de las comunidades que los habitan.

A más de la minería artesanal practicada ancestralmente por algunas comunidades, los gobiernos incentivaron, desde fines del siglo XIX, la presencia de inversionistas extranjeros para el desarrollo de la pequeña minería en áreas reservadas del Estado²⁸. Esta lógica política-económica de extracción de recursos naturales de recursos del subsuelo con capitales extranjeros y en espacios de dominio del Estado, se consolidó en la época del boom petrolero²⁸; e, igualmente, entre los años 1980 y 1990, cuando el Estado, con el influjo de actores externos, da lugar a la presencia progresiva de concesionarios capitalistas, para la exploración minera a gran escala. En esa época, como en la actual, la gran minería es considerada por el oficialismo la solución a los problemas económicos del país y una forma de crecer para alcanzar el “desarrollo”.

La minería como actividad de utilidad pública

En un contexto latinoamericano de directrices neoliberales y de inserción en el mercado internacional y adquisición de deudas con otros estados y con la banca multilateral, Ecuador, con el asesoramiento del Banco Mundial, elaboró la Ley de Minería de 1991, la misma que establecía la utilidad pública de la minería y la consiguiente constitución de servidumbres. Este mismo sentido de utilidad pública es replicado en la ley minera vigente, vinculado a los criterios de que los recursos naturales no renovables son un sector estratégico, de propiedad y control del Estado y de delegación excepcional a la iniciativa privada, según la Constitución.

Sin embargo, el ensamblaje normativo minero se contrapone a otras disposiciones constitucionales. Un año antes de la expedición de la ley minera vigente (de 2009), la Constitución de 2008 (también vigente), consigna de manera explícita, en el Art 409, intereses públicos directamente vinculados con la naturaleza, a la que por sus características propias la minería afecta. Entre estos, la conservación de ecosistemas, la biodiversidad, la preservación del ambiente, el patrimonio genético y su integridad, la prevención del daño ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, la conservación del suelo (Art. 409), el agua en tanto sector estratégico de uso público, esencial para la vida (Art. 12).

28. Andrea Carrión, “Las leyes de minería en Ecuador a fines del siglo XIX: La reconfiguración de la propiedad minera”. *Procesos: Revista Ecuatoriana de Historia* 45 (I semestre, 2017): 95-120.

29. Ramiro Ávila, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. Informe de Investigación (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012). <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3821/1/PI-2012-05-Avila-Evoluci%C3%B3n%20de.pdf>.

Actividad que se ampara en la normativa minera y en actos administrativos y judiciales

A pesar de estos otros intereses públicos constitucionales, el sector minero apela prioritariamente y de manera descontextualizada a los conceptos de utilidad pública y sector estratégico establecidos en la norma minera-instrumento de inferior jerarquía-, así como a actos administrativos y judiciales de menor rango aún (decretos presidenciales, acuerdos ministeriales y de otra índole, resoluciones de diverso nivel, convenios).

Entre estos instrumentos constan contratos entre Estado y empresas e incluso estipulaciones de tratados comerciales bilaterales en los cuales el Estado se allana a que empresas extractivas precautelen su estabilidad y seguridad jurídica particulares, hasta el punto de someterse a tribunales arbitrales internacionales³⁰, en desmedro del patrimonio económico del país. También cabe mencionar los acuerdos de confidencialidad entre gobierno y empresas, haciendo de la minería una actividad cada vez menos transparente.

En resumen, mediante los subterfugios legales mencionados, la institucionalidad ha impuesto la actividad minera por sobre la visión integral de las consignaciones constitucionales. Este sesgo ha permeado incluso en instituciones del sistema judicial y de control.

Participación de la minería en la economía del país

De acuerdo al reporte minero publicado por el Banco Central, en 2025, la superficie concesionada para proyectos mineros es de 92.759 hectáreas distribuidas en siete provincias³¹. Dos de los proyectos a gran escala localizados en la región amazónica se encuentran en fase de explotación desde 2019; Mirador, a cielo abierto, de cobre, plata y molibdeno; y, Fruta del Norte de extracción subterránea de oro. El sector minero tiene la expectativa de explotar otros proyectos a gran escala como Loma Larga (en Azuay) y Panantza San Carlos (en Morona Santiago)³².

Respecto a proyectos de mediana minería (o de segunda generación), nuevos contratos de inversión fueron suscritos y permitidas actividades de explotación. Tales serían los proyectos Curipamba-El Domo, en Bolívar; Cascabel, en Imbabura; Warintza, en Morona Santiago. Igualmente, nuevas cesiones y transferencias de derechos mineros entre empresas habrían sido autorizadas administrativamente, así como destrabado 116 solicitudes de concesiones. Todo esto, mediante reforma normativa (Resolución ARCERNNR-2024-0032-RES de la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales no Renovables, de 17 de julio de 2024)³³.

30. Incluso a pesar de la prohibición constitucional y de la voluntad popular mayoritaria expresada en la consulta nacional de 21 de abril de 2024.

31. Banco Central del Ecuador. Boletín del Sector Minero. Cuarto Trimestre 2024. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefind-mkaj/https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/Hidrocarburos/ReporteMinero042025.pdf>

32. Primicias. Entrevista a Fernando Benalcázar, exministro de Energía y Minas, en: <https://www.primicias.ec/economia/gobierno-enami-concesiones-mineras-catastro-74613/>

33. *Ibíd.*

34. Banco Central del Ecuador. *Op cit.*

Inversiones y exportaciones mineras

De acuerdo a cifras del Banco Central del Ecuador basadas en reportes del Ministerio de Energía y Minas, de 2025, la inversión minera hasta el cuarto trimestre de 2024, habría alcanzado 547 millones³⁴ de dólares, centrándose ésta en los proyectos de explotación a gran escala: Mirador con 301 millones y Fruta del Norte con 120 millones; los dos, localizados en la Amazonía Sur-ecuatoriana.

Según cifras del mismo reporte, las exportaciones mineras sumarían 3075 millones de dólares durante el año 2024, revelando una disminución de 7.5% respecto de 2023. Sin embargo, durante el último trimestre de 2024, estas exportaciones habrían totalizado 667 millones, lo que representaría un incremento de 1.5% respecto del último trimestre de 2023. Cabe anotar que de estas exportaciones, UDD 1.300 millones corresponderían a la minería ilegal³⁵. De otro lado, los proyectos mineros estratégicos y de segunda generación habrían generado 49.064 empleos, 12.266 directos y 36.798 indirectos³⁶.

Pérdidas derivadas de la actividad minera

Detrás de estas cifras se calculan pérdidas para el país generadas por los proyectos mineros en todas sus fases, las mismas que no constan en reportes oficiales. Ocupación de miles de hectáreas de bosques que han implicado reconfiguraciones espaciales, alteraciones ecosistémicas y paisajísticas, desplazamientos humanos, desalojos y desposesiones e incluso desaparición de poblados campesinos (San Marcos en el caso del proyecto Mirador y San Antonio, por el proyecto Fruta del Norte). Asimismo, las transformaciones de uso del suelo, de bosques o suelos agrícolas a infraestructura y espacios de operaciones intensivas de minado han ocasionado pérdida de la fertilidad de la tierra, así como la destrucción de fuentes de agua. Todo lo cual, a más de menoscabar la soberanía alimentaria y actividades económicas locales, lesiona los intereses públicos relacionados con la protección de la naturaleza, de los que depende la vida misma y los derechos humanos.

Uso intensivo de agua y energía

Las empresas mineras requieren ingentes cantidades de agua dulce para sus operaciones. Así, el proyecto Mirador—de gran escala—requiere 21.5 millones de litros de agua de los ríos locales para una producción eventual de 360 toneladas de cobre. La empresa Terraearth Resources solicitó al Ministerio del Ambiente la extracción de 839.808 litros de agua al día, del río Jatunyaku, en la provincia de Napo, río que constituye la principal fuente de abastecimiento de las comunidades indígenas locales³⁷.

El consumo intensivo de agua dulce de las empresas mineras implica acaparamiento y alteración de cursos naturales de ríos, vertientes y nacimientos de agua.

35. Declaraciones de exministra del Interior, Mónica Valencia, 28 enero 2025, disponible, en: <https://planv.com.ec/investigacion/investigacion-investigacion/gobierno-mineria-ilegal-exportaciones-oro/>

36. Ibíd

37. <https://periodismodeinvestigacion.com/2024/12/08/sos-napo-terraearth-quiere-mas-agua-del-jatun-yaku/>

Tarifas eléctricas preferenciales para empresas

Según proyecciones científicas, cuando todos los proyectos denominados estratégicos y de segunda generación (en total once) estén en explotación, el consumo de energía abarcaría el 18.2% del consumo total del país, esto es, 5072,5 GWh (giga vatio-hora), por año, respecto de 27.797,8 GWh que corresponde al total nacional de consumo (tomando como referencia el consumo de 2020)³⁸.

En el caso del proyecto a gran escala Mirador, estimando la producción de 60.000 toneladas de mineral al día, el uso de energía equivale al consumo de 1'800.000 habitantes en el año, generando al consorcio Tongling/CRCC, un ahorro anual de USD 31'9 millones por su tarifa preferencial de USD 0.06 KWh (kilovatio-hora), respecto de la tarifa doméstica de USD 0.10 KWh³⁹.

El proyecto Fruta del Norte, con una producción mineral de 3.500 toneladas al día, usa en energía el equivalente al consumo de 735.000 habitantes, ahorrándose la empresa Ludin Gold 13.6 millones, por la tarifa preferencial de USD 0.06 Kwh, en relación a la tarifa doméstica de USD 0.10 KWh⁴⁰.

El ahorro de las empresas por el uso subsidiado de agua y energía, implica pérdidas millonarias para el país. Esto, sin tomar en cuenta los pasivos ambientales derivados de emisiones de gases de efecto invernadero-producidas por el uso de combustibles fósiles (especialmente diésel) en minas a cielo abierto y subterráneas- o la creciente acumulación y diseminación de desechos mineros en el ambiente.



38. Comunálisis. Mineras en el Ecuador. Demanda de energía eléctrica proyectada para los 10 proyectos mineros más avanzados del país. Marzo 2025.

39. La minería en tiempos de sequías y apagones, en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.flacso-andes.edu.ec/bitstream/10469/19218/1/REXTN-ED117-07-Sacher.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.flacso-andes.edu.ec/bitstream/10469/19218/1/REXTN-ED117-07-Sacher.pdf)

40. Ibid.

2 Introducción

El presente informe analiza la declaratoria de utilidad pública de la actividad minera en Ecuador, establecida en el artículo 15 de la Ley de Minería, desde una perspectiva jurídica y constitucional. Esta declaratoria general ha generado una serie de debates y controversias debido a sus implicaciones en los derechos individuales, colectivos y de la naturaleza, consagrados en la Constitución del Ecuador.

El objetivo de este análisis es examinar los fundamentos jurídicos que cuestionan la constitucionalidad y convencionalidad de dicha declaratoria general, considerando el marco normativo ecuatoriano, la jurisprudencia nacional e internacional, y los estándares de derechos humanos aplicables⁴¹.

A lo largo de este documento, se abordarán los siguientes elementos:

- 1)** El concepto de utilidad pública en la normativa ecuatoriana y su aplicación en el contexto minero.
- 2)** La jurisprudencia constitucional e interamericana relevante sobre la restricción de derechos y el concepto de utilidad pública.
- 3)** Los argumentos que cuestionan la utilidad pública de la minería, enfocados en los derechos de la naturaleza, los derechos de participación ciudadana y los derechos colectivos.
- 4)** Los argumentos que se han utilizado para defender la utilidad pública de la minería y sus limitaciones.

Utilidad pública en la normativa

En esta sección del informe se desarrollan argumentos jurídicos que determinan que no puede declararse a ***priori de utilidad pública a la minería en todas sus fases***, con efectos en todo el territorio nacional, sin motivación suficiente en cada concesión específica y sin cumplir requisitos y procedimientos previos y realmente adecuados al Estado constitucional. Tampoco se pueden restringir los derechos, como establece el artículo 15 de la Ley de Minería, el cual señala únicamente como limitaciones a la actividad minera las áreas protegidas y urbanas definidas en la Constitución. Esto se debe a que, más allá de estas áreas, en todo el territorio nacional también rigen derechos constitucionales en sectores estratégicos que pueden verse gravemente afectados por la actividad minera, dado el alto impacto ambiental, ecológico, cultural y social que genera.

41. El trabajo realizado utilizó la siguiente metodología: 1. Revisión de Literatura y Marco Legal. (1.1 Revisión de la legislación nacional relacionada con la minería y el concepto de utilidad pública. 1.2 Análisis de tratados internacionales relevantes 1.3 Revisión de literatura académica sobre conflictos mineros y resistencia territorial). 2 Selección y Análisis de Casos (2.1 Identificación de casos emblemáticos que ilustren: a) Aplicación de marcos legales basados en utilidad pública para proyectos extractivos. b) Cuestionamiento de estos marcos por conflictos con otros derechos. 2.2 Análisis de cada caso seleccionado)

2.1 La Utilidad Pública en la Constitución ecuatoriana

La actual Constitución del Ecuador incluye el término “utilidad pública” en una sola ocasión, en su artículo 323 para referirse exclusivamente a la expropiación:

*Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, **por razones de utilidad pública o interés social y nacional**, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación. (el resaltado es nuestro)*

Sin embargo, como puede leerse en este mismo artículo y a lo largo de la carta fundamental, existen numerosas menciones a categorías conexas como el interés social o el interés nacional. En realidad, no es contingente que la noción de interés público aparezca vinculada a la expropiación. Esta es históricamente la institución jurídica más antigua y definida a la cual aparece vinculada la utilidad pública. El ejemplo clásico es el de la expropiación de un inmueble privado a efectos de construir un camino público para beneficio social.

De hecho, el artículo 323 contiene este criterio al establecer claramente el objeto que no puede ser sino un objetivo social, de claro bienestar colectivo, el cual incluye el manejo sustentable del ambiente.

También es destacable que, en correspondencia a este objeto o fin necesariamente público, es exclusivamente el Estado, y sus instituciones, el que tiene la potestad administrativa para declarar la utilidad pública siempre conforme a regulaciones previas de rango legal.

Destacamos estos requisitos porque, como veremos, no existe desde el punto de vista constitucional, y en general jurídico, razón alguna para que cuando una actividad económica como la minería sea declarada de utilidad pública e imponga obligaciones, como por ejemplo servidumbres eléctricas o de agua, se prescinda de estos requisitos generales y de los aplicables específicamente a dicha actividad en cada caso concreto.

En la Constitución ecuatoriana todos los derechos tienen en principio igual jerarquía, y no hay por tanto razón para proteger más a la propiedad privada individual, mediante detalladas regulaciones de la expropiación, o a lo que considere el estado como “bien común” que a otros derechos individuales y colectivos que pueden ser gravemente afectados por la minería como el derecho al medio ambiente sano, el derecho al agua, a la participación, a la consulta o los derechos de la naturaleza.

Por el contrario, en situaciones concretas y específicas en que estos derechos sociales y colectivos se vean en riesgo o violados por efecto de una actividad económica de supuesta utilidad pública, las políticas públicas deben hacer prevalecer el interés general sobre el particular incluso al buscar conciliar los derechos en conflicto. Al respecto, artículo 85 numeral 2 de la Constitución ordena:

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las

políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

Así como en otros países, en Ecuador la noción de utilidad pública se ha ampliado a otros ámbitos más allá de la expropiación de inmuebles privados para fines públicos. En esta ampliación se han desarrollado categorías conexas como las de interés social y nacional que, como vimos, el artículo 323 trata como sinónimos para efectos de la expropiación.

La noción de interés social la utiliza la Constitución ecuatoriana sólo en dos ocasiones. En el artículo 375 numeral 5 para referirse a la vivienda de interés social para sectores pobres y mujeres jefas de hogar; y en el artículo 313 segundo párrafo para delimitar la naturaleza de los sectores estratégicos. Esta segunda mención del interés social es especialmente relevante para efectos del presente estudio.

El artículo 313 de la Constitución declara como actividad económica de interés social a los sectores estratégicos, entre los cuales se hallan los recursos naturales no renovables y por tanto las minas e hidrocarburos, los cuales según el artículo 408 son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado.

En el mismo artículo 313 la Constitución ordena que las actividades económicas de los sectores estratégicos, y por tanto la minería, deben siempre desarrollarse atendiendo a los derechos que la Constitución establece. En palabras de la Constitución:

*“Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y **deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social**” (el resaltado es nuestro)*

2.2 La utilidad pública en la ley de Minería

El artículo 15 de la Ley de Minería (no la Constitución) declara de utilidad pública la actividad minera.

“Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta Ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador”

Este artículo, como veremos, presenta varios problemas de constitucionalidad, pues restringe por vía legal requisitos, límites y controles que la propia Constitución establece para los sectores estratégicos, entre ellos la minería.

En primer lugar, la Constitución determina claramente en su artículo 313 que esta actividad **debe orientarse al pleno desarrollo de los derechos y, por tanto, no puede violarlos**. Es decir, todo sector estratégico, incluida la minería, por mandato del artículo 313 de la Constitución debe orientarse al desarrollo de los derechos y al interés social. En consecuencia, la utilidad de la minería no tiene realmente carácter de beneficio público cuando implica una ilegítima restricción o violación de derechos constitucionales.

Adicionalmente, la actividad minera no es la única que jurídicamente se declara como estratégica. En otros casos es la propia Constitución la que declara como sectores estratégicos la energía, la biodiversidad, el agua, según el mismo artículo 313 de la Constitución. Igualmente, el artículo 400 de la Constitución ratifica este carácter estratégico al establecer que “se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.”

Otras declaratorias que la propia Constitución formula respecto al interés público son las siguientes (el resaltado es nuestro):

Art. 400.- “...se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.”

Art. 409.- Es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sostenible que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión.

*Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.*

Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 2. Participar en los asuntos de interés público.

Art. 95.- La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

Como puede apreciarse, la minería no constituye de forma única, incondicionada, absoluta o aislada una actividad de interés público, social o nacional. Por el contrario, la Constitución directamente, y no solo mediante ley, declara de interés público varios sistemas y procesos de la naturaleza, así como la participación de la ciudadanía.

2.3 Contradicciones entre la ley de Minera y los Derechos Constitucionales

En ningún caso la actividad minera bajo el argumento de utilidad pública puede restringir ilegítimamente o violar derechos constitucionales. Declarar la actividad minera como de utilidad pública puede tener consecuencias negativas importantes. Por un lado, la minería puede causar un gran daño ambiental, afectando ecosistemas, contaminando aguas y contribuyendo a la deforestación.

No es constitucionalmente admisible que se invoque como fin o causa un beneficio social y en la práctica y en casos concretos se violen derechos como el derecho al agua, al medio ambiente sano, a la participación ciudadana, derechos colectivos o los derechos de la naturaleza.

Por ejemplo, en el caso de servidumbres de agua para actividad minera no es constitucionalmente admisible que se ignore la prelación que la Constitución hace para el ejercicio del derecho “fundamental e irrenunciable” al agua. Según la Constitución “El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”. (artículo 12). Esta prelación clara y expresamente prioriza el consumo humano, riego y caudal ecológico sobre las actividades productivas (artículo 318 párrafo final).

Según el mismo artículo constitucional, el agua es un “patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos”. Bajo tales mandatos constitucionales no resulta posible dar preeminencia a la actividad minera cuando en casos concretos sus usos del agua a gran escala pongan en riesgo o violen la prelación del derecho al agua. En efecto, según el artículo 282 de la Constitución tanto el acaparamiento como la privatización del agua están expresamente prohibidos.

Sin embargo, la Ley de Minería establece un proceso sumario de constitución de servidumbres mineras fundamentado en la utilidad pública. A partir del artículo 100 esta ley establece regulaciones que no incluyen ninguna evaluación de impacto ambiental en general, ni tampoco de consulta previa o ambiental alguna, cuando se afecta a comunidades por dichas servidumbres. Sin embargo, en el marco de la Constitución, la actividad minera no podría considerarse, como lo establece la Ley de Minería, en sí y por sí misma automáticamente de utilidad pública, limitada solo y exclusivamente por dicha ley y por la prohibición constitucional de áreas protegidas establecida en el artículo 407.

Libertad de Prospección Minera

Otro artículo problemático de la Ley Minera es el artículo que establece la libertad de prospección:

Art. 28.- Libertad de prospección.- Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta ley.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, la norma tiene algunos problemas importantes. Al poder prospectar libremente cualquier persona, sea nacional o extranjera, existe el riesgo de que los intereses económicos se pongan por encima de los derechos de las comunidades locales.

Aunque se mencionan ciertas áreas protegidas y lugares de importancia cultural donde no se permite la prospección, el artículo no dice nada sobre la necesidad de consultar a las comunidades antes de comenzar estas actividades. La falta de consulta puede vulnerar el derecho de las personas a participar en decisiones que afectan su entorno y sus vidas.

Finalmente, el artículo se enfoca en la posibilidad de prospectar sin garantizar la protección de los derechos humanos, como los derechos humanos ambientales o a defender su territorio. Sin las salvaguardias adecuadas, esta libertad de prospección podría convertirse en una forma de explotación.

Participación ciudadana: Tipos de consulta que vulnera la utilidad pública de la Ley de Minería

En la Constitución existen cuatro tipos de consulta que tiene como fundamento que la toma de decisiones sea lo más democrática posible. De forma concreta, se reconoce la consulta popular (artículo 104), la consulta previa (artículo 57.7), la consulta prelegislativa (artículo 57.17) y la consulta ambiental (artículo 398). Estos mecanismos son fundamentales para proteger los derechos de la naturaleza y han sido utilizados activamente por los defensores del medio ambiente. La consulta popular se presenta como un instrumento de participación dentro de la democracia directa, permitiendo a la ciudadanía influir en decisiones relacionadas con la gestión de los ecosistemas. Por otro lado, las consultas previa, prelegislativa y ambiental son mecanismos diseñados para salvaguardar la conexión vital entre los colectivos y pueblos, y la naturaleza que sustenta sus vidas.

Derechos colectivos

Si bien existe la excepción planteada por el artículo 407 de la Constitución:

“Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.”

Esta norma no es suficiente para proteger otros derechos constitucionales, como lo son los derechos territoriales de los pueblos indígenas, como la consulta previa, libre e informada, ni los derechos de consulta ambiental. El contexto actual es de una violación constante de los derechos de consulta.

La invocación de utilidad pública de la minería no suspende ni anula el ejercicio de derechos constitucionales colectivos que por su naturaleza son irrenunciables, como por ejemplo el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Si la actividad minera se realiza en los territorios de estos pueblos y les impone algún gravámen ello no puede significar ignorar o violentar este derecho. Esta problemática la profundizamos más abajo en el texto.

Consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada tiene una doble importancia. Por un lado, es un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas; por otro, es un principio y una garantía que está reconocida tanto en la Constitución como en convenios internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴² ha destacado que este derecho es parte del proceso de participación que deben seguir los Estados con las comunidades que

⁴² La Corte IDH, por ejemplo, ha señalado en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. 2015, párr. 203: “forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana”.

podrían verse afectadas por proyectos en sus territorios. Este proceso debe llevarse a cabo antes de implementar cualquier plan relacionado con la prospección, explotación o comercialización de recursos no renovables.

Algunos autores, como Reymundo Espinoza⁴³, argumentan que la consulta previa es más que un simple derecho; es una garantía para el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho ha evolucionado en el marco del discurso de los derechos humanos, especialmente gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Convenio 169 de la OIT fue el primer instrumento internacional que respaldó el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales. Este convenio surgió tras un extenso debate en los organismos internacionales de derechos humanos, junto con movimientos indígenas, la sociedad civil y académicos que denunciaron la injusticia que enfrentaban estos pueblos, especialmente en lo que respecta a sus derechos territoriales. En Ecuador, las discusiones sobre la consulta previa se intensificaron a lo largo de los años, especialmente durante los levantamientos indígenas desde la década de los 90, que exigían el reconocimiento legal de sus territorios.

De acuerdo con el artículo 15, numeral 2, del Convenio 169 de la OIT, y el artículo 57, numeral 7, de la Constitución del Ecuador, se debe realizar una consulta previa, libre e informada, en un plazo razonable sobre cualquier plan o programa que afecte sus tierras y que pueda tener un impacto ambiental o cultural. Además, las comunidades tienen derecho a participar en los beneficios de esos proyectos y a recibir compensación por cualquier daño social, cultural o ambiental que sufran. La consulta que deben llevar a cabo las autoridades competentes es obligatoria y debe ser oportuna. Si no se obtiene el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a lo que establece la Constitución y la ley.

Sin embargo, la voluntad política influye en estas decisiones consultivas. En contextos de inestabilidad política como el de Ecuador, es comprensible que este derecho no haya evolucionado como se esperaba. Hasta ahora, no existe una ley o protocolo que reúna los estándares de la consulta previa, lo que ha generado un debate sobre la necesidad de establecer esta ley o, en su defecto, desarrollar protocolos que surjan desde las propias comunidades.

Tal como está contemplado el artículo 28 de la Ley Minera, parecería que se considera a un proyecto minero como inevitable. También puede haber un sesgo en las decisiones que priorizan el desarrollo económico sobre el bienestar social y ambiental, socavando así el derecho de las comunidades a participar en decisiones que afectan sus vidas y territorios.

En virtud de lo expuesto, la actividad minera no puede considerarse, como lo establece la Ley de Minería, en sí y por sí misma automáticamente de utilidad pública, limitada solo y exclusivamente por dicha ley y por la prohibición constitucional de áreas protegidas establecida en el artículo 407.

43. Raymundo Espinoza Hernández, “De la libre determinación al consentimiento: ¿Es necesaria la consulta?”, en *De la Consulta al Consentimiento: Debates y experiencias desde Abya Yala* (2020), 25

2.4 Instancias y leyes que regulan la declaración de utilidad pública

Tal como lo analizamos en los apartados anteriores, la declaración de utilidad pública tiene varias aristas. De hecho quien está encargado de declarar la utilidad pública es el Consejo Regional del Gobierno Autónomo descentralizado, bajo las normas establecidas en el COOTAD. También los Consejos Municipales pueden declarar la utilidad pública. En general, como dice la Constitución, “las entidades públicas”.

Art. 33.- Consejo regional.- El consejo regional es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado regional. Estará integrado por el gobernador o gobernadora regional quien lo presidirá con voto dirimente, y por el número de consejeros o consejeras regionales que determine la ley de la materia electoral, de entre los cuales se elegirá un vicegobernador o vicegobernadora.

Artículo 47, Atribuciones del consejo provincial.- Al consejo provincial le corresponde las siguientes atribuciones (...) “ k) Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación, resueltos por el prefecto, conforme la ley

El Capítulo V del COOTAD regula las transferencias para compensar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados donde se exploten o industrialicen recursos no renovables. El artículo 207 del COOTAD dispone:

Objetivo.- Estas transferencias tienen por objetivo compensar a los gobiernos autónomos descentralizados por la explotación de recursos naturales no renovables, los efectos negativos de su explotación y la disminución del patrimonio nacional.

Ley Orgánica para la eficiencia de la contratación pública

La Ley Orgánica para la eficiencia de la contratación pública establece los requisitos y garantías para que opere dicha declaratoria en casos de restricción del derecho a la propiedad.

Así, el artículo 58 de la ley dispone:

Artículo 58. Declaratoria de utilidad pública. Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley.

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efectos; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obra de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

La declaratoria se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes a ser expropiados, los posesionarios y a los acreedores hipotecarios.

La expropiación de tierras rurales con fines agrarios se regulará por su propia ley.

Como se observa, la norma dispone requisitos para la restricción del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública de forma concreta a cada caso, con la finalidad de que la utilidad pública no se torne en arbitraria.

3 *Jurisprudencia constitucional e interamericana*

El concepto de utilidad pública es un criterio empleado para justificar la restricción de los derechos humanos en procura de un bien superior, identificado como el bien general. Esta declaratoria debe a su vez estar acompañada de una serie de requisitos y garantías para evitar que la restricción se torne en ilegítima. Como se analizó en el primer acápite, este concepto ha sido tradicionalmente aplicado a casos de expropiación en los que el derecho restringido es el derecho a la propiedad y posteriormente se ha ido ampliando su uso.

Ahora bien, desde su aplicación inicial, la utilidad pública debe ser explicada y motivada en el caso concreto. La necesidad de un análisis en cada caso responde a la exigencia de que la restricción de un derecho, incluso por razones de utilidad pública, cumpla con ciertos requisitos que, a su vez, garantice que la restricción no se convierta en una violación arbitraria de derechos individuales y colectivos so pretexto de un alegado bien común etéreo.

En el caso del Ecuador, como se analizó previamente, el artículo 15 de la Ley de Minería califica a la actividad minera en sí misma como de interés público y, en consecuencia, establece la obligatoriedad de las servidumbres a pedido del concesionario minero, sin mayor justificación que la calificación que realiza la ley respecto a la utilidad pública, dejando por fuera derechos constitucionales que se podrían violar. Con lo cual, se evidencia en principio una restricción del derecho a la propiedad, en su componente de uso y goce, sin que se cumplan con las garantías para que proceda dicha restricción. Esto es, un proceso individual con todas las garantías judiciales, en las que el titular del derecho afectado pueda impugnar la decisión, exista una determinación de los derechos que se violan en su caso, y se de una reparación adecuada.

El artículo 15 de la Ley de Minería califica la actividad minera como de utilidad pública general sin mayor análisis. Sin embargo, esta calificación se refiere a una actividad cuyos efectos podrían ser negativos sobre el medio ambiente y los derechos de las personas, los cuales han sido ampliamente documentados en diversos estudios técnicos. Estos estudios han evidenciado cómo la minería puede causar daños significativos a los ecosistemas, así como afectar la salud y el bienestar de las comunidades cercanas. Por lo tanto, es fundamental considerar estos impactos al evaluar la utilidad pública de la minería.

En el caso ecuatoriano, el artículo 15 de la Ley de Minería coexiste con un marco constitucional en el que se reconoce expresamente a la naturaleza como sujeto de derechos. De igual forma, se consagran los derechos colectivos, derechos de participación y de consulta, así como todo un catálogo de derechos entre los que destacan el derecho al agua, derecho a un medio ambiente sano, y los demás derechos económicos sociales y culturales, como el derecho a una vivienda digna y derecho al trabajo, así como el derecho a la propiedad. Por lo tanto, resulta contradictorio que se presuma los efectos positivos y favorables para el beneficio general de esta actividad sin un serio estudio caso a caso.

En el presente acápite, se presentará el análisis de la utilidad pública como una categoría para la restricción de derechos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH) y de la Corte Constitucional del Ecuador. De igual forma, se presentarán algunos casos en los que la Corte Interamericana ha analizado la restricción de derechos en procura del interés público, proponiendo que el mismo test de proporcionalidad que ha sido empleado en aquellos casos debería aplicarse a la minería en el Ecuador, en el contexto de la Constitución.

De igual forma, se presentarán aquellos casos en los que se ha cuestionado judicialmente la actividad minera desde varios enfoques, los que para efectos del análisis se agrupan en a) Derechos de la Naturaleza, b) Participación ciudadana y c) Derechos Colectivos. Finalmente, se presentarán aquellos casos en los que se ha empleado el concepto de desarrollo como una justificación para legitimar la actividad minera.

4 Argumentos que cuestionan la utilidad pública de la minería

4.1 Utilidad Pública en la jurisprudencia de la corte IDH y de la Corte Constitucional ecuatoriana

El concepto de utilidad pública ha sido analizado en la jurisprudencia de la Corte IDH como un elemento usado por los Estados para justificar la restricción de derechos, específicamente el derecho a la propiedad privada. Ahora bien, el contenido y alcance del derecho a la propiedad privada consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) ha sido resignificado, considerando la especial relación entre los pueblos y nacionalidades indígenas con la naturaleza y el ejercicio de los derechos colectivos sobre los territorios ancestrales. Tal evolución respecto al derecho a la propiedad ha sido también recogido en la Constitución del Ecuador.

En este sentido, resulta útil recordar los estándares establecidos por la Corte IDH en el Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador (2008) sobre el concepto de utilidad pública. El caso se refiere a la expropiación de un terreno de 60 hectáreas propiedad de María Salvador Chiriboga, realizada por el Municipio de Quito, Ecuador, con el propósito de establecer un parque. La Corte IDH analizó si esta expropiación cumplía con los requisitos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente en lo referente a la restricción del derecho a la propiedad por razones de utilidad pública, convirtiéndose en un importante precedente para entender los límites de la potestad expropiatoria del Estado frente a los derechos individuales.

Al respecto, la Corte analizó:

*73.Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán **emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos**, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención.*

De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que “[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (artículo 32.2 [de la Convención]), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es **‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’** (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1)”.

Asimismo, este Tribunal ha señalado que los conceptos de “orden público” o el “bien común”, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. (resaltado fuera del texto)

En aplicación del estándar interamericano, en el caso del Ecuador, este interés público debe ser analizado a la luz del logro efectivo de todos los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación y aplicación de las normas constitucionales que ha realizado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia. Respecto al Concepto de Utilidad Pública la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 14- 14-IN/21 estableció:

35. El mencionado artículo constitucional establece expresamente que las instituciones estatales pueden declarar la expropiación de bienes privados, siempre que justifiquen el cumplimiento de las formas y condiciones establecidas en la Constitución, caso contrario estas se consideran confiscatorias conforme lo contempla el mismo artículo 323 de la Constitución. Estas condiciones son: i) que a efectos de la expropiación se declare expresamente la utilidad pública o interés social y nacional; ii) la segunda condición establece de manera más concreta el uso que debe darse a los bienes expropiados. Al respecto los bienes deben emplearse en la ejecución de planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente o bienestar colectivo; y, iii) la tercera condición está relacionada a la forma de realizar las expropiaciones y obliga a que las instituciones del Estado realicen previamente una justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. (el resaltado nos pertenece)

En igual sentido, en la sentencia No. 245-15-EP/22 al analizar la aplicación del concepto de utilidad pública y la necesidad de un procedimiento en el caso concreto, la Corte Constitucional señaló:

En este orden de ideas, este Organismo considera que construir un complejo deportivo, puede ser entendido como una necesidad de utilidad pública o interés social; esto debido a que permitiría el desarrollo de otros derechos, como son el derecho a la recreación y deporte; sin embargo, el hecho de no haber empleado los mecanismos correspondientes para la declaratoria de utilidad pública y posterior procedimiento expropiatorio, generó que el bien inmueble de los accionantes haya sido confiscado; y por ende se haya vulnerado el derecho a la propiedad en la esfera constitucional de los accionantes. Por tanto, esta Corte considera adecuado reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto, por tanto, su limitación siempre deberá fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización y practicarse según las formas establecidas por la ley. (el resaltado nos pertenece)

Tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH como de la Corte Constitucional del Ecuador se ha establecido claramente que, cuando se restrinja el derecho a la propiedad por razones de utilidad pública, se deben cumplir una serie de requisitos en el caso concreto. Esto, con la finalidad de garantizar que un alegado interés general no se emplee para vulnerar derechos individuales y colectivos y que se otorgue la reparación adecuada frente a una restricción debidamente justificada. Estos parámetros aplicados inicialmente al derecho a la propiedad deben ser aplicados en todos los casos en los que se restrinja derechos individuales y colectivos en aplicación del concepto de utilidad pública.

En el caso de la restricción a derechos individuales en función del interés general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado un test de proporcionalidad que permite analizar la intervención estatal para determinar si la intervención es o no legítima y convencional. En el caso *Kimel vs. Argentina* la Corte IDH señaló que para analizar una determinada restricción se debía verificar los siguientes requisitos: a) legalidad, b) idoneidad, c) necesidad y d) proporcionalidad en estricto sentido. Este test, que en principio se aplicó en casos de libertad de expresión, permite analizar la actuación estatal en cualquier caso de restricción de derechos.

En este sentido, en la causa Sentencia No. 14-14-IN, de fecha 07 de julio de 2021, de la Corte Constitucional de Ecuador, en sus argumentos sobre la constitucionalidad de una ley expropiatoria, la Asamblea Nacional analiza el concepto de utilidad pública en los siguientes términos:

“los conceptos de utilidad pública e interés social son determinantes como criterio sustancial por el que se autoriza al legislador intervenir en la propiedad y en los derechos económicos individuales. En este sentido se plantea como causa expropriandi y también como fundamento para aplicar el principio de prevalencia del interés social o público ante el cual debe ceder el interés particular.

[...] la medida que se adopta en la norma impugnada es racional, oportuna, necesaria y pertinente desde la perspectiva nacional o supranacional de los derechos humanos de las personas menos favorecidas.

Tampoco, en términos de convencionalidad, existe una descripción racional de la regla de alcance general y abstracto mal aplicada, razones por las cuales la demanda debe ser desestimada.”

La legislación existente en el Ecuador respecto a la minería como actividad de utilidad pública parte del supuesto de que dicha actividad afecta derechos. Precisamente por ello se emplea tal concepto como una justificación que legitime los impactos de dicha actividad sobre los derechos, individuales y colectivos. Sin embargo, tal como ha sido analizado por la Corte IDH en su reiterada jurisprudencia, estándares recogidos en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, cuando estamos ante la restricción de derechos se debe realizar un estricto escrutinio tanto de la legalidad como de la proporcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

En esta línea, en cualquier caso en que se restrinjan o limiten derechos por cuestiones de utilidad pública cabe la posibilidad de que la persona afectada impugne en el caso concreto la actuación estatal. Sin embargo, al establecerse una declaratoria general se niega la posibilidad de tal impugnación, dejando en absoluta indefensión a las personas cuyos derechos se afectan por esta actividad.

La declaratoria de utilidad pública de la actividad minera que realiza la Ley de Minería omite realizar el análisis en cada caso de los derechos que se violan con dicha actividad. En tal virtud, la aplicación de este concepto se vacía de contenido tornando en inconstitucional e inconvencional esta norma legal pues no considera los demás requisitos para que la declaratoria de utilidad pública justifique una decisión estatal que tiene el riesgo potencial de violar derechos individuales, colectivos y de la naturaleza.

4.2 Derechos de la Naturaleza

En el artículo 71 de la Constitución de Ecuador se consagran los derechos de la naturaleza, el cual le otorga reconocimiento a existir, mantenerse y regenerarse. Esto significa que los ecosistemas tienen derecho a funcionar de manera sostenible, y cualquier actividad humana que los afecte debe ser evaluada críticamente. Sin embargo, existe una contradicción en cuanto a la actividad minera, la cual ha sido calificada a priori como de utilidad pública. Según numerosos estudios científicos esta actividad puede causar daños irreparables a la naturaleza, sus ecosistemas y sus especies. Todo esto plantea un dilema, ante el cual el juzgador debe señalar los límites de una actividad para no ignorar los derechos humanos de los colectivos y comunidades que dependen de la naturaleza y sus derechos. La tensión habla de una necesidad de promover un enfoque cuidadoso de los proyectos mineros que armonice el desarrollo económico con los derechos de la naturaleza. Así lo ha hecho la Corte Constitucional en varios momentos que se destacan a continuación.

En el caso Los Cedros en el que se analizó los impactos de la actividad minera a gran escala en un bosque protector, la Corte Constitucional estableció:

35. Los derechos de la naturaleza, como todos los derechos establecidos en la Constitución ecuatoriana, tienen plena fuerza normativa. No constituyen solamente ideales o declaraciones retóricas, sino mandatos jurídicos. Así, conforme al artículo 11 numeral 9, el respetar y hacer respetar estos derechos integralmente, junto con los demás derechos constitucionales, es el más alto deber del Estado. Este deber del Estado lo vuelve a reiterar la Constitución en el artículo 277 numeral 1, al establecer las normas del régimen de desarrollo.

36. En esta línea, el respeto a los derechos de la naturaleza también incluye el deber que todo órgano con potestad normativa tiene, de adecuar formal y materialmente dichas normas a estos derechos, como a los demás derechos constitucionales, tal cual lo dispone el artículo 84 de la Carta Fundamental. Igualmente, la Constitución en su artículo 85 dispone que las políticas públicas se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, incluyendo, por tanto, a los derechos de la naturaleza.

En la misma línea, en el caso Río Aquepi, la Corte Constitucional reiteró:

44. La naturaleza ha sido reconocida como titular de derechos en la Constitución. La Corte ha establecido que la naturaleza es un sujeto complejo que debe ser comprendido desde una perspectiva sistémica porque la naturaleza está conformada por un conjunto interrelacionado, interdependiente e indivisible de elementos bióticos y abióticos (ecosistemas). Cuando un elemento se afecta, se altera el funcionamiento del sistema. Cuando el sistema cambia, también afecta a cada uno de sus elementos.

El caso del Río Monjas (Sentencia No. 2167-21-EP/22) aborda la contaminación y degradación ambiental de un río que atraviesa el norte de Quito, afectando tanto a su ecosistema como a los habitantes circundantes. La demanda fue presentada por propietarias de una hacienda histórica patrimonial ubicada junto al río, alegando que la descarga de aguas servidas y pluviales sin tratamiento por parte del Municipio de Quito vulneraba múltiples derechos constitucionales. La Corte Constitucional ecuatoriana analizó integralmente la problemática, reconociendo al río como sujeto de derechos y estableciendo una reparación integral multinivel. En la sentencia No. 2167-21-EP/22 emitida dentro de este caso se reitera la importancia del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Adicionalmente, se analiza la obligación del Estado de garantizar un desarrollo sostenible en el marco de los derechos de la naturaleza y un medio ambiente sano.

90. La Constitución establece, como parte de los principios ambientales, la obligación del Estado de garantizar “un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

91. También reconoce la obligación de las personas de “[r]espetar los derechos de la naturaleza preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”. Establece que uno de los objetivos del régimen de desarrollo es “[r]ecuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales de primera y segunda instancia, el caso Llurimagua, Juicio No. 103322021009, representa un buen ejemplo de cómo se logró cuestionar la actividad minera con sustento en los derechos de la naturaleza. El caso Llurimagua se refiere a una acción de protección interpuesta por miembros de comunidades de la zona de Intag (provincia de Imbabura) contra el Ministerio del Ambiente y otras entidades estatales por otorgar una concesión minera y licencia ambiental sin realizar la debida consulta ambiental a las comunidades afectadas. La sentencia aborda la vulneración del derecho constitucional a la consulta ambiental y los derechos de la naturaleza, en un territorio caracterizado por su rica biodiversidad, donde habitan especies en peligro de extinción, y cuyo ecosistema se vería gravemente afectado por la actividad minera a gran escala. En la sentencia de segunda instancia la Corte fundamenta:

El Estado ecuatoriano ha reconocido a la naturaleza como “sujeto de derechos” constituyendo éste, un gran cambio de paradigma a nivel regional, en cuanto a su cuidado y protección. Los derechos de la naturaleza, al igual que el resto de derechos consagrados en la Constitución son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes, de igual jerarquía y de obligada protección. “Los análisis sobre su vulneración deben trascender la esfera legal, porque bien puede ser posible que se den casos en los que, a pesar de existir los permisos ambientales pertinentes, se generen violaciones a los derechos de la Naturaleza; en tanto dichos permisos pueden haberse concedido vulnerando derechos”, nos dice en su parte medular la sentencia No. 166-15-SEP-CC.

A su vez, la Corte Constitucional ha reconocido en reiterada jurisprudencia los impactos potencialmente negativos de la actividad minera en los ecosistemas. El caso A’I Cofán de Sinangoe constituye un hito jurídico para los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador. En 2018, la comunidad A’I Cofán presentó una acción de protección contra concesiones mineras otorgadas sin consulta previa en su territorio ancestral ubicado en la provincia de Sucumbíos, en la Ama-

zonía ecuatoriana. La sentencia No. 273-19-JP/22 de la Corte Constitucional ratificó los fallos de instancias inferiores que anularon las concesiones y estableció estándares vinculantes sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, reconociendo la relación intrínseca entre los pueblos indígenas, su territorio y la naturaleza. Así, en la sentencia No. 273-19-JP/22, la Corte Constitucional aceptó:

Es propio de las actividades de explotación minera, por ejemplo, generar más o menos repercusiones en el ciclo natural del medio ambiente e incluso generar daños medio-ambientales de distinta magnitud. [...] (Resaltado fuera del texto)

A su vez, en el citado caso Los Cedros se analiza la relación entre las afectaciones a los derechos de la naturaleza por actividades con efectos potencialmente nocivos, como la minería, para los derechos individuales. Así, la Corte indicó:

244. En este sentido, los derechos de las personas, pueblos y comunidades se ven gravemente comprometidos cuando han sido afectados los derechos de la naturaleza de forma arbitraria, desproporcionada e irrazonable. Así, por ejemplo, niveles elevados de contaminación del aire, del agua, del suelo, la erosión, sequías u otros impactos antropogénicos en la naturaleza, afectan inevitablemente al ejercicio del derecho a la salud, la vida, la integridad personal, el derecho al agua, la alimentación, y otros derechos económicos, sociales y culturales y, en general, a las diferentes dimensiones de la vida de los seres humanos.

Respecto a la importancia del análisis de cada caso para la autorización de la actividad minera, en el caso Los Cedros la Corte Constitucional explicó:

141. Esta interdependencia eco-sistémica es una de las razones por las que la Corte no puede aceptar la interpretación de los accionados en el sentido de que el artículo 407 de la Constitución que prohíbe actividades extractivas de recursos no renovables en las áreas protegidas, centros urbanos, y en zonas declaradas como intangibles tiene un carácter excluyente y taxativo. Si bien es claro que en esta disposición el constituyente prohíbe actividades extractivas expresamente en estas áreas, de ello no se concluye que tales actividades están automática o incondicionalmente autorizadas en el resto del territorio nacional, o que, verificadas las condiciones constitucionales y legales, no se puedan restringir o suspender tales actividades en zonas distintas, bajo un análisis caso a caso. (resaltado fuera del texto)

A su vez, el Dictamen⁴⁴ No. 1-20-CP/20 corrobora la importancia de analizar en cada caso los impactos de la actividad minera. Este dictamen evalúa una solicitud de consulta popular presentada por el entonces Prefecto para prohibir la minería metálica en fuentes de agua y ecosistemas frágiles en la provincia del Azuay, así como cancelar concesiones mineras ya otorgadas. La Corte Constitucional analizó este caso en febrero de 2020 en el contexto de crecientes tensiones entre comunidades, especialmente indígenas, y el gobierno ecuatoriano por proyectos mineros en zonas de importancia hídrica. La Corte rechazó la consulta argumentando que las preguntas

⁴⁴. La palabra “dictamen” es de origen latino y significa un parecer, opinión o juicio técnico emitido por una persona o comisión especializada sobre una cuestión específica. En contextos jurídicos o administrativos, un “dictamen” generalmente se refiere a un informe o parecer formal, elaborado por un especialista o grupo de especialistas, sobre un caso, asunto o cuestión legal, con el objetivo de orientar la decisión o acción a ser tomada (Nota del revisor).

planteadas eran compuestas (mezclaban distintas escalas de minería y zonas ecológicas diversas). Sin embargo, la Corte ratificó los impactos ambientales de esta actividad y la necesidad de establecer regulaciones específicas en cada caso:

39. [...] es necesario para una adecuada regulación jurídica basada en criterios objetivos que atiendan las divergencias que presenta cada escala de la minería; así por ejemplo, los sujetos mineros, el área de explotación, el volumen de explotación, las patentes, las obligaciones tributarias o el procedimiento previo para la realización de esta actividad, son disímiles y requieren manejos y regulaciones específicas para cada una de ellas.

40. Por esto, agrupar todas las escalas en una sola categoría no es factible por sus particularidades y marcadas diferencias. Los contrastes van desde los insumos usados para el ejercicio de la actividad minera hasta los impactos ambientales, sociales, económicos y jurídicos que tiene cada una. (resaltado fuera del texto)

En conclusión, el potencial impacto negativo de la actividad minera sobre los derechos de la naturaleza, derechos individuales y colectivos ha sido expresamente establecido por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia. A su vez, este posible impacto negativo debe ser analizado en cada caso, en función de las características de cada ecosistema en el que dicha actividad impacta así como de la relación con los derechos de las personas y comunidades que se encuentren alrededor.

En cuanto a las necesidades económicas de un Estado como una justificación de los impactos negativos de una actividad sobre el medio ambiente, en la Opinión Consultiva OC-23/17 la Corte IDH, recogiendo el análisis de su par Europeo, indicó:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que cuando un Estado debe determinar cuestiones complejas de política medioambiental y económica, el proceso de toma de decisiones debe, en primer lugar, incluir investigaciones y estudios adecuados que les permitan predecir y evaluar con anticipación los efectos de aquellas actividades que puedan dañar el medio ambiente e infringir los derechos de los particulares y permitirles encontrar un justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto

Al referir lo señalado por el Tribunal Europeo en el caso Hatton y otros Vs. Reino Unido, la Corte IDH señaló: “Asimismo, con respecto al bienestar económico de un Estado, ha resaltado que se tiene que buscar un justo equilibrio entre el interés de un Estado o una ciudad en el bienestar económico y el efectivo goce de los individuos de su derecho al respeto a su hogar y su vida privada y familiar.”

En el citado caso Hatton se analizó:

La Sala consideró que los Estados estaban obligados a minimizar, en la medida de lo posible, las injerencias en los derechos del artículo 8, tratando de encontrar soluciones alternativas y procurando, en general, alcanzar sus objetivos de la forma menos gravosa para los derechos humanos. Para ello, una investigación y un estudio adecuados y completos, con el fin de encontrar la mejor solución posible que, en realidad, logre el equilibrio adecuado, deben preceder al proyecto correspondiente

La actividad minera es una actividad que podría provocar violación de derechos individuales, colectivos y de la naturaleza. Como tal, su autorización debe ser justificada y motivada en cada caso, estableciendo la correcta proporcionalidad entre los derechos restringidos y los derechos garantizados. Es decir, no cabe una calificación a priori de la minería como una actividad de utilidad pública que beneficia a la sociedad en su conjunto. Lo que sí ha quedado claramente establecido es la potencialidad de afectar los derechos de las personas y de la naturaleza. Con lo cual, su autorización requiere un estricto escrutinio en cada caso y la disposición del artículo 15 de la Ley de Minería resulta abiertamente inconstitucional e inconvencional.

4.4 Derechos de Participación

Consulta Popular

Dadas las consecuencias negativas de la minería a gran escala sobre los derechos de las personas se han presentado una serie de iniciativas de consulta popular para prohibir esta actividad. Con lo cual, se evidencia que la calificación de utilidad pública de carácter general que realiza el artículo 15 de la Ley de Minería es infundada y carece de motivación.

Durante el período de 2019 a 2022, la Corte Constitucional resolvió 23 solicitudes de control constitucional sobre consultas populares, de las cuales 7 estaban relacionadas con temas mineros. Entre ellas, se destacan las decisiones favorables para las consultas en Cuenca y el Chocó Andino.

En cuanto a las consultas, la Corte Constitucional ha emitido jurisprudencia significativa, dada su responsabilidad de proporcionar dictámenes previos sobre consultas populares y de desarrollar los derechos en los casos que se le presentan, incluyendo las consultas previas, pre legislativas y ambientales. Entre 2020 y 2022, se resaltan varias sentencias y dictámenes importantes en este ámbito.

NÚMERO SENTENCIA	FECHA	TEMÁTICA	RESUMEN CORTE
6-20-CP/20	18/9/20	Dictamen sobre consulta popular	El presente dictamen analiza la constitucionalidad de la petición de consulta popular propuesta por el Concejo Municipal de Cuenca, respecto de la prohibición de actividades mineras a gran y mediana escala en cinco zonas de recarga hídrica ubicadas en dicho cantón. La Corte Constitucional del Ecuador emitió un dictamen favorable a la consulta popular sobre prohibición de minería en zonas de recarga hídrica del cantón Cuenca, pero con modificaciones significativas. Se eliminaron varios considerandos por incumplir los requisitos legales, y se establecieron condiciones estrictas para su implementación. Principalmente, se determinó que los efectos serían solo hacia futuro, que la delimitación de ETAPA EP sería meramente referencial, y que la implementación debería respetar el régimen de competencias constitucionales de cada nivel de gobierno.



3-15-IA/20	11/12/20	Consulta prelegislativa	Con voto de mayoría, la Corte aceptó parcialmente la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la Resolución Institucional de 16 de marzo de 2015 emitida por el Gobierno Autónomo Descentralizado provincial de Loja, por vulnerar el derecho colectivo de la comuna de Chinchanga a la consulta prelegislativa, para la fijación de límites territoriales entre los cantones de Calvas y Sozoranga. La Corte encontró que en el proceso de fijación de límites territoriales entre los cantones de Calvas y Sozoranga que concluyó con la Resolución impugnada, no se cumplió con la obligación de realizar una consulta prelegislativa a la comuna de Chinchanga, por lo que, al tratarse de una fase procedimental necesaria para la emisión del acto, declaró su inconstitucional por la forma. Dentro de las medidas de reparación, otorgó al GAD provincial de Loja un plazo máximo de un año, desde la notificación de esta sentencia, para realizar un nuevo proceso de fijación de límites entre los cantones de Calvas y Sozoranga, realice la correspondiente consulta prelegislativa a la comuna de Chinchanga. Para el efecto, designó como garante a la Defensoría del Pueblo, la misma que deberá informar a la Corte respecto al cumplimiento de los estándares establecidos en la sentencia en el desarrollo de la consulta.
7-20-CP/21	27/1/21	Consulta popular	CEI presente dictamen analiza la constitucionalidad de una solicitud de consulta popular cuyo cuestionario contiene 14 preguntas, a través de las cuales se pretende agregar o reformar 63 artículos en 20 cuerpos normativos distintos (Código Orgánico Integral Penal; Código Orgánico Monetario y Financiero; Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca; Ley Orgánica de Agrobiodiversidad, Semillas y Fomento de la Agricultura; Ley Orgánica de la Soberanía Alimentaria; Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario; Ley de Fomento Artesanal; Ley de Defensa del Artesano; Ley Orgánica de Fomento Agropecuario; Ley de Seguridad Social; Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas; Ley de Seguridad Social de la Policía; Código Orgánico del Ambiente; Ley de Minería; Ley de Hidrocarburos; Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; Ley de Régimen Tributario Interno; Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación). En su Dictamen, la Corte dijo que no existe prohibición constitucional de proponer, a través de consulta popular, reformas legales concretas. No obstante, de hacerlo, se debe tomar en consideración que los anexos que contengan las reformas legales específicas se leerán como parte integral de la pregunta. En consecuencia, un juicio de la Corte, las reformas legales a ser consultadas no pueden ser de una complejidad tal que deriven en falta de claridad o conviertan a la pregunta en compleja, pues esto obstruiría la libertad del elector. La Corte determinó que a través de la propuesta de consulta popular, objeto del presente dictamen, se pretendía someter a consulta de la ciudadanía hasta doce reformas legales a través de una sola pregunta. La Corte expresa que esto impide que el elector pueda manifestar su elección legal sobre cada una de las reformas de forma independiente.



22-16-IN/21	21/4/21	Consulta prelegislativa	En sentencia de mayoría, la Corte Constitucional desestimó la acción de inconstitucionalidad presentada en contra de la segunda disposición general inserta en la reforma a la ordenanza que regula la ocupación, circulación y estacionamiento de los vehículos de transporte en el cantón Cañar, por considerar que el referido GAD no se encontraba en la obligación de iniciar un proceso de consulta prelegislativa. La Corte Constitucional del Ecuador advirtió que, si bien la norma impugnada regula una actividad particular en la cual se encuentran inmersas varias comunidades indígenas del cantón Cañar, ello no implica que tal regulación afecte la identidad e integridad cultural, histórica y organizacional de las comunidades accionantes. En tal virtud, concluyó que la norma impugnada no cumple con la potencialidad de afectar los derechos colectivos de los accionantes, por lo que el GAD no estaba obligado a someterla a un proceso de consulta prelegislativa. La Corte Constitucional desestimó la acción pública de inconstitucionalidad presentada contra la reforma a la ordenanza de transporte del cantón Cañar, al determinar que la norma impugnada no tenía potencialidad de afectar derechos colectivos de las comunidades indígenas, y por tanto el GAD Municipal no estaba obligado a realizar una consulta prelegislativa.
1-21-CP/21	23/6/21	Consulta popular	Se dictamina la improcedencia de la propuesta de un plebiscito para prohibir la explotación de minería metálica artesanal, pequeña, mediana y a gran escala en el Subsistema Metropolitano de Áreas Naturales Protegidas del Distrito Metropolitano de Quito y en las parroquias del Distrito Metropolitano de Quito que integran la Mancomunidad del Chocó Andino (Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto).
45-15-IN/22	12/1/22	Consulta prelegislativa	La Corte Constitucional analiza la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUAA) y su Reglamento. La sentencia declaró inconstitucional por la forma tanto la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua como su Reglamento. El fallo determinó que estas normas contravenían el artículo 57 numeral 17 de la Constitución, que establece el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos.
7-21-CP/22	12/1/22	Consulta popular	En el presente dictamen se realiza el control de constitucionalidad de dos solicitudes de consulta popular, compuestas de cuatro planteamientos sobre la explotación de minería metálica en los regímenes: artesanal, pequeña, mediana y gran escala, dentro de los territorios de las parroquias de Nono, Calacalí, Nanegal, Nanegalito, Gualea y Pacto, que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino. Una vez efectuado el respectivo control constitucional se dictamina la procedencia de las consultas populares de naturaleza plebiscitaria.



28-19-IN/22	19/1/22	Consulta pre- via y consulta pre legislativa	La Corte Constitucional analizó el Decreto Ejecutivo No. 751, que amplía la zona intangible Tagaeri Taromenane y reduce el área de explotación petrolera en el Parque Nacional Yasuní. En su análisis, la Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 1 y 2, que delimitan la zona intangible ampliándola a 818.501,42 hectáreas (artículo 1) y establecen una zona de amortiguamiento de diez kilómetros donde se prohíben actividades extractivas forestales comerciales y concesiones mineras (artículo 2). Sin embargo, determinó la inconstitucionalidad por la forma de los artículos 3-9, que permitían excepciones para plataformas petroleras en la zona de amortiguamiento (artículo 3), establecían regulaciones sobre operaciones petroleras (artículos 4 y 5), imponían requisitos para autorizaciones ambientales (artículo 6), y disponían verificaciones de áreas intervenidas limitando a 300 hectáreas la intervención máxima en el Parque Nacional Yasuní (artículo 8). En la presente sentencia, la Corte analiza la constitucionalidad.
273-19-JP/22	27/1/22	Consulta previa	La Corte Constitucional revisa la sentencia que resolvió aceptar la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo y por el presidente de la Comunidad A'I Cofán de Sinangoe debido al otorgamiento de 20 concesiones mineras y por encontrarse en trámite 32 concesiones alrededor de los ríos Chingual y Cofanes, generando impacto también en el río Aguarico. La Corte ratificó las sentencias dictadas en el marco del proceso de origen y las medidas de reparación ordenadas.

Fuente: Corte Constitucional del Ecuador

Elaboración: propia

Así, frente a un descontento general de las personas que reciben los impactos de esta actividad, un alegado interés general se desvanece. El Dictamen No. 9-19-CP/19 analiza una solicitud presentada por el entonces Prefecto de la provincia del Azuay, quien deseaba realizar una consulta popular para prohibir actividades de minería metálica en fuentes de agua, zonas de recarga hídrica, páramos y ecosistemas frágiles en dicha provincia. La Corte Constitucional del Ecuador negó la solicitud argumentando que la pregunta formulada abarcaba de manera general las 812 concesiones mineras existentes en la provincia sin especificidad territorial, lo que impedía un adecuado control constitucional material. Sin embargo, la Corte Constitucional aclara:

21. Lo primero que se constata es que no existe, en principio, una disposición constitucional que prohíba clara y expresamente que la ciudadanía pueda plantear como asunto de consulta popular temas relacionados con la explotación de recursos naturales no renovables y específicamente con actividades de minería. En el dictamen No. 1-20-CP/20, en el que se evaluó una solicitud de consulta popular para prohibir la minería metálica en fuentes de agua y ecosistemas frágiles en la provincia del Azuay, la Corte Constitucional se analizó:

Más allá de ello, esta Corte reconoce la importancia del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, el derecho al agua y la importancia de la participación ciudadana en procesos medio ambientales, así como la coordinación estatal en todos los niveles para el manejo de los recursos naturales. Respecto al dere-

cho al agua en particular, la Corte destaca el deber del Estado de garantizar su efectivo goce, su importancia para el buen vivir y para el régimen de desarrollo, y la protección de la biodiversidad y recursos naturales en el marco que la Constitución de la República del Ecuador y el orden jurídico lo establecen.

Criterio ratificado en los posteriores dictámenes de constitucionalidad. La sentencia 122-21-IN/24, de 27 de junio de 2024, resuelve una acción pública de inconstitucionalidad presentada por dos ciudadanos contra varios artículos del Acuerdo Ministerial MAAE-2021-023 del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica. Este acuerdo regula el proceso para obtener el acto administrativo previo de no afectación a cuerpos de agua, un requisito obligatorio para actividades mineras según el artículo 26 de la Ley de Minería. Los accionantes alegaban que las normas impugnadas permitirían actividades mineras que podrían afectar recursos hídricos sin suficientes controles, contraviniendo disposiciones constitucionales sobre derechos de la naturaleza, principios ambientales y el orden de prelación del derecho al acceso al agua. de fecha 27 de junio de 2024, Si bien en la sentencia se enfatiza que la minería no se encuentra expresamente prohibida en la Constitución, reconoce la posibilidad de que la misma sea prohibida por decisión popular:

56. [...] Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia de este Organismo, existe la posibilidad de que en virtud de una consulta popular, por ejemplo, se prohíba la minería (en sus distintas escalas) en una o más cuencas hidrográficas determinadas.

Efectivamente, a través de la consulta popular como mecanismos de democracia directa se ha prohibido la minería en el cantón Cuenca (Dictamen 6-20-CP/20), en las fuentes de agua de Kim-sacocha y en el Chocó Andino (Dictamen No. 7-21-CP y acumulado/22). En estos casos, la Corte Constitucional validó la necesidad y justificación de que la ciudadanía que recibe los impactos de la actividad minera pueda establecer una prohibición expresa a través de su voto en un mecanismo de democracia directa.

En cuanto al fundamento de la Consulta en el cantón Cuenca, en el Dictamen 6-20-CP/20 la Corte Constitucional comprobó que:

24. Todos estos cumplen con los requisitos prescritos en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por cuanto establecen, de forma sencilla y comprensible una descripción que tiene relación causal con lo que se pretende consultar. Para ello, se incluyen, además, cifras oficiales, datos técnicos, conceptos e información que permite comprender a los electores el ámbito, motivo y fin que persigue la consulta planteada.

En función de esta información técnica y objetiva, la gran mayoría del electorado votó a favor de prohibir la minería en el cantón Cuenca y sus fuentes de agua.

En la misma línea, en el Dictamen No. 7-21-CP

36. Con respecto a los considerandos de contexto fáctico, espacial, demográfico y técnico, se evidencia que los mismos tienen como finalidad suministrar información específica y referencias documentales “verificables” acerca de las características geográficas e importancia ecológica de los territorios que conforman la Mancomunidad del Chocó Andino, al igual que su capacidad o potencial minero; lo que denota su relación directa con el objeto de la consulta.

De igual forma, la ciudadanía que recibe los impactos negativos de la actividad minera así como la importancia de la naturaleza y sus ciclos vitales, votó de manera afirmativa para prohibir este tipo de actividad en el Chocó Andino. Con lo cual, se observa claramente que la alegada utilidad pública calificada de forma general y a priori desconoce los impactos negativos de esta actividad en los derechos constitucionales, tanto individuales como derechos de la naturaleza.

Consulta ambiental

La Corte Constitucional ha analizado la importancia y alcance de la consulta ambiental, estableciendo, en lo pertinente, que para garantizar este derecho no se puede partir de una decisión previamente adoptada respecto del proyecto cuyos impactos son objeto de consulta. Con lo cual, si la minería provoca impactos en el medio ambiente la calificación a priori que realiza el artículo 15 de la Ley de Minería resulta contrario al derecho a la consulta ambiental establecido en la constitución y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la sentencia No. 22-18-IN/21, caso Manglares, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una acción pública de inconstitucionalidad presentada por organizaciones ambientales contra varios artículos del Código Orgánico del Ambiente (COAM) relacionados con manglares, monocultivos y procedimientos de consulta. El caso es emblemático porque reconoció expresamente a los ecosistemas de manglar como titulares de derechos de la naturaleza, estableció límites constitucionales a actividades productivas en zonas de manglar, declaró inconstitucional la permisión de monocultivos en áreas degradadas, y definió estándares para la consulta ambiental distinguiéndola de la consulta previa indígena. En esta sentencia, caso de los Manglares, la Corte estableció:

145 El segundo elemento del artículo constitucional es la consulta propiamente dicha, que implica la participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones. El fin de la participación ciudadana no se alcanza únicamente con informar.

146. El fin de la consulta es el de un diálogo de ida y vuelta antes de tomar una decisión sobre una política, o proyecto, durante la implementación de la política y proyecto (si es que se decidió participativamente implementarlo), y mientras dure la ejecución del mismo.

147. El diálogo no puede partir con una decisión previamente tomada. Si hay decisión previa, entonces no es una consulta sino el mero cumplimiento de una formalidad que consiste en informar, y sería contraria a la buena fe con la que esta consulta debe desarrollarse. (el resaltado nos pertenece)

En la sentencia 51-23-IN/23, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo 754, que reformaba el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, específicamente en lo relacionado con el procedimiento de consulta ambiental. El caso fue presentado por representantes de organizaciones indígenas y de derechos humanos, quienes argumentaron que el decreto vulneraba el principio de reserva de ley al regular mediante un reglamento aspectos que, según el artículo 398 de la Constitución, debían ser regulados por ley orgánica. La Corte analizó si el decreto transgredía el principio de reserva de ley orgánica al regular elementos esenciales del derecho a la consulta ambiental, como los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y objeción. Finalmente, la Corte declaró la inconstitucionalidad por la forma del decreto, pero difirió sus efectos hasta que la Asamblea Nacional emitiera una ley que desarrollara el contenido de la consulta ambiental, estableciendo también lineamientos para la aplicación provisional del decreto. En la citada sentencia 51-23-IN/23 la Corte Constitucional reiteró:

En relación con el objeto del derecho, la consulta ambiental opera frente a cualquier decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente. A la luz del texto constitucional y los principios del Acuerdo de Escazú, la Corte ha indicado que tiene dos elementos básicos: 1) el acceso a la información ambiental que debe garantizar que la información sea accesible, clara, objetiva y completa.

Este elemento está conectado con el deber de garantizar el derecho de participación en los procesos de toma decisiones ambientales, procesos que deben ser efectivos, comprensibles y oportunos; y, 2) la consulta en sí misma, que debe ser oportuna, previa, participativa e inclusiva. Esta participación de la ciudadanía quiere decir que la consulta debe ser un diálogo de ida y vuelta de buena fe, que no puede partir de una decisión previamente tomada y no se agota en la formalidad de informar.⁶⁶ (resaltado nos pertenece)

Finalmente, en la sentencia 122-21-IN/24 la Corte Constitucional recuerda:

Cuando la explotación minera pueda afectar al ambiente, deberá realizarse la consulta ambiental en los términos del artículo 398 de la Constitución.

Derechos Colectivos

En cuanto a los derechos colectivos, particularmente la consulta previa y territorio ancestral, al resolver la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la Corte Constitucional para el período de transición aceptó que una declaratoria general de utilidad pública, establecida en el artículo 15 de la Ley de Minería viola los derechos colectivos consagrados en la Constitución de la República y, en consecuencia, declaró la constitucionalidad condicionada del citado artículo, en los siguientes términos:

Por estas razones, no cabe hablar de una declaratoria general de utilidad pública que tenga como consecuencia la determinación del justo precio en los territorios indígenas. Consentir una interpretación distinta tornaría a la misma en inconstitucional, porque eventualmente acarrearía el desplazamiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades de sus tierras ancestrales, aspecto que devendría en la vulneración al artículo 1 de la Constitución de la República.

Lo mismo ocurre con las servidumbres que tratan los artículos 100 a); 101; 102, 103; 104 y 105 de la Ley de Minería, cuyas disposiciones sólo son aplicables a los territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. [...]

En cuanto a los artículos 28, 31 y 59 de la Ley de Minería, atinentes a la libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias provenientes de un título de concesión minera, esta Corte, siguiendo la misma línea argumental expuesta, para analizar la constitucionalidad de la declaratoria de utilidad pública y la constitución de servidumbres, considera que sería inconstitucional la aplicación de estas normas a los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en razón de su carácter inembargable, inalienable e imprescriptible.

[...] esta Corte deja en claro, en uso de una sentencia constitucional condicionada, que las normas examinadas referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbres de tránsito, otorgamiento de concesiones mineras, construc-

ciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y la consulta ambiental, son constitucionales siempre que no se apliquen los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades. (el resaltado nos pertenece)

Si bien la sentencia analiza la inconstitucionalidad de una declaratoria de utilidad pública aplicable al territorio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en virtud de la relación de los derechos colectivos con el territorio, se debe recordar, tal como se ha analizado a lo largo de este acápite, que la actividad minera impacta no solo en los derechos colectivos sino también en los derechos de la naturaleza y los derechos individuales, principalmente los económicos, sociales y culturales.

Por lo tanto, el criterio aplicado por la entonces Corte Constitucional resulta aplicable a la declaratoria general de utilidad pública no solo en territorios ancestrales, sino en todos aquellos casos en que dicha actividad genere violación de derechos.

Finalmente, para garantizar la propiedad colectiva, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, se han establecido en la legislación ecuatoriana una serie de mecanismos, que tienen también rango convencional, como la consulta previa. Los cuales deben ser aplicados en cada caso en el que exista actividad extractiva, puntualmente minería, y que afecten los derechos de las comunidades que se encuentren en el área de influencia de dicha actividad.

Al respecto, en la sentencia 122-21-IN/24, de fecha 27 de junio de 2024, la Corte Constitucional reitera:

55.En virtud de esa lectura sistemática de la Constitución este Organismo también debe insistir en que, si bien la explotación minera es una actividad que se encuentra expresamente prevista en la Constitución, para que se pueda realizar esta actividad, deben tomarse en cuenta todas las disposiciones que, al respecto, contiene la propia Constitución:

[...] ii) La explotación minera requiere de la conducción de la consulta previa, libre e informada a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidad indígenas cuando los recursos se encuentren en sus territorios y la actividad pueda afectarles ambiental o culturalmente.

Para asegurar la efectividad de estas garantías y derechos, no se puede partir de una declaratoria a priori de la actividad minera como de utilidad pública, de lo contrario, los derechos colectivos consagrados en la constitución, como la consulta previa quedarían vaciados de contenido.

5 Argumentos a favor de la utilidad pública de la minería

En contraposición, el concepto de utilidad pública, empleado en la Ley de Minería para legitimar, a priori, una actividad potencialmente perjudicial para la naturaleza y eventualmente violatoria de derechos, ha sido aplicado por los jueces en aquellos casos en los que la ciudadanía ha presentado garantías jurisdiccionales para frenar las concesiones mineras ante las violaciones concretas de derechos debido a proyectos de minería a gran escala. Como ejemplo cabe citar el proyecto Mirador, en el cual se presentó una acción de protección que fue rechazada en primera y segunda instancia. Actualmente, dicho proceso se encuentra en conocimiento de la Corte Constitucional y, adicionalmente, es parte de una petición individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia de primera instancia:

[...] sin que se pueda obviar el hecho cierto de que la explotación de dicho recursos es de interés nacional, ya que va en favor de todas y todos los ecuatorianos y del desarrollo del Estado, previsto en los Arts. 3 numeral 5 y 275 de la Constitución de la República del Ecuador. [...] de tal manera que en nuestro sistema jurídico, se establece que el buen vivir o sumak kawsay está sobre los intereses particulares, de tal suerte que el Estado debe procurar que la sociedad a quien representa alcance el bien común, y para ello el Estado debe tener un desarrollo económico sustentable, para el cumplimiento de sus fines sociales.

Sentencia de segunda instancia:

[...] el ejercicio de ponderación justamente se analiza desde el punto de vista del mejoramiento de la condiciones de vida de la sociedad en su conjunto frente al impacto ambiental que se podría provocar en una determinada área. Este pretendido mejoramiento de las condiciones de vida, recursos y desarrollo está por encima, ciertamente, del impacto en una determinada zona.

tenemos que los accionantes, [...] sostienen, que para el ecosistema de esta Cordillera, resultaría ser catastrófico, al verse afectado con la extinción de las especies y reptiles de la zona[...].” Cuando es evidente que la zona se halla ‘focalizada’ y ‘pendiente’ de asegurar (conforme consta del Contrato) que el impacto ambiental sea reducido garantizando el cumplimiento de medidas adecuadas; es decir, contienen argumentaciones generalizadas y con evidente sesgo de argumentación dirigido a las consecuencias; esto es, dar por hecho una consecuencia que siendo previsible, es evidentemente subsanable en la medida de ejercer protección responsable; conforme las exigencias del marco legal ambientalista y del contrato de explotación minera mismo.

Como se observa, los juzgadores consideran que los alegados beneficios de la actividad minera para los derechos de la población en general justifican las violaciones concretas de derechos humanos así como los daños en el medio ambiente. Sin embargo, los juzgadores emplean este concepto de forma genérica, sin realizar un análisis de las violaciones en contraposición con beneficios concretos, tangibles y demostrados. Nuevamente, el concepto de utilidad pública se vacía de contenido. Pero lo que es más importante, ni si quiera un beneficio probado justifica la

violación de los derechos consagrados en la constitución. Tal como expresamente lo establece el artículo 313⁴⁵ de la Constitución.

En el trámite ante la CIDH, el 09 de marzo del 2022 el organismo interamericano emitió informe de admisibilidad por la violación de los derechos a la vida (artículo 4), garantías judiciales (artículo 8), protección judicial (artículo 25) y derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2). Respecto a las decisiones judiciales previamente transcritas, en su Informe de Admisibilidad la CIDH considera:

1. En el presente caso, la CIDH observa que si bien los tribunales internos consideraron que no existió una vulneración al derecho al medio ambiente y, en base a ello, rechazaron la demanda presentada por las presuntas víctimas, tal análisis no habría tomado en consideración los daños e impactos producidos en las zonas aledañas al proyecto Mirador 1, lo que habría provocado una serie de consecuencias en los modos de vida de las presuntas víctimas. Por el contrario, si bien las presuntas víctimas habrían adjuntado a su demanda cerca de veintiséis anexos que demostrarían las citadas consecuencias, los órganos de justicia no habrían fundamentado por qué las pruebas recabadas no demostrarían una vulneración al derecho al medio ambiente y al agua. Finalmente, la Comisión nota que a pesar de que a la fecha ya estarían ocurriendo daños al medio ambiente, el Estado no ha aportado información que demuestre la mitigación de estos.

45. Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

46. Art. 407.- (Reformado por el Anexo No. 5 de la Pregunta No. 5 del Referéndum, efectuada el 4 de febrero de 2018, R.O. 181-S, 15-II-2018).-Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular. Se prohíbe todo tipo de minería metálica en cualquiera de sus fases en áreas protegidas, centros urbanos y zonas intangibles.

47. En virtud de esa lectura sistemática de la Constitución este Organismo también debe insistir en que, si bien la explotación minera es una actividad que se encuentra expresamente prevista en la Constitución, para que se pueda realizar esta actividad, deben tomarse en cuenta todas las disposiciones que, al respecto, contiene la propia Constitución: Los recursos obtenidos de la minería, como recursos naturales no renovables, pertenecen al patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado de conformidad con el artículo 1 de la Constitución.

ii) La explotación minera requiere de la conducción de la consulta previa, libre e informada a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidad indígenas cuando los recursos se encuentren en sus territorios y la actividad pueda afectarles ambiental o culturalmente. Además, las comunas, comunidades, pueblos y 16 Quito: José Tamayo E10-25 y Lizardo García. Tel. (593-2) 394-1800 www.corteconstitucional.gob.ec Guayaquil: Calle Pichincha y Av. 9 de Octubre. Edif. Banco Pichincha 6to piso email: comunicacion@cce.gob.ec

nacionalidades indígenas tienen derecho a “participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen”. Esto, de conformidad con el artículo 57 numeral 7 de la Constitución.

iii) Cuando la explotación minera pueda afectar al ambiente, deberá realizarse la consulta ambiental en los términos del artículo 398 de la Constitución.

iv) Cuando la explotación minera provoque un impacto ambiental grave o permanente, el Estado está obligado a establecer “los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”. Esto, de conformidad con el artículo 72 de la Constitución.

6 Conclusión

El concepto de utilidad pública es un concepto indeterminado cuyo alcance y contenido se ha desarrollado a través de la jurisprudencia. En un Estado Constitucional de Derechos como el Ecuador, este concepto se configura por la satisfacción de los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, una actividad justificada como de utilidad pública debe procurar la garantía de los derechos de la mayoría sin violar los derechos de la minoría.

Adicionalmente, la Constitución del Ecuador reconoce a la naturaleza como titular de derechos. En consecuencia, cualquier actividad del Estado debe justificarse también en el marco del respeto de sus derechos. Es decir, la utilidad pública permite una restricción proporcional de derechos individuales en busca del bien general, mas no la violación de derechos humanos y de la naturaleza.

En el caso de la minería, catalogada a priori como una actividad de utilidad pública, se debe valorar si la actividad produce la garantía de derechos, individuales y colectivos, o si la calificación busca justificar un beneficio particular, utilidades económicas de particulares, sacrificando derechos individuales, colectivos y de la naturaleza.

Como se ha desarrollado a lo largo de este documento, existe amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se recogen diferentes estrategias de la ciudadanía para frenar o evitar la ejecución de proyectos mineros en sus respectivas comunidades y cantones. El concepto de utilidad aplicable a la minería resulta cada vez más cuestionable.

Aunque en la sentencia 122-21-IN/24, emitida en junio del 2024, la Corte Constitucional señaló que esta es una actividad expresamente permitida en la Constitución, no es menos cierto que existen una serie de salvaguardas y garantías que se deben observar y aplicar antes de la aprobación de un proyecto minero. Adicionalmente, lo analizado en dicha sentencia sobre el alcance de la prohibición establecida en el artículo 407 de la Constitución entra en contradicción con el criterio establecido en la sentencia No. 1149-19-JP/21, del 10 de noviembre del 2021, caso Los Cedros.

Al respecto, la remisión que realiza el párrafo 55 de la sentencia 122-21-IN/24 si bien es correcta resulta difusa y abstracta. De conformidad al criterio establecido en el precedente Los Cedros, la minería no solo está limitada y regulada por la Constitución (y las normas citadas) si no también por otros derechos constitucionales, la jurisprudencia constitucional y las normas supra e infra constitucionales. Esto tiene consecuencias prácticas como por ejemplo el mayor o menor control de la actividad minera en bosques protectores, que no son áreas protegidas ni intangibles pero pueden tener gran valor en biodiversidad o hídrico. Con lo cual, el criterio establecido en la sentencia 122-21-IN/24 podría ser considerado regresivo. Finalmente, la Corte Constitucional no ha motivado por qué razón se justificaría que se aparte del estándar establecido en el caso Los Cedros.



3 BOLIVIA

Sistematización y análisis de jurisprudencia en Bolivia: disputas de significado sobre los conceptos de interés nacional y utilidad pública de la minería en territorios en resistencia en América Latina

Franco Albarracin⁴⁸ y Diego Gutierrez⁴⁹

48. Abogado boliviano especialista en derechos humanos y medio ambiente. Actualmente es abogado en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Cuenta con una trayectoria de cinco años en el Centro de Documentación e Información Bolivia (CEDIB) y ejerció como Secretario Jurídico de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia durante años. A nivel internacional, integró la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de la CIDH y ha colaborado como consultor para diversas organizaciones de la sociedad civil. Posee una Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University, además de estudios de posgrado en medio ambiente, derecho penal y relaciones internacionales. Durante su gestión en el CEDIB, lideró el desarrollo de precedentes jurídicos sobre utilidad pública y conceptos análogos en Bolivia, analizando casos emblemáticos vinculados a actividades extractivas y sus impactos socioambientales.

49. Abogado experto en Derechos Humanos y litigio estratégico, especializado en la defensa técnica de comunidades y casos de alto impacto. Consultor jurídico en CEDIB, UNITAS y APDHB, diseñando tácticas judiciales de protección para defensores y poblaciones vulnerables. Asesor jurídico de primera línea en representación legal directa y la asesoría jurídica especializada en materia penal y constitucional.



1 *Introducción*

La categoría de “utilidad pública” en el marco jurídico boliviano ha sido un concepto ampliamente utilizado para justificar la ejecución de proyectos extractivos y de grandes infraestructuras, particularmente en sectores estratégicos como la minería, los hidrocarburos y la agroindustria. Sin embargo, su interpretación y aplicación han generado tensiones significativas entre el Estado, las comunidades indígenas, los defensores del medio ambiente y la sociedad civil en general.

En Bolivia, el concepto de utilidad pública está profundamente vinculado a los principios constitucionales, como el interés general, la soberanía sobre los recursos naturales y la obligación estatal de garantizar el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos de los pueblos indígenas. Este informe busca analizar cómo se ha definido y aplicado la utilidad pública en el marco legal boliviano, revisando tanto la Constitución Política del Estado (CPE) como normativa secundaria y su relación con estándares internacionales.

Este análisis también aborda la interacción de la utilidad pública con tratados internacionales ratificados por Bolivia, con un enfoque en los derechos humanos y la protección del medio ambiente, lo que revela cómo este concepto ha sido utilizado para legitimar actividades extractivas en áreas protegidas y territorios indígenas.

2 *Descripción de la situación actual de la explotación de recursos naturales en Bolivia*

2.1 **Contexto histórico y político de la minería, extracción de oro, litio y petróleo en Bolivia**

La minería ha sido el motor económico de Bolivia desde la época colonial. Durante los siglos XVI y XVII, el Cerro Rico de Potosí se convirtió en el epicentro de la explotación de plata, generando riquezas para Europa, pero dejando una fuerte desigualdad económica y social en el territorio boliviano. En el siglo XX, el auge del estaño consolidó un nuevo modelo extractivista liderado por los “barones del estaño”. Este ciclo culminó con la nacionalización de las minas en 1952, dando lugar a la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL).

Actualmente, la minería sigue siendo una actividad predominante, pero ha sufrido un proceso de descentralización hacia cooperativas mineras y actores informales. En particular, la extracción de oro ha cobrado importancia en los últimos años, especialmente en la Amazonía, donde predomina la minería artesanal e informal. Este sector opera bajo regulaciones débiles, exacerbando conflictos sociales y provocando impactos ambientales severos debido al uso de mercurio y la falta de control gubernamental.

2.2 Extracción de oro y el litio

Bolivia ha experimentado un aumento significativo en la minería aurífera, especialmente en áreas como la cuenca del río Beni y el Parque Nacional Madidi. Aunque es una fuente importante de ingresos, el uso de mercurio ha contaminado ríos y ecosistemas, afectando la salud de comunidades indígenas y vulnerando derechos humanos. A pesar de que el Convenio de Minamata fue ratificado por Bolivia, su implementación práctica enfrenta obstáculos considerables.

Bolivia alberga alrededor del 21% de las reservas mundiales de litio en el Salar de Uyuni, lo que posiciona al país como un actor clave en la transición energética global. Sin embargo, la estrategia estatal de industrialización del litio ha sido objeto de críticas debido a su limitada ejecución y escasos resultados.

El Estado, a través de Yacimientos de Litio Bolivianos (YLB), controla la extracción y producción de litio. Aunque se han construido plantas piloto e industriales, estas operan muy por debajo de su capacidad debido a deficiencias técnicas y falta de innovación tecnológica. En 2021, Bolivia anunció la adopción de la tecnología de Extracción Directa de Litio (DLE), firmando contratos con empresas extranjeras como Uranium One y CATL, lo que ha generado tensiones con comunidades locales. La extracción de litio implica un uso intensivo de agua dulce y salada, lo que amenaza los ecosistemas locales y los derechos de comunidades indígenas, quienes han denunciado la falta de consulta previa y los riesgos de agotamiento de recursos hídricos⁵⁰.

3 *Análisis normativo de la utilidad pública en el contexto boliviano*

3.1 **Revisión de la Constitución Política del Estado (CPE) y normativa nacional relevante sobre la utilidad pública en proyectos extractivos**

La “Utilidad Pública” en la Constitución boliviana la Constitución Política del Estado (CPE) de 2009, en su Artículo 349, establece que los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado en función del interés colectivo. Aunque no define explícitamente el término “utilidad pública”, lo vincula a principios como la soberanía nacional, el bienestar general y la redistribución equitativa de los beneficios derivados de la explotación de recursos.

Por su vez, el artículo 403 de la CPE declara que los territorios indígenas son indivisibles e inembargables, estableciendo que su afectación por actividades extractivas solo puede justificarse bajo los

⁵⁰. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 191º Período de Sesiones, Regional: Impactos de la extracción de minerales en el contexto de transición energética. 15 de noviembre de 2024.

principios de utilidad pública y consulta previa⁵¹. Sin embargo, la ley 535 de Minería y Metalurgia (2014) especifica que la actividad minera es de interés público y utilidad estatal, otorgando prioridad a proyectos extractivos incluso en áreas protegidas y territorios indígenas. Aunque establece la necesidad de cumplir con procedimientos de consulta previa, la implementación de este derecho ha sido cuestionada por su carácter más formal que efectivo.

De la misma manera, el Decreto Supremo 2366 (2015) permite la exploración y explotación de hidrocarburos en áreas protegidas, argumentando la utilidad pública de estas actividades. Este decreto ha sido criticado por su impacto negativo en la biodiversidad y los derechos de las comunidades indígenas, particularmente en reservas como Tariquía y el TIPNIS.

3.2 Contradicciones entre Normas Ambientales y la Declaración de Utilidad Pública

El principio de no regresión ambiental, reconocido en el Artículo 13 de la CPE, prohíbe la emisión de normas que reduzcan los estándares de protección ambiental. Sin embargo, varias normativas como la Ley 741 (que flexibiliza desmontes para uso agrícola) han sido interpretadas como retrocesos en la protección ambiental en favor de actividades declaradas de utilidad pública.

A pesar de que los derechos de los pueblos indígenas gozan de un sustento constitucional en base a una supuesta protección de los derechos constitucionales, las leyes específicas se encuentran en una clara contraposición a estos derechos de las naciones y pueblos indígenas, incluso menoscabando su derecho constitucional y ancestral de libre disposición de sus recursos.

Por ejemplo, los arts. 211, 212, 213, 214 y 215 de la Ley de Minería y Metalurgia, establecen el procedimiento que debe efectuarse para la consulta previa, el mismo que no respeta el derecho a la propiedad colectiva de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos (NyPIOC) la normativa citada señala que: “El Ministerio de Minería y Metalurgia, mediante Resolución Ministerial, previo informe técnico de la unidad correspondiente, resolverá el caso en el marco de las normas legales aplicables, dirimiendo las diferencias y resolviendo sobre los derechos y obligaciones alegados”⁵².

De la misma forma el Reglamento de Otorgación y Extinción de Derechos Mineros, aprobado mediante Resolución Ministerial (RM) 023/2015 de 30 de enero, desconoce muchos derechos constitucionales con relación a la consulta previa, en afanes de prevalencia de la llamada “Utilidad Pública” esto porque somete a los pueblos indígenas originarios a serie de requisitos y formalidades que deben de cumplir para hacer sus derechos en sus propios territorios e incluso a pesar de esto, sorteando todos estos obstáculos la ley es totalmente desfavorable para ellos.

51. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Artículo 403: Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades. II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos.

52. Artículo 215, Ley de Minera y Metalurgia

El artículo 35 parágrafo II de este reglamento establece que:

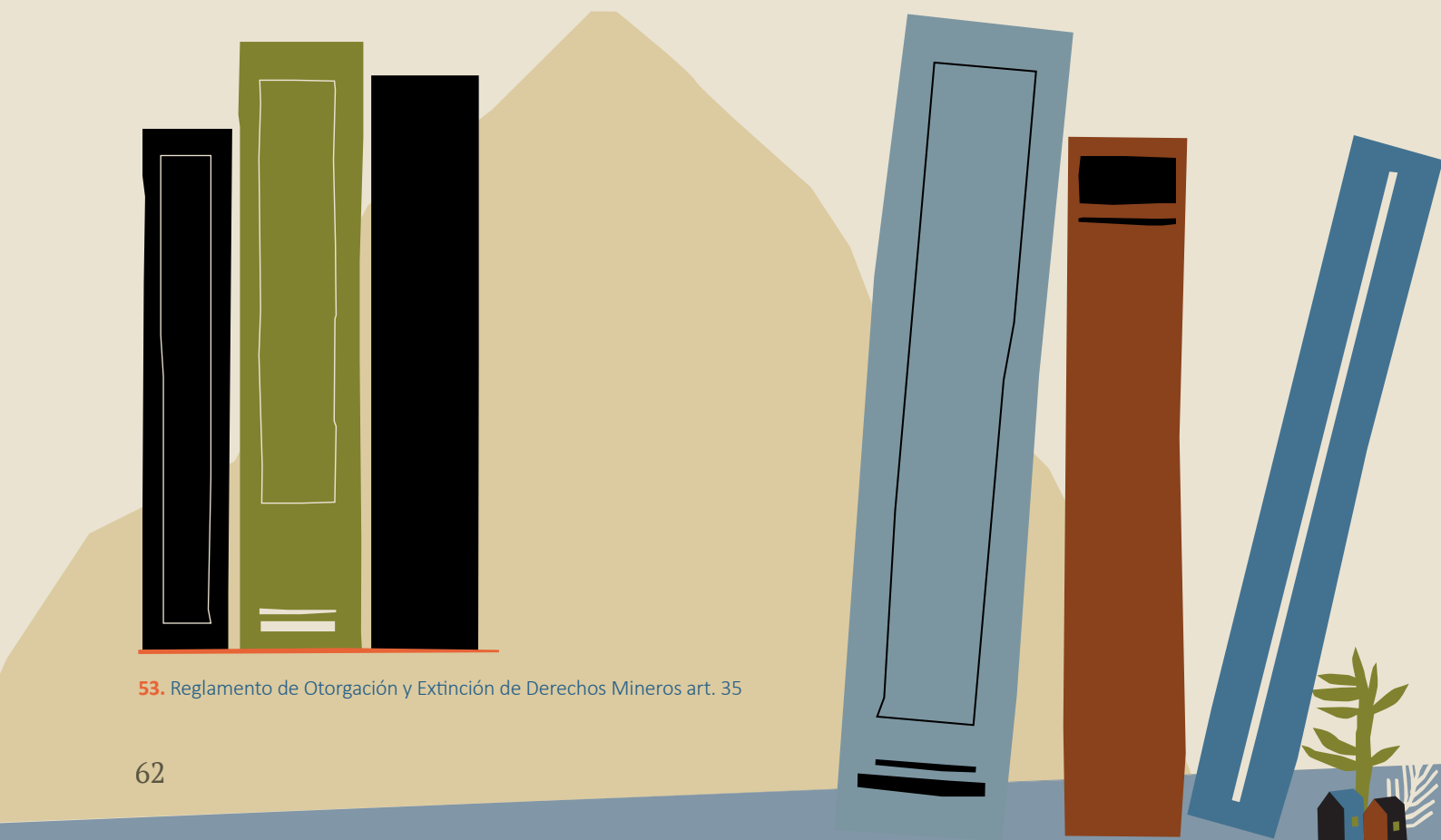
“En caso de que el o los sujetos de consulta no asistieren a las reuniones convocadas por dos veces consecutivas, se tendrá por aceptado el Plan del Trabajo y se proseguirá con el trámite de solicitud de Contrato Administrativo Minero”² excluye del procedimiento a las NyPIOC cuando estos no se presenten por dos veces consecutivas a las reuniones, teniéndose por aceptado el plan de trabajo y consiguientemente el trámite de solicitud de contrato administrativo minero”⁵³.

De la misma forma la normativa establece que cualquier tipo de controversia con relación a la explotación de los recursos naturales, o el perjuicio que pudiera ocasionar las concesiones mientras definidas como “Utilidad Pública” deben ser resueltos por la Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera (AJAM) y en mayor instancia por el Ministerio de Minería y Metalurgia, sometiendo a las comunidades a una serie de trámites administrativos interminables para ejercer sus derechos.

El sistema actual parece diseñado para desgastar a las comunidades y a la sociedad a través de una interminable rueda de solicitudes y procedimientos burocráticos. La realidad es que, antes de poder agotar las fases internas del proceso (por el principio de subsidiariedad) o de siquiera considerar otras vías para exigir sus derechos, las comunidades y la sociedad en general se ven completamente agotadas por trámites excesivamente largos y repetitivos.

Esto ha derivado en que el problema de la utilidad pública se proteste por otros medios como acciones populares o acciones de inconstitucionalidad. A veces, tales acciones, tratan de atacar el sistema por evitar la protección de los derechos de las personas y de la comunidad. Por otras, las comunidades en uso legítimo de sus derechos y costumbres y de la jurisdicción indígena originaria campesina, realizan acciones de hecho (desalojo o toma pacífica) de los ambientes de las empresas mineras, derivando paradójicamente en que ahora estas instituciones explotadoras de recursos accionen procesos constitucionales para defender los supuestos derechos que ha vulnerado la comunidad, protegiendo de esta forma la explotación minera y la “utilidad pública” de dicha explotación.

53. Reglamento de Otorgación y Extinción de Derechos Mineros art. 35



4 *Breve referencia al contexto internacional y tratados ratificados por Bolivia en materia de derechos humanos y medio ambiente*

Bolivia, como Estado miembro de la comunidad internacional, ha ratificado una serie de tratados y acuerdos internacionales que establecen estándares importantes sobre derechos humanos y medio ambiente. Estos instrumentos son fundamentales en el análisis de la “utilidad pública” debido a su influencia sobre las decisiones que afectan a comunidades indígenas, derechos colectivos y la protección del medio ambiente. Sin embargo, el nivel de cumplimiento y su articulación con la normativa interna reflejan importantes desafíos y contradicciones que merecen un análisis más detallado.

4.1 Acuerdo de Escazú (2019): Transparencia y justicia ambiental

El Acuerdo de Escazú, ratificado por Bolivia mediante la Ley 1182 del 3 de junio de 2019, constituye uno de los hitos más importantes en materia de acceso a la información, participación pública y justicia ambiental en América Latina y el Caribe. Este acuerdo tiene una relevancia directa para el tema de la utilidad pública, ya que establece obligaciones concretas para garantizar que las comunidades y grupos afectados puedan participar de manera efectiva en decisiones que impacten su entorno.

Bolivia fue un actor activo en el proceso de negociación del Acuerdo de Escazú, que deriva del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992. Este principio establece que los Estados deben promover la participación ciudadana, garantizar acceso a información ambiental y asegurar mecanismos efectivos de justicia en casos de controversias ambientales. Con la entrada en vigor del acuerdo en abril de 2021, Bolivia asumió el compromiso de alinear su normativa interna con los estándares del tratado.

A pesar de la ratificación del Acuerdo, su implementación efectiva ha sido limitada. En la práctica, los derechos de acceso a la información ambiental y participación pública son vulnerados recurrentemente. Por ejemplo:

- **La normativa boliviana, como la Ley 535 de Minería, otorga prioridad a actividades extractivas bajo la justificación de utilidad pública, sin garantizar plenamente la consulta previa ni el acceso a información sobre los impactos ambientales.**
- **Aunque el Acuerdo de Escazú enfatiza la obligación de los Estados de apoyar a las comunidades vulnerables para que puedan formular sus peticiones, el Estado boliviano no ha desarrollado mecanismos efectivos para facilitar este acceso en las zonas rurales e indígenas, dejando a estas comunidades en una posición desventajosa frente a proyectos extractivos.**

4.2 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): Consulta previa como derecho fundamental

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante la Ley 1257 de 1991, establece un marco jurídico vinculante para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y originarios, incluyendo su derecho a ser consultados sobre proyectos que puedan afectar sus territorios y modos de vida.

Bolivia se destacó como uno de los primeros países en América Latina en ratificar el Convenio 169, reflejando el reconocimiento de la diversidad cultural y la importancia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Este convenio ha sido ampliamente citado en la legislación interna, especialmente en la Constitución Política del Estado (2009), que consagra el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada (Art. 30.II).

En el contexto boliviano, el derecho a la consulta previa ha sido reconocido como un principio esencial para equilibrar las decisiones relacionadas con proyectos de utilidad pública. Sin embargo, en la práctica, las consultas realizadas suelen ser limitadas y formales, sin cumplir con el espíritu del convenio.

4.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): Derecho a un medio ambiente sano

Bolivia es parte del PIDESC, que establece el compromiso de los Estados de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluyendo el derecho al agua, la salud y un medio ambiente saludable. La Observación General No. 15 del PIDESC enfatiza que el acceso al agua es indispensable para una vida digna y que los Estados deben proteger este derecho frente a intereses económicos, como ocurre con proyectos extractivos. En el marco del PIDESC, Bolivia tiene la obligación de garantizar que las decisiones justificadas bajo el argumento de utilidad pública no vulneren derechos fundamentales. Sin embargo:

- Las políticas públicas y leyes, como la mencionada Ley 535 de Minería, han subordinado el derecho al agua y al medio ambiente a intereses económicos, sin mecanismos efectivos de protección.
- Casos como la contaminación del Lago Poopó, donde la actividad minera ha causado una degradación ambiental significativa, muestran cómo los derechos reconocidos por el PIDESC son frecuentemente vulnerados en contextos extractivos.

4.4 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992): Sostenibilidad y utilidad pública

La Declaración de Río, adoptada en la Cumbre de la Tierra de 1992, establece que los Estados deben garantizar que las decisiones relacionadas con el desarrollo económico sean sostenibles y

respeten los derechos humanos. El Principio 10, piedra angular del Acuerdo de Escazú, refuerza la necesidad de transparencia y participación ciudadana en decisiones ambientales.

La Declaración de Río inspiró muchos de los principios consagrados en la Constitución boliviana, como el respeto por la “Madre Tierra” y el desarrollo integral para el “Vivir Bien” (Art. 8 de la CPE). Sin embargo, en la práctica, Bolivia enfrenta grandes dificultades para implementar este principio, ya que:

- **El modelo económico extractivista ha priorizado proyectos de utilidad pública sin cumplir con los principios de sostenibilidad ambiental.**
- **La falta de políticas públicas coherentes para compatibilizar desarrollo económico y protección ambiental ha generado múltiples conflictos sociales.**

Si bien Bolivia ha ratificado tratados como el Acuerdo de Escazú y el Convenio 169 de la OIT, existen grandes brechas entre las obligaciones asumidas y su implementación efectiva. El uso del concepto similares al de utilidad pública para justificar proyectos extractivos muchas veces contradice los compromisos internacionales y los derechos consagrados en la normativa interna. Esto destaca la necesidad urgente de armonizar el marco legal boliviano con los estándares internacionales, garantizando que los proyectos de utilidad pública no sacrifiquen los derechos fundamentales ni el medio ambiente en nombre del desarrollo económico.

5 Descripción de casos relevantes

La utilización del concepto de “utilidad pública” o conceptos análogos ha sido central en la implementación de proyectos extractivos en Bolivia, justificando actividades que afectan territorios indígenas, áreas protegidas y recursos estratégicos como el litio. A continuación, se presentan casos paradigmáticos que reflejan cómo este concepto ha generado tensiones con los derechos humanos, los derechos territoriales y la protección ambiental. El análisis incluye la relevancia de estos casos en la jurisprudencia nacional, su impacto en las comunidades afectadas y su relación con la normativa vinculada a la utilidad pública.

Caso 1

Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sécure (TIPNIS)

El caso TIPNIS se originó en 2011 con la propuesta de construcción de una carretera que atravesaría el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sécure, hogar de los pueblos indígenas Mojeño, Yuracaré y Chimán. El proyecto fue declarado de utilidad pública, justificando su desarrollo en la necesidad de integración y desarrollo económico para la región.

Como pudo mencionarse previamente, este caso marcó un punto crítico en la lucha por los derechos territoriales de las comunidades indígenas. A pesar de la garantía constitucional del derecho a la consulta previa (Art. 30.II de la CPE) y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la consulta no fue realizada de manera adecuada ni vinculante. La construcción de la carretera afectó ecosistemas frágiles y promovió actividades como la deforestación y la colonización no planificada. El proyecto del TIPNIS ejemplifica cómo el Estado boliviano ha utilizado un supuesto interés público o general para justificar proyectos extractivos y de infraestructura, ignorando estándares internacionales sobre consulta previa y sostenibilidad.

Caso 2

Salar de Uyuni y la explotación del litio

El Salar de Uyuni es una de las mayores reservas de litio del mundo y ha sido declarado estratégico para la transición energética global. El gobierno de Bolivia, bajo la administración de Evo Morales, impulsó la industrialización del litio a través de la estatal Yacimientos de Litio Bolivianos (YLB), priorizando este recurso como de “utilidad pública” para el desarrollo nacional.

Según datos recientes, la extracción de litio requiere grandes volúmenes de agua. Se estima que las plantas de cloruro de potasio y carbonato de litio consumen hasta 18,5 millones de metros cúbicos anuales, un nivel insostenible en una región árida como el sudoeste potosino. Este consumo afecta tanto las salmueras como los recursos hídricos dulces, lo que pone en riesgo la seguridad hídrica y la biodiversidad local.

A pesar de la obligación de consulta previa según la CPE y el Convenio 169 de la OIT, las consultas realizadas en 2012 y 2018 carecieron de estándares de transparencia, participación efectiva y respeto por los derechos de las comunidades indígenas.

En 2024, la Resolución Administrativa 046/2024 clasificó tecnologías de extracción como “inocuas,” debilitando los requisitos para Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA). Esto redujo aún más la capacidad de las comunidades para oponerse a los proyectos. El gobierno ha argumentado que la explotación del litio contribuirá al desarrollo nacional mediante la generación de ingresos y su integración en la transición energética global. Sin embargo, este discurso ha priorizado intereses económicos inmediatos sobre los derechos de las comunidades indígenas y la sostenibilidad ambiental.

Este caso evidencia cómo la falta de una evaluación rigurosa de las implicaciones sociales y ambientales de proyectos de utilidad pública puede vulnerar principios constitucionales como el derecho a un medio ambiente sano (Art. 33 de la CPE) y el acceso equitativo a los beneficios derivados de los recursos naturales.

Caso 3

Reserva Nacional de Flora y Fauna Tariquía

La Reserva Tariquía, ubicada en el departamento de Tarija, ha sido objeto de controversia debido a la autorización de proyectos hidrocarburíferos en su territorio. En 2015, el gobierno firmó contratos con empresas extranjeras para la exploración de gas natural, justificando estas actividades como de utilidad pública.

Los proyectos comprometen ecosistemas frágiles, afectando la biodiversidad y los recursos hídricos de la región. Las comunidades locales han denunciado la destrucción de fuentes de agua esenciales para la agricultura y la vida diaria. Las comunidades campesinas e indígenas afectadas no fueron consultadas de manera adecuada, violando normativas nacionales e internacionales sobre consulta previa.

La resistencia organizada de las comunidades llevó a bloqueos de accesos a la reserva y a denuncias internacionales, destacando la importancia de la consulta previa y el respeto por las áreas protegidas.

En este caso, el argumento de utilidad pública o interés general fue utilizado para justificar actividades extractivas en áreas protegidas, desnaturalizando el propósito original de estas áreas. Esto refleja un uso instrumental del concepto para beneficiar intereses corporativos sobre los derechos colectivos y ambientales.

Este caso evidencia cómo la falta de una evaluación rigurosa de las implicaciones sociales y ambientales de proyectos de utilidad pública puede vulnerar principios constitucionales como el derecho a un medio ambiente sano (Art. 33 de la CPE) y el acceso equitativo a los beneficios derivados de los recursos naturales⁵⁴.

6 *Jurisprudencia sobre utilidad pública*

El Tribunal Constitucional boliviano no tiene abordajes significativos referidos a la “utilidad pública” y conceptos análogos. Empero, existe un caso que podemos mencionar:

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) N° 0300/2012 surge en el marco de la controversia sobre la construcción de la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos, que atravesaría el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sécure (TIPNIS). El proyecto fue impulsado por el Estado boliviano bajo el argumento de que era un proyecto de utilidad pública e interés nacional, orientado a supuestamente promover la integración territorial y el desarrollo económico.

El gobierno defendió la construcción de la carretera como una supuesta vía estratégica para conectar los departamentos de Cochabamba y Beni, mejorar el acceso a mercados y fortalecer la economía regional. Este razonamiento se basó en principios constitucionales de desarrollo y soberanía nacional, vinculados a la explotación de recursos naturales y la ampliación de la infraestructura vial.

Las comunidades indígenas Mojeño-Trinitario, Yuracaré y Chimán, habitantes del TIPNIS, argumentaron que el proyecto no era realmente de utilidad pública, sino que respondía a intereses económicos ligados a actividades extractivas, especialmente relacionadas con la expansión del agronegocio y la explotación de recursos naturales en la región.

La sentencia establece un marco interpretativo fundamental sobre lo que podemos entender por interés general, si bien no hace una mención expresa a “utilidad pública”, se entiende que el Estado promovió la construcción de la carretera por supuestamente beneficiar a un interés general o público.

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) determinó que este interés general no puede ser utilizado de manera discrecional para justificar proyectos que afecten derechos fundamentales. En ese sentido, toda intensión para supuestamente beneficiar al conjunto de la población o el Estado debe estar sujeto a principios constitucionales y al respeto por los derechos colectivos, ambientales y culturales.

54. Sentencia Constitucional Plurinacional N°0300/2012 de 18 de junio de 2012.

En este caso, el TCP señaló que no se demostró de manera adecuada cómo el proyecto beneficiaría directamente a las comunidades indígenas del TIPNIS. Por el contrario, los impactos sociales y ambientales negativos superaban los posibles beneficios.

El Tribunal afirmó que la consulta previa, libre e informada (artículo 30.II.15 de la CPE) es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que debe ser respetado antes de ejecutar cualquier proyecto que afecte sus territorios. Este derecho no puede ser omitido bajo el argumento relacionado con el interés general o la utilidad pública⁵⁵.

En ese sentido, los proyectos que supuestamente benefician al conjunto de la población deben ser compatibles con la protección de derechos colectivos, como el derecho al territorio, la autodeterminación y la gestión de recursos naturales. En este caso, la construcción de la carretera debía respetar el estatus del TIPNIS como territorio indígena y área protegida. Por lo tanto, cualquier proyecto en esta zona debe ser evaluado de manera estricta para garantizar que no se vulnere su integridad ambiental ni los derechos de sus habitantes.

Este es un precedente importante, aunque también muy cuestionado en la jurisprudencia boliviana sobre la relación entre la utilidad pública y conceptos análogos y los derechos colectivos. Reafirma la obligatoriedad de la consulta previa y limita el uso discrecional del interés general o público utilidad para justificar proyectos extractivos o de infraestructura.

El caso del TIPNIS refleja los desafíos del modelo de desarrollo extractivista en Bolivia, que frecuentemente utiliza conceptos similares al de “utilidad pública” para justificar proyectos que priorizan intereses económicos sobre los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental. La Sentencia Constitucional Plurinacional 0300/2012 establece un equilibrio necesario entre el desarrollo económico y la protección de derechos fundamentales, ofreciendo una base jurídica para garantizar que las decisiones estatales sean más inclusivas y respetuosas de los principios constitucionales. Empero, la sentencia fue duramente cuestionada porque, en lugar de tratar la “intangibilidad” como un mandato absoluto, el Tribunal Constitucional la relativizó. Al someterla a una ponderación con la “utilidad pública”, creó un precedente que debilitaba la protección territorial y abría la puerta a que futuros proyectos estatales pudieran anularla mediante la invocación de un interés superior⁵⁶.

La Sentencia Constitucional N°1062/2022-S4 de fecha, 19 de agosto de 2022, surge en el marco de la controversia de la explotación minera de un monumento nacional, el “Cerro Rico de Potosí” por cooperativas mineras que operan bajo el resguardo de los grandes sindicatos mineros. Es una Acción Popular presentada por un conjunto de asociaciones civiles del Departamento de Potosí, entre ellas: COMCIPO; UATF; FEDEPRO, que advirtiendo de la nocividad de la explotación minera dentro del Cerro presentaron dicha acción. Conforme se tiene en la Constitución Política del Estado y Código Procesal Constitucional⁵⁷, la acción popular tiende a proteger los derechos colectivos y difusión de una colectividad de personas dentro de la sociedad, estos derechos puede ser el medio ambiente sano, salubridad derechos que se encuentran en la colectividad de la sociedad, ante situaciones o acciones que pudieran ocasionar un perjuicio a toda la sociedad.

Esta acción popular fue presentada para evitar la explotación sin medida del llamado cerro rico de potosí, debido a que la saturación de las cooperativas que realizan la explotación estaba comenzando

55. Federación Internacional de Derechos Humanos, Bolivia: informe de verificación de la consulta realizada en el Territorio Indígena Parque nacional Isiboro-Sécure. Diciembre de 2012.

56. Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza. Caso del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS), sentencia final. Mayo de 2019.

57. Ley N°254 Código Procesal Constitucional. Artículo 68.

a deformar la estructura interna del cerro, que es reconocido como un monumento nacional y un patrimonio nacional, poniendo en riesgo latente todo el cerro, la integridad de las personas y la declaratoria de patrimonio nacional, debido a esta explotación minera.

La representación de la parte accionada (los demandados) así como la representación del Estado central, no negaron que existía el peligro de desmoronamiento del Cerro, debido a la explotación de minerales, aduciendo que estas operaciones son necesarias para el desarrollo del país, y debido a esta “utilidad pública” no es posible realizar la paralización de la explotación minera describiendo que todo caso lo mejor sería mejorar las formas de explotación minera y tener más cuidado con los lugares de la explotación bajo la supervisión del ente regulador.

En dicha acción se estaban pidiendo se determine las siguientes acciones urgentes y necesarias para la preservación del cerro como la paralización de obras, la prohibición de realizar más explotación minera dentro de determinados parámetros frágiles de la integridad del cerro, la presentación de los estudios de impacto ambiental y la restauración de determinados lugares donde ya se encontraban desgastados.

El Tribunal Constitucional minimizó tanto la amenaza que representa la explotación minera como la solidez de los fundamentos presentados por los accionantes. Si bien formalmente concedió la tutela solicitada, en la práctica desestimó las peticiones de fondo, pues, en lugar de otorgar una solución efectiva, se limitó a devolver el caso a la vía administrativa para que el Ministerio de Minería iniciara sus propios procedimientos, eludiendo así una protección real e inmediata.

Esta sentencia evidencia la clara primacía que el ordenamiento jurídico boliviano otorga a la explotación minera por encima de los derechos colectivos y difusos. El fallo demuestra que el sistema judicial tiende a favorecer los intereses extractivos en detrimento de la protección de derechos constitucionales. De hecho, ni siquiera el estatus de ‘monumento nacional’ de las áreas afectadas es suficiente para revertir esta jerarquía, pues la “utilidad pública” de la minería es consistentemente considerada un interés nacional superior.

En mayo de 2025, el Juzgado Público Civil y Comercial de Familia de Uyuni, en el departamento de Potosí, conoció una acción popular interpuesta por comunidades indígenas del territorio Nor Lípez, con el respaldo de organizaciones de derechos humanos y medioambientales. Los demandantes alegaban que el tratamiento acelerado de los Proyectos de Ley N.º 170/2024-2025 y 197/2024-2025 en la Asamblea Legislativa Plurinacional, ambos destinados a aprobar contratos de explotación de litio, se estaba desarrollando sin consulta previa, libre e informada, ni evaluación de impacto socioambiental. Los demandados incluían a Yacimientos de Litio Bolivianos (YLB), al Ministerio de Hidrocarburos y Energías, y al órgano legislativo nacional, como responsables del proceso de aprobación y ejecución de dichos proyectos⁵⁸.

Este caso se inserta en un contexto más amplio de explotación estratégica del litio como herramienta de defensa territorial y ambiental, frente a la tendencia del Estado boliviano de justificar proyectos extractivos mediante la invocación de conceptos como “utilidad pública”, “interés nacional” o “desarrollo estratégico del país”. Bajo este marco, se han obviado o minimizado obligaciones fundamentales, como la consulta previa a pueblos indígenas o la elaboración de estudios de impacto ambiental integrales. La narrativa estatal de progreso ha sido utilizada para legitimar decisiones unilaterales que afectan directamente territorios ancestrales y derechos colectivos, sin un diálogo intercultural ni consentimiento adecuado.

58. ANA Bolivia. Acción popular logra suspender tratamiento de contratos con empresas china y rusa para explotar el litio. 27 de mayo de 2025.

Ante esta situación, los actores comunitarios y sus representantes legales activaron la vía constitucional mediante una acción popular, argumentando que el avance del proceso legislativo y las acciones administrativas vinculadas a los contratos vulneraban derechos constitucionalmente reconocidos: a la libre determinación, al territorio, al medio ambiente sano, al agua y a la alimentación. En un fallo que puede considerarse ejemplar, el juez dispuso medidas cautelares inmediatas, ordenando la suspensión del tratamiento legislativo de ambos proyectos de ley y exigiendo a YLB y al Ministerio de Hidrocarburos abstenerse de ejecutar cualquier obra hasta que se garantice el cumplimiento de los estándares de derechos humanos y de la naturaleza.

Este precedente es particularmente relevante porque demuestra que, si bien los conceptos como “interés público” o “utilidad pública” pueden tener peso normativo en la planificación estatal, no son cláusulas absolutas ni habilitantes de violaciones a derechos fundamentales. En Bolivia, como en muchos países del Sur Global, estos conceptos han sido instrumentalizados para imponer modelos extractivistas sin garantías adecuadas. Sin embargo, este caso ilustra que existen mecanismos legales efectivos, como la acción popular y las medidas cautelares, que permiten interrumpir procesos irregulares y exigir el cumplimiento de condiciones previas cuando están en juego derechos colectivos de alto nivel.

En definitiva, el pronunciamiento judicial en el caso Nor Lipez sienta un precedente importante en la región andino-amazónica: el interés público no puede invocarse como excusa para ignorar los derechos de los pueblos indígenas ni las obligaciones ambientales del Estado. Más aún, señala que la justicia ordinaria puede y debe actuar como contrapeso constitucional frente a políticas de desarrollo que arrasan con garantías fundamentales. Este ejemplo muestra que una interpretación garantista y progresiva de la Constitución Política del Estado, en articulación con el derecho internacional de los derechos humanos, puede revertir procesos extractivos injustos y reafirmar el carácter vinculante de los derechos colectivos.

Si bien el caso sigue pendiente, pues esta resolución corresponde únicamente a las medidas cautelares emitidas por el juzgado, sí es un antecedente positivo que debe ser tomado en cuenta al momento de analizar el caso boliviano.

7 Conclusión

Si bien, no existen casos concretos, con excepción del caso TIPNIS, donde se realiza un amplio desarrollo y cuestionamiento a la “utilidad pública” y conceptos análogos, existen casos donde conceptos similares han sido utilizados para impulsar proyectos extractivos, y los mismos han sido cuestionados en distintas esferas, ya sea la pública, administrativa o incluso judicial. Los casos del TIPNIS, el Salar de Uyuni y Tariquía son ejemplos paradigmáticos que evidencian cómo conceptos similares al de utilidad pública han sido utilizados en Bolivia para priorizar proyectos extractivos y de infraestructura, frecuentemente a expensas de derechos humanos, ambientales y territoriales. Empero, existe la necesidad de que, a través del litigio estratégico, se pueda armonizar este concepto con los principios constitucionales, los compromisos internacionales y la sostenibilidad ambiental, asegurando que los proyectos realmente beneficien a las comunidades y al desarrollo nacional sin comprometer el bienestar de las generaciones futuras.

La falta de Jurisprudencia relacionado directamente a la Utilidad Pública, se debe a que para las comunidades y la sociedad en general es muy difícil lograr llegar a plantear Acciones Constitucionales, argumentando alguna vulneración de derechos, esto debido a que el sistema del que ya se ha descrito con anterioridad esta orientado a repetir un procedimiento administrativo tras otro en caso de que exista alguna queja o se quiera evidenciar algún perjuicio sobre esta explotación de recursos en sus tierras, análogamente al no poder agotar esta vía interna administrativa o contenciosa administrativa en la vía ordinaria no pueden acudir a una vía constitucional debido al principio de subsidiariedad que existe como regla de presentación de las acciones de amparo constitucional, extremo que ha derivado en que sean pocas las acciones que existen con relación a la utilidad pública y estas se enfocan en temas de derechos difusos o la irregularidad de la ley.

Ante la falta de medios idóneos administrativos, judiciales o constitucionales, muchas comunidades ejercen la llamada justicia comunitaria, expulsando a los explotadores de minerales y tomando las tierras donde se asientan los campamentos, sin embargo estas acciones derivan en procesos judiciales e incluso constitucionales en su contra, por vulneración de derechos mineros de explotación aduciendo robo de mineral o avasallamientos mineros estas comunidades pasan a ser denunciadas y perseguidas por tratar de defender su territorio y modo de vida.

Bibliografía

- Agencia de Noticias Ambientales. (2025, mayo 27). Acción Popular logra suspender tratamiento de contratos con empresa china y rusa para explotar el litio.
- CEDIB. (2024, mayo 8). El proyecto de litio en Bolivia. Pueblo y Soberanía.
- CEDIB. (2024, octubre 9). Tariquia resiste a la presión petrolera.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2024, noviembre 15). 191º Período de Sesiones, Regional: Impactos de la extracción de minerales en el contexto de transición energética.
- Federación Internacional de Derechos Humanos. (2012, diciembre). Bolivia: Informe de verificación de la consulta realizada en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro- Sécuré.
- Ley Nº254, Código Procesal Constitucional, art. 68.
- Ley de Minería y Metalurgia, art. 215.
- Reglamento de Otorgación y Extinción de Derechos Mineros, art. 35.
- Sentencia Constitucional Plurinacional N.º 0300/2012, de 18 de junio de 2012.
- Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza. (2019, mayo). Caso del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécuré (TIPNIS), sentencia final

4 PERU

Aplicación de la “utilidad pública y/o conceptos análogos” para resolver casos sobre minería en la jurisprudencia peruana

Mirtha Vásquez Chuquilín y Pablo Ricardo Abdo⁵⁹

59. Integrantes del Grupo de Formación e Intervención
para el desarrollo Sostenible- GRUFIDES



1 *Introducción*

El objetivo de esta investigación es revisar jurisprudencia en la que se verifique la aplicación de marcos legales y actos normativos que, basados en el concepto de utilidad pública y análogos, garanticen la implementación de megaproyectos extractivos. El enfoque metodológico es de una investigación cualitativa. Se trata de una investigación basada derecho constitucional, derecho minero y derechos humanos que tiene como referentes jurisprudencia sobre el tema a nivel nacional. Se han identificado sentencias emblemáticas donde se discute los temas “utilidad/ necesidad pública” o conceptos análogos, en relación a proyectos mineros. a nivel nacional tanto de las cortes de primera instancia, segunda instancia, como del Tribunal Constitucional, que puedan haber abordado el tema de “Utilidad Pública” (o algún concepto análogo), relacionado con las actividades mineras. Se ha considerado casos en los que no necesariamente exista una demanda para pronunciamiento específico sobre este tema, sino incluso casos en los que a pesar de que no existió un requerimiento directo de abordar la ponderación de esta categoría, los tribunales o juzgadores terminaron haciendo un pronunciamiento sobre el tema.

2 *Justificación de la investigación*

El extractivismo como forma de explotación extensiva de recursos naturales, para exportación de materias primas ha sido una de las actividades más impulsadas por los gobiernos de los países de latinoamérica en las últimas décadas. El crecimiento económico y por tanto el desarrollo a partir de estas actividades, han sido las principales justificaciones para imponer este sistema; post pandemia, tras la crisis económica generada en América del Sur, el extractivismo tiende a profundizarse, afianzándose como alternativa de recuperación económica. Por su parte, en Europa y los países del norte, la necesidad imperiosa de terminar con la producción y consumo de combustibles fósiles planteando la transición energética, avala y presiona también por continuar con el modelo extractivista en los países del sur, por la necesidad de una serie de recursos naturales necesarios para el proceso de descarbonización.

La consecuencia del extractivismo no sólo se da en el enorme volumen de recursos naturales no renovables que se extraen y agotan, sino en las prácticas sistemáticas de despojo de tierras, que acompañan estos procesos, el agotamiento y contaminación de recursos básicos como el agua y los conflictos que surgen alrededor de estas graves consecuencias con impactos a nivel social, ambiental y económico para las poblaciones locales. A pesar de ello, los gobiernos siguen apostando por este modelo. La razón gira principalmente sobre lo económico: la demanda del mercado internacional por recursos mineros y estratégicos, los altos precios de los mismos, los intereses por mantener el vínculo y cumplir con compromisos internacionales de inversión y la dependencia de este sistema al no haber generado nuevas alternativas de desarrollo. Debido a la creciente resistencia de las poblaciones frente a esta dinámica económica, los estados van generando estrategias no solo políticas y sociales, sino jurídicas para imponer, justificar y viabilizar estas mega actividades.

En una primera investigación sobre este tema, se ha identificado un común denominador en los diferentes países del sur⁶⁰, el desarrollo de categorías jurídicas que le dan un estatus especial a

60. El reconocimiento de la comunidad se da bajo los criterios de que es una colectividad ancestral con usos y costumbres propias. En el informe técnico se lee, “Son campesinos natos del lugar y que vienen trabajando las tierras de la comunidad desde sus ancestros

actividades extractivas como la minería para viabilizarlas legalmente y colocarlas como prioritarias. El concepto de “utilidad pública” “necesidad nacional”, “interés nacional”, entre otras categorías análogas, se ha incluido en las diferentes legislaciones estatales para calificar esta actividad como de beneficio para todo un Estado.

El concepto mismo de “Utilidad Pública” (o los conceptos análogos), no tiene un desarrollo concreto, es más bien de acepción general e indeterminada en las normas, lo cual deja un amplio margen de discrecionalidad para que los gobiernos la utilicen en la viabilización de estas grandes inversiones sin una justificación más precisa. En dicha investigación se ha identificado cómo las concesiones, permisos o contratos para realizar estos megaproyectos se otorgan usando esta categoría, asignándoles por tanto a estas actividades, una calidad de “imprescindibles” para los Estados.

A partir de esta primera exploración en la normatividad y su uso legal para la viabilización de las actividades extractivas mineras, avanzamos ahora explorando su disputa a nivel jurisdiccional, identificando cómo se ha evaluado en estos fueros el uso de esta categoría y cómo se aplica al momento de ponderar derechos en contextos de discusión sobre presencia de actividades mineras.

Las resoluciones judiciales sobre esta materia nos proporcionan información respecto al uso de estos conceptos jurídicos, pero además los efectos que producen sobre la vida de las poblaciones con la decisiones que se adoptan, aún nos permite tener una información clara de cómo se están conceptualizando, qué criterios legales o contenidos se le asigna, para poder cotejar frente a la real naturaleza jurídica que estas categorías tienen y el uso en el marco del derecho que deberían adoptar.

3 *Análisis de sentencias*

En el marco de la investigación realizada, se han identificado tan solo tres casos en los que los tribunales judiciales y/o el Tribunal Constitucional ha puesto en debate estas categorías y las ha ponderado de algún modo en relación con la minería. Estos tres casos son:

Caso de las Comunidades de Puno de Chila Chambilla y Chila Pucara; contenido en el Expte. N.º 03066-2019-PA/TC PUNO- Sentencia de Pleno N.º 27 de 2022, sobre concesiones mineras, omisión de consulta y afectación de territorios indígenas.

Caso de la Comunidad de San Andrés de Negritos Vs Dirección General de minas y Yanacocha SRL, que contiene el Expte. 05212-2015-PA/TC – Cajamarca. Sentencia de Pleno N.º 895-2021 sobre Expropiación y Utilidad Pública.

*Caso del Corredor minero sur. Sentencia 198/2022 Exp. 00015-2020-PUTC
A continuación la sistematización de cada uno de estos casos y los pronunciamientos que se han emitido:*

en donde tienen sus viviendas y viene explotando las tierras comunales [...] los naturales de Negritos están solicitando el reconocimiento oficial como Comunidad Campesina.”



3.1 Caso de la Comunidad de San Andrés de Negritos

Antecedentes

La Comunidad Campesina San Andrés de Negritos fue reconocida como tal el 12 de junio de 1990, mediante la Resolución Directoral N° 189-90-AG-UAD-XI-C del Ministerio de Agricultura, y recibió título de propiedad sobre 14,375 hectáreas correspondientes al predio Negritos⁶¹.

En 1992, la empresa minera Yanacocha obtiene una concesión para explotación de mineral en dicho territorio. El 21 de septiembre de 1992, la empresa solicita, ante la Dirección General de Minería, la expropiación de 609.44 hectáreas. El Ministerio dio trámite a tal solicitud bajo el supuesto que se trataba de una actividad prioritaria de “Utilidad Pública”, iniciando el proceso expropiatorio donde vía peritaje se fijó el valor del terreno, los daños y la indemnización en 60,982.58 soles (\$ 20,000 dólares aproximadamente), o sea aproximadamente cien soles (30 dólares) la hectárea de tierra. El 15 de abril de 1993, por Resolución Directoral N° 046-93-EM-DGM, el Ministerio de Energía y Minas declaró fundada la solicitud de expropiación con el “justiprecio” fijado en el peritaje.

En diciembre de 1994, Minera Yanacocha vuelve a solicitar afectación de la propiedad de esta comunidad, esta vez vía Servidumbre minera (una figura parecida en esencia a la expropiación). Dicha servidumbre se solicitó para efectuar trabajos de prospección geológica, caminos de acceso, plataformas, zonas de acumulación de desmonte, áreas de lixiviación, pozos de operaciones, entre otros. Mediante Escritura Pública 286, de fecha 7 de febrero de 1995 se decretó la servidumbre sobre 800.10 hectáreas más de la comunidad a favor de la minera a cambio de 19,800 nuevos soles (\$US 8,787.00). Dicho documento fue firmado en Lima por siete comuneros en supuesta representación de la comunidad.

La comunidad alegaba que no fue consultada, no tuvo conocimiento de lo que estaba sucediendo y no recibió compensación de la servidumbre. El acuerdo de compensación tanto para la expropiación como para la servidumbre se firmó entre Yanacocha y una junta directiva comunal ilegítima.

El Proceso Judicial

Con fecha 3 de marzo de 2011, la Comunidad Campesina San Andrés de Negritos, presentó demanda de amparo contra la Dirección General de Minería y la Minera Yanacocha SRL, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución Directoral 046-93-EM-DGM, de fecha 15 de abril de 1993, que declaró fundada la solicitud de expropiación realizada a favor de la referida empresa minera sobre un área de 609.44 hectáreas y la nulidad de la servidumbre contenida en la Escritura Pública 286, Minuta 276, KR 22235, de fecha 7 de febrero de 1995, sobre un área de 800.10 hectáreas, a favor de la Minera Yanacocha SRL, ambos predios de propiedad de la comunidad campesina.

Alegan que dichos actos de expropiación y servidumbre violan sus derechos a la propiedad comunal y a la consulta previa e informada contemplado en el Convenio 169. Que no hubo información, no existió conocimiento pleno de las acciones y sus efectos, menos aún el consentimiento de los

61. La excepción es una herramienta jurídica a disposición de la persona demandada para resistirse a la acción que ha interpuesto el demandante. El objetivo de la excepción procesal es impedir que el procedimiento siga su curso normal y que el juez entre a valorar el fondo del asunto por el que se demanda a una persona.

dos tercios de los comuneros, a lo que se suma la evidencia de un justiprecio e indemnización no equitativa al valor real que tiene el territorio expropiado. Agrega que el Estado, a través de sus autoridades, no tomó las medidas especiales para proteger sus derechos, todo lo contrario, permitió y realizó los actos que conllevaron a la expropiación y servidumbre.

La empresa se apersonó al proceso señalando que la expropiación como en la servidumbre se han realizado conforme a ley, que la comunidad en su momento no cuestionó alguno de estos procedimientos, es más, los consintió, constituyendo a la fecha, actos firmes. Agrega que los derechos emanados del Convenio 169 de la OIT no resultan de aplicación al presente caso, por cuanto a la fecha de las presuntas violaciones no se encontraba vigente ya que el mismo fue ratificado en Perú en 1994. Pero además alega que conforme al artículo V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo 014-92-EM, la industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad minera es de interés nacional, con lo cual se cumple con lo dispuesto en la Constitución de 1979.

Resolución del caso

El Poder Judicial tanto en primera como en segunda instancia no se pronunciaron sobre el fondo de esta causa ni entraron en debate sobre los temas planteados. Por el contrario deciden archivar el caso declarando fundadas la excepciones⁶², particularmente la de Caducidad propuesta por la empresa, pues a su juicio, ya habría transcurrido en exceso el plazo para demandar. Frente a ello la comunidad llevó el caso ante el Tribunal Constitucional.

En el año 2015, el Tribunal emite la Sentencia de Pleno N.º 895-2021 mediante el Expte. 05212-2015-PA/TC – Cajamarca. Dicha sentencia también evita pronunciarse sobre el fondo declarando IMPROCEDENTE la demanda, sin embargo sí existe un debate entre los magistrados sobre los asuntos fundamentales como la Utilidad Pública.

Mientras la mayoría de los magistrado solo se centra en la regularidad del procedimiento de expropiación aplicado por demandada, algunos de ellos han entrado a observar la ley de minería, y la consideración de la industria minera como “utilidad pública” y la inversión privada sobre este sector, de “interés nacional”, sin embargo consideran que cumplen con los presupuestos previstos en la constitución de 1979 para los efectos de una expropiación.

El magistrado Eloy Espinoza deja constancia de *“un dudoso proceso de expropiación en el que evidentemente se observa una distancia desproporcionada en el pago del justiprecio respecto del que sería el valor real de las hectáreas expropiadas, así como de la razonabilidad en torno al cumplimiento de la condición de necesidad y utilidad pública”*.

A pesar de esta observación, se evita discutir el contenido de estas categorías, cómo opera para efectos de las expropiaciones y bajo qué parámetros se debe aplicar, menos aún se llega a cuestionar la “utilidad pública” como estatus legal definido para la minería que le da primacía sobre otras actividades económicas.

Finalmente el voto disidente de la magistrada Ledesma Narváez, señala que el Estado en su rol de garante, debió proteger sobre las negociaciones de la comunidad que esta no resulte perjudicada

62. Centro Superior de Estudios de Defensa Nacional. Evolución del Concepto de Interés Nacional. https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/m/o/monografia_115.pdf

en sus derechos y existencia ancestral, puesto no hubo participación del erario, lo que permitió la fragmentación del territorio y que se establezcan compensaciones irrisorias por la privación de la propiedad. Por otro lado, nos dice que la expropiación, si bien ha sido inscrita en los registros públicos, también es cierto que las tierras, no han dejado de ser ocupadas por los miembros de la comunidad. Observa, la ausencia del Estado, permitió que el trámite de negociación prosiguiera, sin garantías y por supuesto en total asimetría que perjudicó a la comunidad.

3.2 Caso Chilla Chambilla

Antecedentes

Con fecha 17 de setiembre de 2017, las comunidades campesinas Chila Chambilla y Chila Pucara interponen demanda de amparo en contra del Instituto Minero Metalúrgico (Ingemmet) y contra el Ministerio de Energía y Minas (MEM), solicitando la nulidad de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. Alega que las cuadrículas de las concesiones mineras otorgadas a favor de la empresa minera Cemento Sur S.A. se superpone sobre áreas pertenecientes al territorio de la comunidad indígena de Chilla Chambilla. Específicamente indica que dichas concesiones ocupan más del 50% de cada una de las comunidades demandantes. Precisa que ello ha ocurrido sin respetar el derecho a la consulta previa, el derecho a la propiedad comunal, a la libre determinación de los pueblos a la identidad cultural y religiosa.

En este caso- Expte. N.º 03066-2019-PA/TC PUNO, la sentencia que emite el Tribunal Constitucional es sumamente lamentable, pues a pesar de reconocer que la Consulta es un derecho que está reconocido en el Convenio 169, el cual está firmado y ratificado por el Perú, señala que no se ha consignado expresamente en la Constitución Política del Perú, por tanto no consideran que sea un derecho fundamental, declarando así dicha demanda IMPROCEDENTE. Pese a ello es de destacarse el Voto disidente de la Magistrada Ledesma Narváez (pág 20 y ss.), que con un adecuado y objetivo criterio nos dice lo siguiente:

Que, la concesión “es un supuesto de cesión unilateral a terceros, dispuesta por la Administración Pública, de los bienes comprendidos bajo la esfera del dominio público” (Conf. Expte. N.º 00048-2004-PI-TC f. 101). Para esta magistrada, es un acto administrativo, que establece una relación jurídica de carácter pública, que se subordina al “interés público” y no de carácter sintagmático.

Al respecto, el criterio de esta magistrada, nos indica que “la concesión” en cuanto acto de la administración pública, no es anticonstitucional, salvo cuando esta afecta la situación de una comunidad sobre su derecho al territorio, puesto que ella autoriza, ventajas a un particular (concesionario), de realizar acciones que enervaran el uso y goce de este derecho, por tanto la consulta, cobra relevancia como un derecho fundamental protegido.

Lo destacable de este criterio disidente, es que considera a las concesiones mineras de “interés público”, que a su vez, responde al principio de protección de la “inversión privada”, en donde el límite, no es sino, el marco de protector de los derechos fundamentales.

Nuevamente, a pesar que algunos magistrados proponen el debate del tema respecto a qué implicaría el interés público, la sala se niega tácitamente a entrar a discutir el tema en específico.

3.3 Caso “Corredor vial minero”

Sentencia 198/2022 Exp. 00015-2020-PUTC

Antecedentes

El Proyecto minero Las Bambas, operada por la firma MMG Limited, de accionariado mayoritario chino, Minmetals Corporation (CMC), se ubica en la Región Apurímac entre los distritos de Chalhuanhuacho, Tambobamba y Coyllurqui, provincia de Cotabambas, y el distrito de Progreso, provincia de Grau. El proyecto empieza a ejecutarse a partir del 2011. Inicialmente el mismo fue concesionado a Minera Xtrata, una multinacional anglo-zuiza, en cuyo proyecto de operaciones asumió el compromiso de la construcción de un mineroducto (tubería que se encarga de transportar mineral a grandes distancias) para el traslado del material extraído desde el lugar de operaciones hasta un puerto en la costa del país. Cuando Las Bambas pasa a propiedad de la empresa china MMG Limited, producto de la venta de la concesión, se empiezan a producir modificaciones en la propuesta, la más crítica es la suspensión indefinida de la construcción del mineroducto y su reemplazo por el transporte terrestre del mineral a través de una gran vía, denominada Corredor Minero Sur. Para ello MMG necesitaba que se construyera dicho corredor o carretera que atravesaba varios territorios de las regiones de Apurímac y Cusco por donde circularían diariamente entre 200 y 300 camiones de concentrado.

La viabilización del corredor minero bajo el supuesto de “interés nacional”

El 30 de setiembre del año 2019, el presidente Martín Vizcarra cierra el Congreso de la República y anuncia nuevas elecciones congresales para marzo del año siguiente. En dicho interregno, sin parlamento, el presidente debe gobernar expidiendo Decretos de Urgencia (DU) como mecanismo para legalizar sus actos. Varios DUs son emitidos durante este periodo, sin embargo el 12 de diciembre del 2019, se expide uno en particular, el DU 026-2019, “Decreto de Urgencia que aprueba medidas extraordinarias para la liberación y expropiación de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac-Cusco”.

En el artículo 2 del citado DU declaró de *“necesidad pública e interés nacional”* la ejecución de la obra de infraestructura denominada “Corredor Vial Apurímac-Cusco” autorizándose la expropiación de las áreas que resulten necesarias para dicho fin. La escueta justificación que se da en la norma es la de “viabilizar la transitabilidad en dicho corredor vial para contribuir a dinamizar la economía del Estado peruano”

Con fecha 13 de diciembre del 2019, al día siguiente, este DU es modificado mediante el DU 027-2019. El tenor del Artículo 1 de este nuevo Decreto de Urgencia precisa que el objetivo de esta norma es establecer *“medidas extraordinarias para la adquisición de áreas y la implementación de las intervenciones viales a realizarse en el Corredor Vial Apurímac — Cusco, a fin de permitir el acceso a los servicios públicos” (subrrayado nuestro)*. Se establece así que se trata de un proyecto de expropiación de propiedades de las comunidades de la zona para construir una vía de comunicación para que las poblaciones puedan acceder a servicios públicos (salud, educación y transporte).

En el DU 026-2019 se hacía referencia a la frase “intervenciones viales temporales”, mientras que con la modificación se deja de lado toda mención a la temporalidad de estas. De igual forma, se reemplazó la frase “proceso de liberación y expropiación”, por la de “proceso de adquisición”.

Se reemplazaron los términos “afectados”, por el de “beneficiarios”, “áreas necesarias a liberar y expropiar para la ejecución de la obra de infraestructura”, por “áreas necesarias para su adquisición”, “área afectada” por “área necesaria”.

Por su parte, en el artículo 7 a) se excluyó la frase “se procede a la elaboración del expediente técnico legal para el proceso de expropiación establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia” y se le reemplazó con la frase, “se procede a la elaboración del expediente técnico legal de adquisición.” Y en el artículo 7 b) del DU 026-2019, que regulaba el supuesto en el que el afectado no acepta la compensación económica por el terreno y se establecía entonces que en ese caso se procedía a “la elaboración del expediente técnico legal para el proceso expropiatorio establecido en el artículo 8 del presente Decreto de Urgencia”, se modificó reemplazando lo establecido con la frase “se procede conforme a la legislación vigente”.

Un asunto adicional, no menor, es que en el presente caso, las poblaciones de los territorios comprendidos en el Corredor minero sur, son comunidades indígenas. La vía comprende propiedad comunal, la cual tendría un procedimiento de transferencia distinto al de la propiedad civil⁶³, sin embargo los decretos ordenan proceder al pago del “justiprecio” sin mayor posibilidad de discutir el tipo de propiedad y considerar los procedimientos establecidos en la ley, y ordenan que en un plazo de 20 días desocupen los territorios en los cuales se ejecutará la obra. No hay mención al derecho a consulta previa que les asistiría a estas comunidades.

El debate judicial

Las comunidades interponen demanda de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra estos Decretos de Urgencia, impugnando la normativa referida por haber incurrido en una inconstitucionalidad por lo siguiente:

- a)** haber quebrantado el procedimiento legislativo previsto en la Constitución⁶⁴,
- b)** porque la norma se ocupa de una materia que la Constitución⁶⁴ ha reservado a una fuente formal de derecho específica, y;
- c)** la norma ha sido expedida por un órgano que constitucionalmente resulta incompetente para hacerlo.

Sus fundamentos se basan en el agravio que estas normas les causan como pueblos indígenas, sin respetar procedimientos básicos como la consulta previa violando el derecho de propiedad de las comunidades, generándoles un despojo de sus territorios.

Exponen que en la medida que esta carretera solo beneficia a la empresa minera — Las Bambas, no debiera considerarse de “necesidad pública”. Argumentan en torno a ello que “no basta invocar la necesidad pública; esta tiene que ser acreditada”. Y que si bien los procedimientos de expropiación en base a esta calificación proceden, esta necesita un hecho habilitante: la necesidad pública.

63. Art. 58: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Art. 63: La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (...)

64. “En lo relativo a la compatibilidad de las reservas naturales con los derechos tradicionales indígenas, la Corte IDH también ha reconocido que la protección al medio ambiente puede ser una causa de utilidad pública, lo cual puede justificar el motivo y el fin de una expropiación, en relación con la privación del derecho a la propiedad privada” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO “HABITANTES DE LA OROYA VS. PERÚ”. SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2023.

Precisan además que una cosa es la necesidad pública entendida como lo público, no solo del Estado sino de todos los sectores, y otra el interés de presa minera.

Frente a ello el Tribunal termina fallando declarando Infundada dicha demanda argumentando lo siguiente: “El Tribunal Constitucional observa que la versión original del DU 026- 2019 establecía un procedimiento de expropiación para el caso particular del Corredor Vial Apurímac-Cusco, debido a que se consideraba pertinente una actuación inmediata. Más aún, si es que debido al interregno parlamentario no era factible aplicar la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles. Con el DU 027-2019, no solo se modifican algunos términos, sino que también se deja de lado toda referencia a la normativa de expropiaciones. Pero este Tribunal advierte que ello no implica que se deje de lado esta posibilidad. Ello se deduce debido a que sigue existiendo la declaratoria del interés nacional de la ejecución de la obra de infraestructura Corredor Vial Apurímac-Cusco. Asimismo, el hecho de que no se haga referencia a un procedimiento de expropiación y que en vez de ello se establezca que en el supuesto que se rechace el trato directo se aplicará la normativa pertinente, claramente deja abierta la posibilidad de aplicar la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles. Ello conlleva a concluir, implícitamente, en la necesidad que tiene el Estado de obtener ciertos terrenos, para lo cual se plantea un procedimiento especial de trato directo, con plazos más cortos”

Para el Tribunal, “se permite la expedición de decretos de urgencia no solo en virtud del artículo 118 inciso 19 de la Constitución, sino también a la luz del artículo 135 de la Constitución (interregno parlamentario). Sobre tal controversia, este Tribunal ha precisado recientemente que, en un escenario excepcional, sería irrazonable que las exigencias que debe observar el Poder Ejecutivo al emitir los decretos de urgencia durante dicho interregno sean las mismas que cuando dicha situación no se configura”.

Sobre la declaratoria de interés general

Como es de verse, en la sentencia no hay mayor referencia ni desarrollo a la consideración de “Interés General” o “Utilidad Pública”. Sin embargo es relevante el voto disidente de algunos magistrados como el Dr. Eloy Saldaña Espinoza, quién sí deja constancia de la falta de debate sobre esta categoría y cómo es que no se ajusta a su naturaleza jurídica misma. Así el mismo señala:

- **“Se advierte que la normativa, ahora cuestionada, es planteada como un mecanismo que simplifica el procedimiento de adquisición establecido en la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y Dicta otras Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura, aprobado por el Decreto Legislativo 1192; no obstante, ni en la exposición de motivos ni en los considerandos de las normas impugnadas se justifica adecuadamente - el interés nacional” señalada ahí, pues solo se limita a hacer referencia a que con ello se hará posible el acceso de la población que se encuentra en el ámbito de la obra para la obtención oportuna de los servicios públicos básicos, tales como salud, educación y transporte. Situación que no resulta razonable y por tanto, no justificatorio, pues para acceder a dichos servicios sería suficiente y necesario que el Estado diseñe e implemente tales servicios que también en algunos casos, se erigen como derechos sociales (educación y salud por ejemplo) y tenerlos. por tanto. presentes en las áreas que involucran a las comunidades”.**
- **“Ahora bien, estamos frente a normas especiales que tratando de cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 70 de la Constitución para la expropiación de tierras, las cuales son: atender a razones de seguridad nacional o necesidad pública”.**

- “ (...) con lo cual, hubiese sido más claro y verídico que en el sustento de los decretos se haga la referencia a estos hechos y que el objeto principal de tal proyecto sea la necesidad de un corredor vial que logre mejorar el sistema de transporte de minerales en las regiones de Apurímac y Cusco. En tal sentido, en el presente caso, no queda claro si existe una necesidad pública, o solo la necesidad de empresas mineras de sacar sus concentrados mineros”.
- “Ello no significa que deba negarse la posibilidad de que dichas empresas cuenten con un sistema vial que logre superar sus expectativas económicas y por tanto, genere también un mayor desarrollo de las áreas afectadas; no obstante, esta situación debe hacerse ponderando sus intereses frente a los de las comunidades y pueblos en nuestro país”.

4 *Discusión de resultados*

- a) La Constitución Política del Perú de 1993 desarrolla un nuevo régimen económico en el país, introduciendo el denominado “pluralismo económico”, conforme al cual en la economía pueden coexistir diversas formas de propiedad y de empresa, la privada y la pública, aunque esta última solo se la considera “subsidiaria”, es decir excepcional y solo cuando los privados no puedan intervenir. Es así que en el Perú se va consolidando un régimen económico donde los privados tienen un rol prioritario en la política económica y sus márgenes de actuación y desempeño se vuelven cada vez más discrecionales. Al consagrar la Constitución un régimen de seguridad y de libertades en este ámbito, genera un instrumento de control y poder para los particulares.
- b) Bajo este régimen, aunque la Constitución siga estableciendo que protege la propiedad de la tierra en forma individual y colectiva (Arts. 70, 88 y 89 de la constitución), esta última se ve cada vez más limitada pues se han incorporado mecanismos jurídicos para permitir su privatización, en muchos casos a favor de grandes inversiones para explotación de recursos. Un mecanismo para afectar la propiedad en general, ha sido el establecimiento de la causa “Utilidad Pública”, “Interés social”, “Necesidad Pública” o “Seguridad Nacional”, conceptos que han ido variando en el tiempo. La Constitución Política del Perú (CPP) 1979, por ejemplo, sí contempla como causales de afectación de la propiedad, vía la expropiación, a “Utilidad Pública” y al “interés social”. El Art. 125 señalaba “a nadie puede privarse de su propiedad sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social...”. Aunque estas categorías nunca fueron definidas de manera expresa, en la jurisprudencia sí se desarrolló el contenido de la “utilidad pública” entendida como aquellas relacionadas a un bien o servicio que es de beneficio o interés colectivo para los ciudadanos (obras de desarrollo, infraestructura, servicios públicos). Estos pronunciamientos generalmente están contenidos en sentencias ligadas a la ejecución de proyectos de desarrollo como vías de comunicación, provisión de servicios como luz, agua o saneamiento. Por su parte, la causal de expropiación por “interés social”, en cambio, estaba muy ligada a los fines de reforma agraria, para la adjudicación de la tierra de las haciendas a los pueblos originarios que las trabajaban.
- c) En 1990 con el gobierno de Fujimori se empezó a instaurar una nueva política económica basada en la liberalización del mercado, este proceso comenzó a concretarse con el cambio de varias normas legales que priorizaban la gran inversión privada, particularmente extranjera. En 1992, se promulgó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (TUO LGM), aprobado mediante el Decreto Supremo N° 014-92-EM, del 2 de junio de 1992, en el cual no solo se estipulaban una serie de beneficios legales, tributarios y administrativos para los inversionistas en minería, sino que se la declaraba a esta actividad de “Utilidad Pública”. El artículo V del Título Preliminar del establece textualmente “la industria minera es de “utilidad pública”

y la promoción de inversiones en su actividad es de interés nacional”. Así el concepto de “Utilidad Pública” que en la Constitución de 1979 constituía solo una causal para afectar excepcionalmente la propiedad privada en beneficio del interés colectivo, pasa a ser asignada a la minería, pero como una categoría o “estatus legal”. Se complementa esta categorización con la declaración de la actividad como de “interés nacional”, un viejo concepto que hace referencia a los criterios para definir prioridades, objetivos y tomar decisiones capitales en los Estados⁶⁵. El objetivo era justificar la minería como prioritaria en el país, asegurando su desarrollo bajo el concepto de “utilidad pública”.

- d)** En 1993 el gobierno de Fujimori logra instaurar una nueva Constitución en la que se hace explícito el régimen económico liberal que priorizaría inversiones privadas a gran escala. Uno de los aspectos fundamentales que cambia son las causales de expropiación, los conceptos de “Utilidad Pública” e “Interés social”, entendidos en el marco de lo público y colectivo, son reemplazados por los de “Seguridad nacional” y “necesidad pública”. Así al amparo de artículo 70, se establece que “a nadie puede privarse de su propiedad, sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley”. Por lo tanto, la “utilidad pública” como causal para expropiar fueron descartadas; empero, no han sido expresamente derogadas en el TUO LGM, y la minería sigue así calificada como de “Utilidad Pública” y su desarrollo de “interés nacional”.
- e)** Siendo así, pese a que los conceptos de “utilidad pública” y “necesidad pública” son nociones diferentes jurídicamente, en varios casos se han ido equiparando, colocando siempre a esta actividad como prioritaria pese a que la minería no puede ser ni de “utilidad”, ni de “necesidad” pública porque no es un servicio público.
- f)** Ahora bien, a pesar de que estas categorías son usadas de manera recurrente y común en las resoluciones administrativas que autorizan las concesiones para la actividad minera, no se desarrolla el contenido ni justificación de las mismas y, jurisdiccionalmente tampoco existen casos relevantes donde se haya planteado el debate sobre el tema. De un lado, lo que se verifica es que las poblaciones afectadas no han interpuesto acciones legales para discutir este estatus, pero además en los escasos procesos en los que sí se ha hecho referencia sobre el tema, los órganos jurisdiccionales han evitado pronunciarse sobre el mismo. Tanto a nivel del Tribunal Constitucional como en los fueros judiciales, parece observarse una actitud de constante omisión para abordar el tema sobre todo cuando está relacionado a realización de actividades extractivas como la minería.
- g)** Ello, probablemente, tiene que ver con lo establecido por la Constitución de 1993 respecto a la Inversión privada, en relación a la cual se señala de manera directa que la misma se debe proteger, en tanto se considera que ella orienta el desarrollo del país (Arts. 58 y 63 de la constitución)⁶⁶. Este enunciado constitucional vuelve incontrovertible judicialmente el término de “minería como utilidad pública” en tanto está ligado desde la carta magna al desarrollo que es un objetivo del Estado. Por ello se argumenta que el Estado estaría obligado a garantizar la

65. GRUFIDES. Informe Nacional UPYCA. Perú, 2021

66. Las tierras de comunidades campesinas e indígenas, están protegidas constitucionalmente. En la Constitución Política del Perú, el Artículo 89 reconoce la existencia legal de las Comunidades Campesinas y Nativas como personas jurídicas, autónomas en su organización y en el uso y libre disposición de sus tierras, dentro del marco legal establecido. Esto se complementa con la Ley General de Comunidades Campesinas, que en su Artículo 7, define que las tierras comunales son inalienables, inembargables e imprescriptibles; por excepción se puede enajenar las mismas, sin embargo requiere el acuerdo de la asamblea general de la comunidad, con el voto favorable de al menos dos tercios de los comuneros calificados (Ley N° 24656)

“inversión privada” (por ejemplo, la minera), en vista de promover el desarrollo social y económico del país, cuyo fundamento es el “interés público”.

- h)** En las escasas tres sentencias encontradas donde existe pronunciamientos sobre las categorías de “utilidad pública”, “interés nacional”, “necesidad pública”, se observa que solo han sido desarrolladas en votos discordantes de algunos magistrados que apartan sus decisiones de la mayoría. Solo en esos casos se hace un cuestionamiento sobre la asignación de esta calificación tanto a la actividad minera misma, como a la utilización de esta categoría para viabilizar su realización, facilitando procesos de expropiación por ejemplo. Por ello, se puede concluir que el sistema de justicia en el Perú ha optado por la posición de asumir a priori la validez de esa categoría para la actividad minera y no admite controversia o discusión sobre la misma.
- i)** Al respecto una precisión importante, se ha constata que los conceptos de “Utilidad Pública”, “necesidad o interés público”, se viene utilizando en el país no solo para calificar la actividad minera misma y generarle un estatus especial y prioritario, sino como condición habilitante para afectar propiedad para la expropiación a favor de esta actividad. Esto último se complementa con el ordenamiento jurídico de expropiación, que señala que solo procede por causa de “necesidad pública” o de “seguridad nacional”, la que debe ser declarada por ley previa y expresa del congreso (Art. 4 numeral 4 del DL N.º 1192-2015). En el caso expropiaciones para viabilizar las actividades mineras, se constata que en algunos casos ni siquiera se cumple este requisito mínimo de requerir una ley del congreso, pues como hemos visto en el caso del Corredor minero Sur, las expropiaciones se viabilizaron apenas con Decretos de Urgencia en los que no se justifican de manera mínima porqué considerar estas expropiaciones de “interés público”.
- j)** Atento a todo esto, podemos concluir en que la “Utilidad pública” o sus conceptos análogos en el Perú son aplicadas para la minería jurisdiccionalmente como una presunción, eso favorece de manera decidida la actividad minera y su desarrollo pues no existe ningún cuestionamiento a su calificación. Se usa no solo para justificar la imposición de la actividad sino para afectar a nombre de la misma derechos fundamentales de las poblaciones como propiedad, medio ambiente sano, salud, etc.
- k)** Por último, es importante precisar que a pesar de que el Perú en una última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso La Oroya, ha sido instruido a usar los conceptos de “Utilidad Pública” para proteger el medio ambiente, esta sentencia está siendo ignorada y hay una clara resistencia a asociar estas categorías jurídicas para proteger a los bienes de la naturaleza o a la población⁶⁷.

67. En el Perú, la actual Constitución Política en su artículo 70° autoriza al Estado a privar de su propiedad a los particulares, en los siguientes términos:

Artículo 70.- (...) El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Como se puede advertir, nuestro ordenamiento constitucional, si bien regula la institución de la expropiación como un poder legítimo a cargo del Estado y por ende de sus entidades que lo representan. Este se encuentra limitado a la privación del derecho a la propiedad por causas de seguridad nacional o necesidad pública, así como por la existencia de una Ley que lo declare como tal y previo pago del justiprecio.

5 BRASIL

Los conflictos de la minería y la disputa sobre las nociones de interés público, interés nacional y utilidad pública en los tribunales brasileños: un estudio jurisprudencial

Giovanna Helena Vieira Ferreira⁶⁸

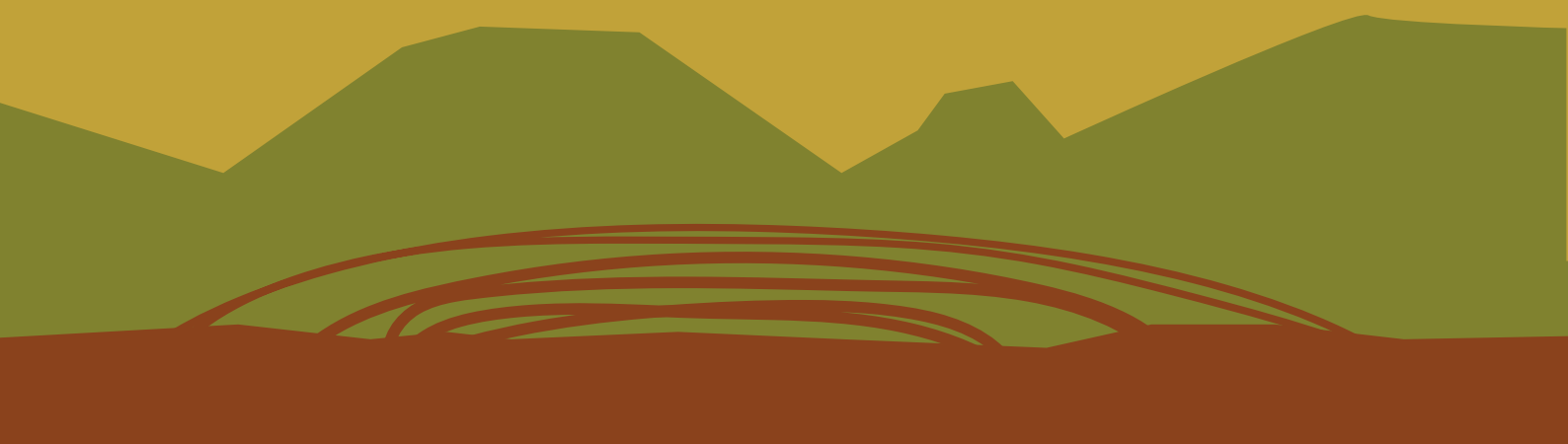
Juliana Neves Barros⁶⁹

Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma⁷⁰

68. Maestranda en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal Rural del Semiárido (UFERSA). Abogada Popular, vinculada a la Red Nacional de Abogados y Abogadas Populares (RENAP-RN). Vicecoordinadora del Escritorio Popular Paulo Freire (CRDH-Semiárido). Investigadora en las áreas de derechos humanos y medio ambiente, conflictos socioambientales, minería y justicia energética.

69. Profesora del Centro de Cultura, Lenguajes y Tecnologías de la Universidad Federal del Recôncavo Baiano (UFRB). Docente del Programa de Posgrado en Culturas, Lenguajes y Territorios de la UFRB. Doctora en Planificación Urbana y Regional por el IPPUR/UFRJ. Investigadora del NECTAS (Núcleo de Ecología Política y Territorialidades) y del Colectivo de Investigación Desigualdad Ambiental, Economía y Política. Licenciada en Derecho, con experiencia en el ámbito de la asesoría jurídica popular. Sus intereses de investigación incluyen los conflictos sociales, el medio ambiente y las políticas públicas; las territorialidades y las relaciones étnico-raciales; los derechos humanos y la sociología del desarrollo.

70. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará. Docente del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal Rural del Semiárido. Doctora en Derecho por la Universidad de Brasília. Investigadora del Núcleo Tramas. Trabaja en temas de derechos humanos, conflictos socioambientales, minería, aguas y bienes comunes.



1 Introducción

La intensificación y aceleración de la explotación mineral en Brasil se enmarca en un contexto de profundización del neoextractivismo en América Latina, producido durante las últimas décadas, que está signado por la inserción subordinada de sus economías en el sistema global como proveedoras de commodities. De acuerdo con datos sistematizados por el Atlas del Problema Mineral Brasileño (Wanderley et al, 2023), existen cerca de 500 mil títulos mineros activos en el país, correspondientes a una superficie de 184,9 millones de hectáreas de tierra, la mayor parte (alrededor de 77,4% del total) destinada principalmente a la extracción de hierro, oro, cobre, aluminio y níquel. La producción está concentrada en manos de megamineras⁷¹ transnacionales, con gran poder económico, político y tecnológico, capaces de operar a gran escala y en un tiempo cada vez más corto.

Las operaciones mineras, basadas en una lógica de reprimarización de la economía, tienen poco valor agregado, crean pocos puestos de trabajo, generan una apropiación irrisoria de ingresos por parte de los entes federados y poco retorno en forma de políticas públicas para las poblaciones afectadas. A pesar de la fuerte inversión en publicidad que sostiene al sector minero, así como al agronegocio, como heraldos del desarrollo nacional, se constata que la minería no alcanzó ni siquiera el 2% del PIB nacional durante los años de sus mayores contribuciones relativas a la riqueza interna. Los efectos sociales, económicos, culturales y políticos de sus emprendimientos se han mostrado bastante violentos: expropiación de territorios, contaminación química, tragedias por rupturas de represas, captura del Estado, corrupción política, evasión fiscal, deterioro de la diversidad económica y productiva y situaciones de violencia extrema, como muertes, trabajo esclavo, acoso, amenazas, violencias físicas, trabajo infantil, entre otros⁷². En 2015 y 2019, respectivamente, la minería fue responsable de las mayores tragedias medioambientales jamás ocurridas en el país: la ruptura de las represas en Mariana y Brumadinho, en el estado de Minas Gerais. Entre los grupos sociales más afectados se encuentran los indígenas, los quilombolas, los trabajadores y los pequeños propietarios rurales, pertenecientes en su mayoría a los segmentos racializados de la población y que normalmente habitan en áreas tradicionales de uso comunitario, las más codiciadas por los frentes de explotación minera⁷³.

Como forma de contrarrestar las críticas generadas por su implicación en conflictos y denuncias de violaciones de derechos humanos, pero también como forma de imponerse ante la existencia de conflictos de intereses, el sector minero viene buscando incidir en el Estado para atribuir fuerza jurídica al argumento de la primacía minera. Una de las principales estrategias es la búsqueda de una previsión expresa de los atributos de interés nacional o utilidad pública en textos legales y decisiones judiciales, creando una fuerza vinculante para que la actividad goce de un trato privilegiado jurídico-institucional y represente un interés jerárquicamente superior a otros.

71. Las empresas responsables de la extracción y comercialización de las principales sustancias metálicas representan solamente el 11,9% del total de empresas de minería activas en el país, mientras que respondieron por el 80% del valor de la producción mineral comercializada en 2020. Las megamineras representan solo el 1,4% del total de empresas y controlan una superficie equivalente a 24 millones de hectáreas (Wanderley et al, 2023).

72. Ver “Relatório dos Conflitos da Mineração 2022” (Comitê Nacional dos Territórios frente à Mineração, 2023).

73. Como forma de presión para avanzar en áreas de reforma agraria, unidades de conservación y tierras indígenas, las empresas mineras contabilizan, según datos recopilados por el proyecto Amazônia Minada en 2021, 3.595 requerimientos mineros para exploración en tierras indígenas y unidades de conservación de protección integral (InfoAmazonia, 2022); 2.478 solicitudes activas superpuestas a 261 tierras indígenas (APIB; Amazon Watch, 2022); y más de 20 mil requerimientos mineros activos en la ANM que piden autorización para explorar, principalmente oro, hierro y cobre, en casi 40% de las áreas destinadas a asentamientos listadas por el Incra, la mayoría localizadas en la Amazonía Legal (Bispo, 2022).

Mientras la Constitución federal determina que la explotación minera debe realizarse en el interés nacional, según lo establecido en el artículo 176, §1º, de la Constitución federal de 1988, las grandes empresas mineras pretenden que la minería sea, por sí misma y a priori, considerada como actividad de interés nacional, sin la carga de ponderar beneficios e impactos provocados, comprometiendo los efectos de la norma constitucional. Tal poder de nombramiento jurídico-discursivo contribuye para ocultar y externalizar los daños que los más diversos emprendimientos mineros, de diferentes tamaños y tipologías, causan a las economías locales, al bien común, a la salud pública y al patrimonio socioambiental. Además, revela cómo la lógica del extractivismo mineral se extiende y se naturaliza, respaldada por la actuación de entidades públicas y en contextos de significativa violencia simbólica e institucional.

Cabe señalar que, en el Derecho brasileño, los conceptos mencionados – interés nacional y utilidad pública – son utilizados desde hace mucho tiempo por juristas y políticos en los debates sobre la supremacía del interés público sobre el privado en el derecho administrativo y sobre los principios y técnicas de hermenéutica constitucional ante situaciones de conflicto de intereses y derechos. En lo que respecta a la minería, la determinación de que esta debe ser realizada en el interés nacional ya estaba presente en los debates de reformas legales y constitucionales desde principios del siglo XX, asociadas a un sentido de control estatal sobre los yacimientos considerados estratégicos para el desarrollo y la seguridad nacionales. Con la previsión constitucional expresa, el interés nacional fue elevado a la condición de criterio rector de las concesiones, convirtiéndose en un “objetivo rector del sistema jurídico minero, a fin de imponer que los institutos jurídicos y títulos mineros solo puedan existir si son compatibles con el interés nacional” (Ataíde, 2020, p. 78).

La utilidad pública como fundamento de la expropiación está prevista desde la Constitución de 1891 y fue más detallada por la llamada Ley de Expropiación de 1941 (Decreto-Ley 3.365 de 21/06/1941), dejando abierta la posibilidad de que, a juicio de conveniencia y oportunidad del gobierno, áreas particulares fueran expropiadas cuando se declararan de utilidad pública. En años más recientes, como resultado de un lobby ostensivo en el Congreso Nacional, articulado por el bloque parlamentario ruralista, fueron introducidos cambios en el Código Forestal que llevaron a la inclusión de la minería en el listado de actividades consideradas de utilidad pública. En 2017, la Ley 13.575, en su artículo 2º, inciso XXI, incluyó en la lista de competencias de la Agencia Nacional de Minería (ANM) la posibilidad de expedir Declaraciones de Utilidad Pública con fines de expropiación de áreas necesarias para los emprendimientos mineros. En 2019, la Ley n.º 13.867 estableció la posibilidad expresa del uso del arbitraje y de la mediación por parte del Poder Público en la expropiación, lo que fue incluido como competencia de la ANM. En 2018, con la promulgación del Decreto n.º 9.406, que reguló el código minero de 1967, las premisas de Interés Nacional y Utilidad Pública se enumeraron explícitamente como fundamentos del desarrollo de la minería. Por último, durante la pandemia, el decreto 10.329/20 reconoció a la minería como actividad esencial, utilizando argumentos similares a los que se esgrimen para defender el carácter de interés nacional/público del sector.

Además de dichas normas, cabe destacar que las empresas mineras, para fundamentar su prioridad respecto a las áreas destinadas a asentamientos de la reforma agraria, invocan una interpretación abusiva del artículo 10, III, de la Ley 8.269/93, que establece que no se consideran aprovechables para reforma agraria las áreas bajo efectiva explotación minera.

A pesar de una creciente normativización para favorecer a la minería en contextos de conflictos político-jurídicos, vale resaltar el contenido del artículo 42 del Código de la Minería, que prevé la posibilidad de denegar la autorización de explotación minera por parte del Poder Público si este juzga que resulta perjudicial para el bien público o para otros intereses que superen la utilidad de la explotación industrial. Asimismo, la actividad minera no figura en la lista de actividades de utilidad

pública que autorizarían la supresión de vegetación en el bioma de la Mata Atlántica, definidas por la Ley n.º 11.428 de 2006, la llamada Ley de la Mata Atlántica.

Tal contexto, sumado al creciente fenómeno de la judicialización de los conflictos, nos motivó a realizar una investigación sobre la aplicación de los conceptos de utilidad pública, interés nacional e interés público en los conflictos judiciales relacionados con la minería en Brasil. Por tratarse de conceptos indeterminados, las controversias sobre sus significados solo pueden ser dimensionadas en la apreciación de situaciones específicas, que también revelan cómo los discursos jurídicos son movilizados en el plano concreto de las relaciones de fuerza. A la vez, nos permite observar cómo derechos fundamentales relacionados con la dignidad de la persona humana, el medio ambiente ecológicamente equilibrado y los derechos territoriales de los pueblos y comunidades tradicionales, que normalmente aparecen como aquellos violados en la contracara de las actividades mineras, han sido reconocidos y acogidos o no por el poder judicial brasileño.

En términos metodológicos, el estudio consistió en una investigación jurisprudencial sobre el manejo de las categorías “utilidad pública” (U.P.), “interés público” (I.P.) e “interés nacional” (I.N.) en los litigios relativos a la actividad minera en Brasil, teniendo como fuente exclusiva los medios digitales de acceso a las decisiones judiciales de los tribunales superiores brasileños. Esta primera definición se basó en el hecho de que dichas instancias, por la propia estructura jerárquica del poder judicial, tienen poder de repercusión sobre las demás. En tal sentido, se accedió a los buscadores de jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal⁷⁴, del Superior Tribunal de Justicia⁷⁵ y de los cinco Tribunales Regionales Federales⁷⁶, combinando por separado los términos “minería” y “utilidad pública”, “minería” e “interés público” y “minería” e “interés nacional”. De forma complementaria, se realizó la misma búsqueda en el portal “JusBrasil”⁷⁷. Priorizamos el acceso a decisiones colegiadas por su capacidad de reflejar las posiciones adoptadas por los órganos colegiados de los tribunales, pero, en algunos momentos, para ampliar el universo cuantitativo analizado y, consecuentemente, su poder ilustrativo, se sumó el análisis de decisiones monocráticas como fuente de argumentación en el debate.

74. Se trata de la más alta corte del país, responsable de interpretar y juzgar casos en los que exista violación de dispositivos de la Constitución Federal con repercusión general, así como las acciones de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos frente al texto constitucional. El STF está compuesto por 11 ministros designados por el presidente de la República con la aprobación del Senado Federal. En esta investigación, seleccionamos prioritariamente las decisiones en recursos extraordinarios, solicitudes de “suspensión de seguridad” y acciones de inconstitucionalidad que vinculaban conflictos con la minería y las categorías de “Interés Público”, “Utilidad Pública” e “Interés Nacional” (IPUPIN).

75. El STJ es el órgano superior del Poder Judicial, compuesto por 33 ministros y competente para uniformar la interpretación y aplicación jurisprudencial de las leyes federales en el país. Por regla general, funciona como tercera instancia en la estructura procesal recursal brasileña. En esta investigación, abordaremos prioritariamente las decisiones en embargos, recursos especiales y solicitudes de “suspensión de seguridad” que fueron dirigidas al STJ para la resolución de litigios que involucran a la minería y las categorías “Interés Público”, “Utilidad Pública” e “Interés Nacional” (IPUPIN).

76. Hay cinco Tribunales Regionales Federales (TRF), los cuales son competentes para juzgar, por regla general en segunda instancia, causas en las que exista interés de la Unión y que se someten a la justicia federal en Brasil. En esta investigación, ilustramos litigios dirigidos mediante recursos ante los TRF en los que se discutían derechos de pueblos indígenas, yacimientos de interés de la Unión, emprendimientos impulsados con aportes de recursos públicos y procesos cuyas licencias ambientales hayan sido competencia del Ibama, por citar los principales ejemplos. Los Tribunales Regionales funcionan, por lo tanto, como segunda instancia en la estructura de la Justicia Federal del país. Se distribuyen de la siguiente forma: el TRF de la 1ª Región abarca litigios originados en los estados de Acre, Alagoas, Amazonas, Bahía, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Río de Janeiro, Roraima, Santa Catarina, São Paulo y Tocantins; el TRF de la 2ª Región engloba los estados de Espírito Santo y Río de Janeiro; el TRF de la 3ª Región abarca los estados de São Paulo y Mato Grosso do Sul; el TRF de la 4ª Región abarca los estados de Paraná, Santa Catarina y Rio Grande do Sul; el TRF de la 5ª Región abarca los estados de Bahía, Ceará, Pernambuco, Alagoas, Sergipe y Rio Grande do Norte.

77. Ante los límites de la investigación, no buscamos fallos en los Tribunales de Justicia de los estados ni en los juzgados o secciones judiciales de primera instancia.

El recorte temporal abarcó las dos últimas décadas (2004 a 2024), puesto que se refiere al periodo de intensificación de las actividades mineras en el país y también de agravamiento de los conflictos. El recorte temático, en principio, buscó limitarse a conflictos entre el sector minero y la protección de los derechos territoriales y ambientales, pero terminó ampliándose a litigios de otra naturaleza, ya sea para alcanzar un mayor número de decisiones, ya sea porque esas decisiones también reflejaban interpretaciones jurídicas sobre tales categorías que terminan atravesando los litigios socioambientales. Se excluyeron las materias tributarias, penales y las discusiones estrictamente procesales, así como los resultados en los que los términos aparecían en mera cita de precedentes cuyo mérito del litigio se apartaba de lo que se busca investigar. No ignoramos el hecho de que la muestra no es exhaustiva y los términos de la búsqueda son encontrados en distintos momentos de las decisiones. En muchos casos, en su abrumadora mayoría, las categorías IPUPIN⁷⁸ fueron mencionadas, pero no llegaban a formar parte de la discusión central de los litigios. Ello también resulta una evidencia en la investigación: las nociones aparecen de forma poco contextualizada, citadas mayoritariamente en los escritos procesales de las empresas mineras, sin criterios orientadores para caracterizar los conceptos de interés público, utilidad pública e interés nacional. Así, a pesar de que los tribunales no estaban, en muchos casos, juzgando si los emprendimientos eran o no de interés público, utilizaban dicha noción en el proceso argumentativo y decisorio para eximir de responsabilidad, convalidar y autorizar los emprendimientos cuestionados.

A partir de la aplicación de estos criterios, de un total de 1.824 decisiones encontradas, fueron analizadas 174. Los resultados de este análisis fueron sistematizados y organizados en tres bloques temáticos: i) decisiones que sirvieron para la legitimación jurídica y social de la minería y su asociación con el proyecto de desarrollo nacional; ii) decisiones sobre conflictos entre la minería y los derechos de pueblos originarios y comunidades tradicionales, marcadas por la ambivalencia de posiciones y por el discurso judicial conciliatorio; iii) decisiones que redefinieron la noción de interés público a partir de la protección constitucional de la sociobiodiversidad.

Un aspecto que nos llamó la atención fue el universo relativamente pequeño de acciones judiciales encontradas que involucren conflictos entre minería y violaciones de derechos territoriales y ambientales de comunidades locales y pueblos tradicionales, considerando el gran número de casos que han sido documentados en los informes elaborados por movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil. Esto plantea un problema en torno a la democratización del acceso a la justicia y quiénes son los actores que, y bajo qué condiciones, están en condiciones de poner en marcha la maquinaria judicial, interponer recursos, contar con asesoría y afrontar las costas procesales, hasta alcanzar las instancias superiores. La investigación puso de manifiesto que las acciones que representan la defensa de intereses de esta naturaleza normalmente son impulsadas por la actuación del Ministerio Público Federal y/o de los estados y adoptan la forma de acciones civiles públicas. Los datos también apuntan a la hipótesis de que una serie de situaciones o bien no llegan a los tribunales, o bien se quedan contenidas en las instancias de base, o, incluso, no explicitan en sus argumentos las disputas por la aplicación de la noción de interés público.

También hay que destacar la prevalencia de conflictos relacionados con la minería no metálica, lo que puede estar relacionado con el hecho de que es el tipo de minería que posee la mayoría de los títulos otorgados y, además, con el hecho de que es más susceptible, por su menor envergadura, a prácticas informales y clandestinas de extracción. Ello puede justificar igualmente un número significativo de procesos que involucran litigios entre la pequeña y mediana minería y el Estado brasileño u otros emprendimientos. Sin embargo, cabe reiterar que es la minería metálica a gran

78. Sigla que pasaremos a utilizar para referirnos a las categorías «Interés Público», «Utilidad Pública» e «Interés Nacional» en este texto.

escala (hierro, oro, cobre, aluminio y níquel) la responsable de la mayor parte de las áreas utilizadas por la minería y la que protagoniza los mayores conflictos vinculados a derechos territoriales. Estos, sin embargo, no siempre llegan a las instancias superiores de los tribunales ni se ven afectados por decisiones finales sobre el fondo que puedan significar la eventual responsabilización o el cierre del emprendimiento.

2 Los efectos de la presunción de interés público de la explotación minera en la jurisprudencia brasileña

En esta sección, presentaremos los principales resultados del estudio jurisprudencial destacado en la introducción de este texto. De forma preliminar, las nociones de utilidad pública, interés público e interés nacional fueron tratadas, en su uso, mayoritariamente como conceptos indeterminados, sujetos a una interpretación jurídica casuística, cotejadas con el análisis de los principios constitucionales y normas del Código de la Minería. Muchas veces aparecieron en una relación de sinonimia entre sí y con otras nociones como lesión al orden público, interés regional, interés social y desarrollo económico. No fueron debatidas como categorías centrales en la judicialización de los conflictos ni en la parte dispositiva de las decisiones. Por el contrario, son conceptos citados y repetidos con poca fundamentación asociada, pero que caracterizan las razones decisorias y atraen la aplicación o el rechazo de un determinado conjunto de normas cuyo cumplimiento estaba en cuestión.

La ausencia de criterios bien definidos para la aplicación de estos conceptos abrió espacio para una invocación genérica y, a veces, banalizada, tanto por parte de los agentes económicos como de los estatales, que se valieron de datos descontextualizados en torno a la generación de ingreso, empleo y desarrollo, sin una carga argumentativa que les impusiera el deber de caracterizar la dimensión de sus alegados beneficios en confrontación con los impactos y riesgos que provocaban. De forma recurrente, la hipotética recaudación tributaria derivada de los emprendimientos fue equiparada a la demostración judicial de la existencia cabal del interés público en su realización, sin que otros valores y costos socioeconómicos fueran internalizados.

Aun así, considerando su naturaleza “abierta”, cabe señalar algunas líneas de fuerza diferenciadas en el uso de cada uno de los conceptos. El “interés público” fue el que se manejó de forma más genérica en distintas situaciones, tanto para privilegiar a la actividad económica como a la protección ambiental. El concepto de utilidad pública, en ocasiones, tuvo una interpretación más restrictiva, sujeta al encuadramiento en las actividades previstas taxativamente por las leyes como de actividades de utilidad pública (como lo hace el Código Forestal, la Ley de Protección de la Mata Atlántica y la Ley de Expropiación); esto fue común principalmente en las acciones judiciales que versaban sobre la caracterización de la utilidad pública de la minería para autorizar la supresión de vegetación y de áreas de preservación permanente (APP) o en situaciones de expropiación por utilidad pública. Por su parte, el interés nacional fue invocado de manera objetiva como aquel interés relacionado con la Unión para discutir cuestiones de competencia federativa en los conflictos, en acciones que debatían la explotación de yacimientos bajo monopolio federal o, incluso, cuando existía interés de organismos federales en la instalación minera.

En el campo de la coherencia argumentativa, los fallos mostraron a menudo una ambivalencia entre una interpretación jurídica que se centraba en la afirmación de derechos constitucionales en la fundamentación y asumía una postura flexibilizadora en la toma de decisión. Si bien encontramos una tendencia jurisprudencial abierta a los derechos territoriales e interesada en la defensa del patrimonio ambiental, también se mantuvieron firmes las concepciones de desarrollo y beneficios económicos asociados a la legitimación de la actividad minera.

En cualquier caso, las decisiones analizadas evidenciaron las transformaciones parciales en el campo del lenguaje jurídico y de la aplicación del Derecho por las que ha pasado el concepto de interés público y otros análogos – fundamentos básicos de la legitimación del Estado moderno – a lo largo de la historia. Si en otros momentos estuvieron recurrentemente relacionadas al ejercicio autoritario de las razones de Estado sobre las libertades individuales, frente a las cuales no cabía cuestionamiento por parte de otro poder ni existía previsión de vías jurídico-administrativas capaces de impugnarlas, o bien, en una concepción más liberal, asociados a una protección contra esa intervención arbitraria del Estado, observamos la prevalencia de una noción de interés público más cercana al paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho introducido por la Constitución Federal de 1988 y atravesado por el lenguaje de los derechos humanos, subsumido al principio de la realización de la dignidad humana.

Sin embargo, este avance producido en el campo doctrinario y en la argumentación jurídica no tuvo una repercusión directa en los efectos concretos de los fallos. Las decisiones siguieron reproduciendo confusiones conceptuales con consecuencias importantes. La primera incorrección advertida consiste en deducir que el texto constitucional, al determinar que la minería debe realizarse en el interés nacional, lleva a presumir que toda actividad autorizada administrativamente para la investigación y la explotación minera sería automáticamente de interés nacional. La segunda se relaciona con la cuestión de la titularidad de los minerales: se intentó inducir que el dominio de la Unión sobre el subsuelo indica la existencia de interés público en su explotación; por el contrario, es precisamente por tratarse de un bien público que su extracción debe resistir los dictados de la velocidad extractiva del mercado mineral y atender a las prioridades del conjunto social, siempre confrontadas con los impactos provocados. Cabe señalar también el uso inadecuado de la clasificación de la minería como actividad de utilidad pública, recurriendo al decreto que regula la expropiación en el país en litigios que ni siquiera implican medidas expropiatorias.

3 *El manejo de las categorías IPUPIN como fundamento decisório favorable al sector minero*

La presunción de que los emprendimientos mineros son dotados, por sí mismos y a priori, de interés público, viene generando en los tribunales brasileños una secuencia de aplicaciones distorsionadas del ordenamiento legal. En el ámbito de los tribunales, esta narrativa se expresa en decisiones que, aunque a veces se refieren a la afirmación de derechos socioambientales constitucionales, también recurren de forma sistemática a las concepciones de desarrollo y beneficios económicos asociados a la actividad minera para flexibilizar las normas legalmente dispuestas y proponer medidas conciliatorias con el fin de acoger los intereses del sector económico.

Algunos de los efectos de esta presunción tienen consecuencias que merecen ser discutidas. **La primera de ellas es una interpretación que limita los principios de precaución, del in dubio pro natura y de prevalencia de la norma más protectora en materia ambiental.** Esto se debe a que las legislaciones e instrumentos locales de gestión ambiental, elaborados en los municipios brasileños, vienen encontrando resistencia en los tribunales al tener que enfrentar la presunción de que la minería atiende genéricamente al interés público y debe prevalecer sobre las regulaciones específicas. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso en que el Tribunal Regional Federal de la 4.^a Región reconoció irregularidades en la elaboración del plan de manejo de un Área de Protección Ambiental⁷⁹ (APA) que fue convertida en zona de uso restringido y restringió actividades de exploración. Uno de los puntos destacados de la sentencia señala que no prevalecieron los aspectos de utilidad pública e interés social para inviabilizar la actividad extractiva en el lugar. Es decir, para el tribunal, la presencia de un área ambientalmente protegida no era una razón de orden público suficiente para impedir la explotación minera, decidida por los planificadores de la APA. El tribunal estableció, además, la necesidad de estudios técnicos que justificaran la prohibición de la extracción mineral en el lugar, en vez de exigir que las concesionarias mineras comprobaran técnicamente la compatibilidad entre la extracción y la protección ambiental. De esta manera, entró en la discrecionalidad administrativa que constituyó el plan de manejo e invirtió la lógica de la precaución al imponer que la imposibilidad de convivencia con la extracción mineral fuera objeto de comprobación técnica, presumiendo que la extracción minera constituye un interés público superior a la protección ambiental.

La perspectiva de compatibilización de intereses en una misma área geográfica revela el sentido conciliatorio de la gobernanza judicial de los conflictos ambientales. La movilización del argumento técnico contra el contenido del plan de manejo de la APA llama la atención en el caso concreto. La exigencia de comprobación sobre la incompatibilidad entre ambos impone una carga desmedida y eleva la minería a la categoría de bien público mayor que la protección ambiental. Este argumento, junto con un tratamiento equivocado de normas restrictivas como regulación minera y no de derecho ambiental, viene desalentando a los municipios a dictar leyes más protectoras de la naturaleza de acuerdo con sus especificidades ecosistémicas, lo que dificulta el avance de las luchas por territorios libres de minería en las esferas institucionales.

Una segunda consecuencia de esta presunción se refleja en fallos que exoneran a las empresas mineras que actuaron ilegalmente, convalidando conductas irregulares y eximiendo a las empresas de su responsabilidad por daños socioambientales. En el agravo de instrumento (recurso de apelación interlocutoria) 5027728-83.2017.4.04.0000, la resolución colegiada del Tribunal Regional Federal de la 4.^a Región (TRF-4) suspendió los efectos de la sentencia que había anulado todas las licencias ambientales concedidas a las empresas mineras BM y CEDRO, relativas a la actividad minera de diabasa en Morro de Maracajá, Santa Catarina, Brasil. En este caso ilustrativo, el tribunal determinó la continuidad de las actividades en las áreas ya instaladas, aunque reconoció la irregularidad de su operación y concedió un plazo de seis meses para la elaboración de los estudios ambientales ausentes. De esta manera, vació el carácter previo y evaluativo de los estudios, convirtiéndolos en una mera exigencia formal que debe cumplirse en cualquier momento del rito, incluso después de la operación de la actividad lesiva.

⁷⁹ Las Áreas de Protección Ambiental – APA – son modalidades de unidades de conservación de uso sostenible. De acuerdo con la ley que instituye el Sistema Nacional de Unidades de Conservación (SNUC), Ley 9.985/2000: “Art. 15. El Área de Protección Ambiental es un área generalmente extensa, con un cierto grado de ocupación humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos o culturales especialmente importantes para la calidad de vida y el bienestar de las poblaciones humanas, y tiene como objetivos básicos proteger la diversidad biológica, disciplinar el proceso de ocupación y garantizar la sostenibilidad del uso de los recursos naturales”.

El caso mencionado no es aislado. Otros emprendimientos llegaron a ser judicializados por la extracción mineral fuera del polígono autorizado por el Estado, pero tal ilegalidad no fue suficiente para que se mantuvieran las determinaciones iniciales de paralización de las actividades y aplicación de sanciones. Por el contrario, se pasó a exigir pruebas de los daños causados y pruebas periciales que justificaran la posibilidad de suspensión de las actividades irregulares, eligiendo la continuidad de la actividad minera como el interés público primario a ser tutelado. En este sentido, ejemplificamos citando el fallo de la apelación civil⁸⁰ 0001919-98.2012.4.03.6138-SP, en la que el Tribunal Regional Federal de la 3.^a Región no reconoció el deber de indemnización por daño moral y colectivo ni el resarcimiento al erario por la actuación de la empresa fuera del área autorizada, irregularidad que fue posteriormente subsanada. La concesión posterior fue otorgada en reconocimiento del interés público de la actividad minera y la admisión de que la explotación no causaba daño patrimonial ni perjuicio al interés nacional en el periodo en que la extracción de basalto se realizó sin autorización.

Ni siquiera después de crímenes ambientales de gran magnitud, como fue el caso de la ruptura de la represa de “Fundão”, en Mariana/MG, el 05/11/2015, tales presupuestos fueron abandonados. En el Recurso Especial⁸¹ 1.711.009- MG (2017/0277127-0), que trata de una acción cautelar preparatoria interpuesta por el municipio de Tumiritinga/MG contra Samarco Mineração S/A y COPASA, como consecuencia de la ruptura de dicha represa, era solicitada la suspensión de la actividad de la empresa debido a discusiones sobre la implementación de condicionantes que no estaban directamente relacionadas con el servicio público. El Tribunal consideró que no era razonable interrumpir la actividad de minería, ya que esto causaría perjuicios al interés público y a la economía regional, lo que constituiría una grave lesión al orden público administrativo.

Un tercer eje de consecuencias de esta presunción se encuentra en la constitución del deber de indemnización del Estado a las empresas mineras cuando, en situaciones excepcionales y fundamentales, rechaza o revoca la concesión del título de explotación (portaria de lavra). A partir de la asociación entre minería e interés público, se han venido formulando demandas judiciales de indemnización por parte de titulares de títulos mineros (autorizaciones de investigación o lavras concedidas) debido a la no explotación del yacimiento por impedimento superveniente, generando la obligación estatal de resarcir a las empresas por lucros cesantes⁸² tras la revocación de la resolución que autoriza la explotación minera para destinar el área a otras actividades económicas.

Este pedido ya fue concedido, inclusive, cuando hubo expropiación por interés social con fines de reforma agraria, a pesar de que el yacimiento ni siquiera había iniciado las etapas extractivas

80. La apelación civil es un recurso previsto en el artículo 1.009 del Código de Proceso Civil brasileño, interpuesto para impugnar las sentencias de primera instancia. Es decir, tiene por objetivo recurrir las decisiones definitivas sobre el fondo y someter los procesos al doble grado de jurisdicción, para que sea reformada o modificada la sentencia dictada.

81. Se trata de un recurso previsto en la Constitución Federal de 1988 y en el Código de Proceso Civil brasileño que tiene por objetivo impugnar decisiones de segunda instancia (emitidas por Tribunales de Justicia, en litigios estatales, o Tribunales Regionales Federales, en litigios que involucren el interés de la Unión) cuando tales decisiones contradigan un tratado o ley federal o, además, cuando la sentencia sea divergente de la de otros tribunales, con el fin de uniformar la interpretación del derecho federal en el país.

82. Los lucros cesantes son una categoría de daño patrimonial prevista en el derecho civil brasileño, caracterizada por la pérdida de ganancias que una persona o empresa razonablemente dejaría de obtener a causa de un acto ilícito o de una interrupción forzada de sus actividades. En el contexto de la minería, los lucros cesantes pueden ser alegados por empresas mineras cuando, por ejemplo, ocurre la revocación de un título de explotación (portaria de lavra) u otro impedimento que inviabilice la explotación de un yacimiento, resultando en la interrupción de un flujo económico esperado. No obstante, se entiende que este concepto ha sido utilizado de forma controvertida por las empresas mineras para reclamar indemnizaciones al Estado, incluso cuando la interrupción de las actividades se debe a decisiones legítimas, como la asignación de áreas para usos más acordes con el interés público. Esta práctica plantea cuestionamientos sobre el intento de las mineras de transferir al poder público los costos de su propia especulación económica, ignorando los impactos ambientales y sociales que sus actividades frecuentemente provocan.

(ausencia de inversiones y estructura movilizada para la extracción) y, además, ante el hecho de que la propiedad del mineral pertenece a la Unión, conforme a la Constitución Federal de 1988. Sin embargo, se determinó que el Estado indemnizara a la empresa por los lucros cesantes derivados de la imposibilidad de una futura extracción. Tales decisiones prevalecieron en el fondo, a pesar de que el entendimiento no es pacífico en la jurisprudencia, dado que el Tribunal Superior de Justicia ha establecido precedentes de que la mera limitación administrativa no generaba la obligación de indemnizar por parte del Estado ante la primacía de sus intereses sobre los particulares, asociada a la función social de la propiedad y a la ausencia de carácter absoluto del derecho de explotación (REsp 191656 SP, STJ, publicado el 02/08/2010).

Una cuarta consecuencia que merece ser mencionada se refiere al uso del argumento del desarrollo económico vinculado al interés público, en teoría, promovido por las empresas mineras. Un caso emblemático de conflicto ambiental en el que se utilizó este argumento merece ser destacado. Se trata de la instalación del sistema Minas-Rio⁸³ un mineroducto que atravesaría 1,2 mil propiedades, afectando a pequeños poseedores de tierras y comunidades quilombolas en Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais. El proyecto preveía impactos sobre el patrimonio sociocultural, sobre la comunidad biológica y sobre el patrimonio hídrico, con el descenso del nivel freático, la desaparición de manantiales de agua de Serra do Sapo, además de requerir 2.500 m³ de agua por hora (Fernandes et. al., 2014, p. 250).

Diversos aspectos ambientales e inmobiliarios del sistema del mineroducto fueron objeto de judicialización. En lo que respecta a los conflictos que involucran a poseedores y propietarios afectados, citamos el juicio del AREsp 533914- MG (2014/0146297-1), en el STJ, cuando se discutía la puesta provisional en tenencia (imissão de posse) de la empresa minera sobre un inmueble para realizar la obra que fue alegada como de interés público en el estado de Minas Gerais. El tribunal reconoció que su construcción contribuiría al equilibrio económico del estado y atendería al interés público al facilitar el transporte de la producción mineral. Se consideró posible la puesta provisional en tenencia, con el depósito del valor ofrecido por la empresa en concepto de indemnización provisional, incluso antes de que se realizaran estudios técnicos para determinar el valor de los daños sufridos o de consulta a las comunidades afectadas. A pesar de que el Código de Minas exige en su artículo 60, caput, una indemnización previa para el establecimiento de la servidumbre, el STJ entendió que era posible, en teoría, anticipar parcialmente los efectos de la tutela para permitir los preparativos de la explotación mineral, culminando en la expulsión inmediata de los afectados. Ante esto, la obra se consideró esencial, ya que atendería al interés nacional y proporcionaría beneficios directos e indirectos a la población, como el transporte del mineral de hierro:

*[...] Por otra parte, la urgencia declarada por la autora presenta manifiesta, teniendo en cuenta que **la obra objeto del litigio se destina a contribuir al equilibrio de la matriz económica del Estado de Minas Gerais, mediante la explotación racional de minerales de la comarca de Conceição do Mato Dentro, notoria por su potencial.** (STJ - AREsp: 533914 - MG (2014/0146297-1), Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Fecha de publicación: DJ 19/03/2019)*

83. El proyecto fue inicialmente concebido por MMX Mineração e Metálicos, del grupo EBX, y posteriormente su ejecución fue transferida al grupo sudafricano Anglo American, con inversiones iniciales cotizadas en US\$ 7 mil millones, siendo estratégico para proyectar la cuarta mayor empresa minera del mundo en el mercado internacional de hierro, ampliando su participación del 3% al 10% en el sector. La primera actividad de embarque ocurrió en 2014. Actualmente, el mineroducto posee 529 km de extensión, atravesando 33 municipios entre Minas Gerais y Río de Janeiro. Información disponible en: <<https://brasil.angloamerican.com/pt-pt/imprensa/noticias/2024/22-02-2024>>. Visitado el 28/11/2024.

Así, acatando el argumento económico como núcleo del conflicto sobre la tierra, el tribunal mantuvo la decisión de permitir que la empresa ingresara en los inmuebles incluso antes de la evaluación sobre los criterios de indemnización, bajo la justificación de que el desalojo inmediato de comunidades y propietarios de los inmuebles afectados serían medidas pertinentes para el cumplimiento del interés público.

4 *El principio de continuidad de la actividad minera, la noción de rigidez de localización y los impactos de las declaraciones de utilidad pública como elementos constitutivos de conflictos posesorios*

Mediante la Ley Federal n.º 14.066/2020, Brasil derogó dos artículos del Código de la Minería que contenían normas que impedían la interrupción de las actividades de investigación o de explotación minera. Dichos artículos eran los siguientes:

Art. 57 En el curso de cualquier medida judicial no podrá haber embargo o secuestro que dé lugar a la interrupción de los trabajos de explotación minera.

Art. 87 No se impedirá, mediante acción judicial de quienquiera que sea, la prosecución de la investigación o de la explotación minera.

Estos dispositivos reforzaban el principio de continuidad de la actividad minera, garantizando el aprovechamiento ininterrumpido de los recursos minerales debido a su carácter estratégico y a su naturaleza de bienes de la Unión, no renovables. Además, violaban el principio de acceso a la justicia (inafastabilidade da jurisdição)⁸⁴, así como impedían la ponderación de derechos a partir del caso concreto, atribuyendo la presunción absoluta de que la minería realizaba el interés público y que cualquier objeción a esta incurriría en mero descontento particular. La derogación de los artículos reflejó un intento de adecuar la legislación para permitir que las actividades extractivas pudieran ser examinadas desde su legalidad y compatibilidad con otros bienes públicos, cumpliendo con el principio constitucional y su derecho fundamental correlativo de acceso a la justicia.

Sin embargo, a pesar de la derogación de los dispositivos, el principio de continuidad de la acti-

⁸⁴. Tal principio corresponde a la garantía de que ninguna lesión o amenaza a un derecho puede ser excluida de la apreciación del Poder Judicial. El principio, consagrado en el artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución Federal de 1988, asegura que todos tienen el derecho de buscar la tutela jurisdiccional para la protección de sus derechos, independientemente de la naturaleza de la cuestión o de la esfera de competencia del Poder Judicial.

vidad minera se ha constituido como un obstáculo relevante para la protección de los derechos socioambientales, en la medida en que eleva la minería al nivel de supremacía de los intereses de la administración pública, equiparada a las actividades prestadoras de servicios públicos esenciales, creando varias cargas probatorias para territorios en conflicto que se ven impulsados a demostrar la completa imposibilidad de continuar con las extracciones iniciadas. Es decir, permanece como norma acogida por la jurisprudencia el principio de continuidad de la actividad minera, cuya utilización genera obstáculos para las decisiones liminares, suspensiones administrativas, embargos o medidas de responsabilización en el curso de los emprendimientos instaurados. Existe, además, el mito de la rigidez de localización agregado a la noción de interés público y al llamado principio de continuidad de la actividad minera, creando obstáculos para la paralización de actividades con daños socioambientales comprobados. La idea de rigidez es incorporada desde el punto de vista económico en las razones decisorias de los tribunales, que pasan a argumentar que:

La actividad minera se distingue de las demás por su rigidez de localización, por las cuantiosas inversiones necesarias para superar la fase de investigación hasta obtener la habilitación para la explotación, por el largo plazo de maduración de las inversiones y por el riesgo de la actividad en razón de la incertidumbre de la recuperación de las inversiones realizadas en la fase de investigación (Recurso en mandato de seguridad n.º 50.573 – TO (2016/0092552-8), 4.ª Sala, STJ) (énfasis nuestro)

Este estilo de fundamentación internaliza el cálculo económico como base de la inevitabilidad de los emprendimientos, sin tener en cuenta que no se trata solo de poder explotar un determinado mineral en un lugar específico por la imposibilidad fáctica de encontrarlo en otros yacimientos, sino de adoptar la viabilidad económica (costo/beneficio de la extracción, margen de ganancias y decisiones empresariales de localización) como el motor determinante de las decisiones sobre qué, cómo y dónde explotar. Además, vale la pena señalar que diversas formas de existencia comunitaria son interdependientes de los territorios en los cuales se constituyen, y no pueden sufrir desalojos forzosos sin que se produzcan impactos severos sobre los derechos a la autodeterminación, a la existencia colectiva y a las relaciones de la economía del cuidado que realizan con la naturaleza en la cual están insertas. De este modo, no es razonable suponer que poseen una amplia movilidad y pueden sufrir desplazamientos forzados.

En este sentido, la mala aplicación de la noción de rigidez de localización hace que el Estado deje de planificar e instituir criterios democráticos para el ritmo y las localidades de la extracción mineral, delegando a la iniciativa privada determinar dónde y cuándo extraer minerales que son bienes públicos. En este escenario, se agravan los conflictos inmobiliarios y territoriales, ya que tales emprendimientos entran en conflicto con tierras tradicionalmente ocupadas. Así, si una cierta ambivalencia marca las decisiones en los tribunales superiores, hay indicios de un uso más perentorio y taxativo de la minería como actividad de interés público/utilidad pública, sobre todo en acciones que versan sobre derechos de tenencia y propiedad, que tendrían primacía sobre otras formas de uso y ocupación de las tierras.

Esto es recurrente en las decisiones judiciales en acciones de servidumbre minera, protección preventiva de la tenencia (interdicto prohibitório), restitución de la tenencia (reintegração de posse) y expropiaciones (Barros, 2024). En las acciones de protección de tenencia, se observa también un activismo discursivo de las empresas orientado a la criminalización de movimientos sociales y comunidades que se oponen a sus proyectos. En el marco de estas acciones, los movimientos sociales son caracterizados como organización criminal, y la idea de interés nacional, asociada a nociones como paz social, orden público, seguridad nacional y Estado Democrático de Derecho, se moviliza para justificar medidas represivas contra cualquier “amenaza” a sus unidades operativas.

Partiendo de una deslegitimación de las ocupaciones existentes, se refuerza la idea de que la empresa minera está imbuida de un poder-deber típico del Estado, arrogándose la prerrogativa de restringir/suspender derechos y tomar decisiones, y muchas veces en contravención a los procedimientos previstos en la ley. Acciones de entrada directa en las tierras, desalojo de poblaciones mediante medidas coercitivas, procesos informales de compra y venta de tierras (incluso aquellas inalienables) e incentivo al acaparamiento de tierras, irregularidades en los otorgamientos de licencias ambientales, todo eso compone un mundo de informalidad, violencia e ilegalidad que atraviesa los grandes emprendimientos mineros y queda al margen del poder judicial.

Tal escenario se traduce en decisiones judiciales que validan puestas provisionales en tenencia de las mineras sobre territorios tradicionalmente ocupados, ya sea para instituir servidumbres mineras o para expropiar las áreas, sin que los derechos colectivos encuentren espacio de discusión más allá de la fijación del valor de las indemnizaciones individuales por la tierra sin mejoras. En un fallo sobre un caso de servidumbre minera⁸⁵, el STJ consideró válida la decisión liminar que determinó la puesta en tenencia de una empresa minera en el área necesaria para la ampliación de una línea aductora, caracterizando esta demanda como una cuestión de interés público. En el sumario del fallo, el tribunal avala que **“la actividad minera es de utilidad pública, por lo que el interés público prevalece sobre el privado”** (énfasis nuestro) (AREsp 700627- MG (2015/0103047-7)).

Este fue también el fundamento argumentativo de un conflicto entre un proyecto de asentamiento y uno minero. En la decisión del recurso de apelación interlocutoria (agravo de instrumento) número 0025853-21.2015.4.01.0000, que trató la cuestión de la viabilidad y la prioridad de uso de un inmueble situado en la Fazenda Belauro/PA, objeto de un proyecto de asentamiento⁸⁶, el tribunal **concluyó que la vocación mineral del área de la finca Fazenda Belauro prevalece sobre el proyecto de asentamiento**, con base en la legislación vigente que priorizaría la explotación mineral en casos de utilidad pública. Por otra parte, cuando las discusiones se referían a acciones de expropiación para instalar emprendimientos mineros, observamos el entendimiento jurisprudencial de que tal declaración de utilidad pública es de naturaleza eminentemente política, cabiendo al poder

85. La servidumbre minera es un instituto jurídico previsto en la legislación minera brasileña que confiere al titular de un derecho minero la posibilidad de utilizar propiedades ajenas para viabilizar la investigación, la extracción y la explotación de recursos minerales. Esta utilización puede incluir el paso de equipos, la instalación de estructuras y otras actividades necesarias para el ejercicio de las operaciones mineras. Para su institución, debe respetarse el principio de la justa indemnización al propietario del inmueble afectado, así como las normas ambientales y los derechos de terceros. Ataíde (2024) analiza la servidumbre minera como un instrumento jurídico que ilustra la prevalencia del interés económico sobre los derechos de propiedad y otros derechos fundamentales. El autor destaca que la servidumbre minera, al permitir que la empresa minera utilice áreas de propiedad privada con fines de investigación y explotación, refuerza la idea de que la minería es una actividad estratégica y de interés nacional, conforme lo previsto en el ordenamiento jurídico brasileño. Merecen críticas la forma en que ese instituto es implementado, dados los conflictos generados por la falta de regulación clara y la ausencia de mecanismos eficaces de reparación para los propietarios y las comunidades afectadas. Según el autor, la servidumbre minera es frecuentemente utilizada sin la debida ponderación entre los impactos socioambientales y los beneficios económicos, lo que pone en duda su legitimidad y su compatibilidad con los principios constitucionales de protección ambiental y de dignidad de la persona humana.

86. La constitución de proyecto de asentamiento es resultado de un decreto administrativo que delimita el territorio, selecciona a las familias y crea infraestructura. Es artificial o externamente constituido, formalizando un nuevo espacio geográfico que forja una nueva organización social (Carvalho, 1999). Un proyecto de asentamiento es una modalidad de reforma agraria implementada por el Estado brasileño, que consiste en la destinación de tierras públicas o expropiadas a familias de trabajadores rurales sin tierra o con poca tierra. Estos proyectos son regulados por el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) y tienen como objetivo principal promover la redistribución de tierras, el acceso a la producción agrícola sostenible y la garantía de derechos sociales para los beneficiarios. Además de ofrecer tierras, los proyectos de asentamiento incluyen acciones de apoyo, como asistencia técnica, acceso a crédito rural e infraestructura básica, con el fin de asegurar la viabilidad económica y social de las familias asentadas. Además de la definición burocrático-estatal, sin embargo, la creación del asentamiento es producto de conflictos, luchas y demandas sociales por el derecho al acceso a la tierra (Sauer, 2008).

judicial discutir únicamente la justeza de los valores indemnizatorios. A los propietarios y poseedores tradicionales que alegan derechos violados no les cabría la posibilidad de suspender las acciones de investigación minera o explotación, restringiendo el derecho de los afectados a discutir el valor de la indemnización propuesta en los autos de evaluación de los inmuebles.

Por último, dejamos constancia de que enviamos un requerimiento de información a la Agencia Nacional de Minería (ANM) para informarnos sobre la aplicabilidad de su competencia para emitir declaraciones de utilidad pública (DUP) con fines de servidumbre minera y expropiación. En su respuesta, la agencia informó que “no emitió ninguna DUP hasta la fecha, debido a que el tema aún se encuentra en discusión dentro de la Agenda Regulatoria de la ANM para el trienio 2022/2024, de acuerdo con el Eje Temático 3- Otorgamiento”. Durante este periodo, la Agencia ha convocado “reuniones participativas con el fin de dialogar con el sector minero sobre la regulación de la DUP a efectos de la institución de servidumbre minera y expropiación”⁸⁷. Nos llamó la atención el hecho de que la ANM admitiera que las rondas de diálogo sobre la regulación de la DUP privilegian la interlocución con el sector minero, sin mencionar a otros grupos y organizaciones, especialmente aquellos que representan a los afectados por la minería.

5 *Una importante repercusión procesal de la presunción de interés público: el uso ilegítimo de solicitudes de suspensión de seguridad por parte de las empresas mineras*

La solicitud de suspensión de seguridad es un instrumento procesal utilizado para suspender decisiones provisionales (liminares o cautelares) cuando exista demostración de grave lesión al orden, la salud, la seguridad o a la economía pública. Conforme expone Prudente (2014), la Suspensión de Seguridad, creada durante el régimen militar (1964), tenía como objetivo, inicialmente, controlar la actuación del Poder Judicial y garantizar la estabilidad del régimen. La utilización de este instrumento en casos como el bloqueo de dinero durante el gobierno del presidente Collor, ilustra cómo los intereses privados pueden prevalecer sobre el bien público en nombre del orden y la seguridad. Las modificaciones posteriores, como su introducción en la Ley del Mandato de Seguridad (ley 12026/2009), ampliaron su alcance e incorporaron el instrumento bajo la justificación de defender los derechos públicos de orden superior, por parte de entes estatales, para evitar daños graves e irreversibles. La permanencia de la suspensión de seguridad en el ordenamiento jurídico brasileño suscita reflexiones sobre la necesidad de mecanismos que garanticen la independencia del Poder Judicial y la protección efectiva de los derechos fundamentales, sin caer en las prácticas autoritarias del pasado.

⁸⁷. Respuesta de la Defensoría (Ouvidoria) interna de la ANM realizada el día 26 de junio de 2024, en atención a la solicitud de acceso a la información protocolizada bajo el número 48003.004939/2024-25.

En esta investigación, llamó la atención, como consecuencia de la presunción de interés público, el permiso para que empresas privadas, por ser concesionarias de títulos de explotación, sean procesalmente equiparadas a la condición de ente público y puedan interponer solicitudes de suspensión de seguridad, en defensa de una alegada protección del orden económico, para suprimir las instancias recursivas y requerir la anulación de decisiones liminares y cautelares que protegen los derechos socioambientales. Así, recurren a las presidencias de los tribunales del país, bajo el evasivo argumento de que sus actividades representan la defensa del orden económico, para obtener la revocación de las decisiones que aplican el principio de precaución y eventualmente determinan la suspensión de sus emprendimientos por irregularidades. Esto determina la continuidad de emprendimientos ilegales y altera las etapas procesales regulares, convirtiendo los emprendimientos que violan los derechos en un hecho consumado.

Un caso emblemático en este sentido es el desastre de la mina de sal de roca de Braskem, en Maceió, que desplazó a cerca de 100 mil personas directa e indirectamente tras el hundimiento del suelo en varios barrios de la ciudad. En ese caso, el ministro ponente del STJ apoyó el proceso de negociación del acuerdo para viabilizar los desalojos de la zona de riesgo, definiendo medidas de apoyo a las víctimas, pero sin reconocer la responsabilidad de la empresa⁸⁸. En el transcurso de las etapas procesales, a pedido de la Defensoría Pública y de la Fiscalía de Alagoas, se había determinado el bloqueo de más de R\$ 3.500 millones de las cuentas de la empresa para garantizar los recursos de indemnización a las víctimas mientras se determinaba la magnitud del desastre. Braskem pidió, en la solicitud de suspensión de seguridad n.º AL 2019/0162936-3, la revocación de la decisión liminar y el tribunal, a pesar de haber argumentado que reconocía la gravedad de los riesgos ambientales y las tragedias que ocurrieron en otros lugares, consideró que la decisión de bloqueo causaba un grave perjuicio a la economía pública, perjudicando la continuidad de las actividades de la empresa.

Se destacó el rol económico de la empresa minera, enfatizando la generación de ingresos y empleos, como reflejo del pensamiento desarrollista del poder judicial brasileño. El ministro entendió que la empresa había ofrecido un seguro de garantía adicional, comprometiéndose a cumplir con eventuales obligaciones en caso de que se estableciera su responsabilidad por los daños, y que este acuerdo supliría la necesidad de un bloqueo judicial. Además, el juez citó casos anteriores en los que medidas cautelares habían sido adoptadas para suspender decisiones que paralizaban las actividades mineras, destacando que el perjuicio a la empresa causaría un perjuicio al interés público, debido a la disminución de los beneficios económicos derivados de las actividades extractivas. El objetivo, según se argumentó, sería evitar mayores daños a la economía y garantizar un enfoque “más equilibrado”.

*Sin entrar en el mérito de la causa, atendiendo a los estrictos límites de la solicitud de suspensión, se constata que **la decisión impugnada causa un grave perjuicio a la economía pública y, contrariamente a lo deseado, afecta al interés público local y nacional.** [...] Entiendo que, al proceder así, el magistrado adoptó una medida que, **contrariamente a la deseada preservación del interés público y de la colectividad, puede llevar al entendimiento genérico de que, en aras de la prudencia, no es necesaria la debida comprobación y/o justificación para la paralización de las actividades mineras, las cuales, por su propia naturaleza, representan, por sí solas, riesgos para el medio ambiente y la sociedad.** (STJ - PET en SLS: 2529 - AL (2019/0162936-3), Ponente: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Fecha de publicación: DJ 12/08/2019)*

88. Informaciones disponibles en <https://www.intercept.com.br/2024/03/04/como-a-braskem-se-livrou-de-bloqueios-bilionarios-por-afundar-bairros-em-maceio/>, visitado el 20.11.2024.

La realización prematura del acuerdo también repercutió en el poder judicial local, ya que el 3.º Juzgado Federal de Alagoas atendió las solicitudes de la Agencia Nacional de Minería de cerrar la acción civil pública⁸⁹ (ACP) propuesta, alegando que Braskem asumió la total responsabilidad por el daño ambiental y se comprometió a su reparación mediante un acuerdo. Sin embargo, el Ministerio Público Federal apeló esta decisión, arguyendo que las medidas de reparación aún están en curso y que no hubo una responsabilización de los organismos públicos corresponsables del agravamiento del desastre. Cabe destacar que los relatos actuales registran que el acuerdo formalizado entre las empresas y las víctimas fue abusivo e injusto, y que puede ser revisado. La defensoría pública alega que las indemnizaciones fueron inmorales, tarifadas y que el valor de los inmuebles llegó a reducirse a la mitad⁹⁰.

El instrumento de la suspensión de seguridad también fue utilizado para autorizar la continuidad de las obras del proyecto Minas do Morro de Ouro, la mayor explotación de oro del país, promovida por la canadiense Kinross, que afectó directamente a tres comunidades quilombolas en Paracatu/MG e instauró un complejo de problemas que incluyen daños a la salud por la contaminación ambiental, desestructuración de los modos de vida tradicionales, persecución de líderes y expulsión de comunidades con métodos de intimidación y sin paridad en las condiciones de negociación⁹¹. En la investigación jurisprudencial, el caso se reveló por medio de la solicitud de suspensión de seguridad dirigida al STJ, en la que se discutían los impactos de la construcción de una nueva represa y la minera alegaba que la economía de la región sufriría daños en caso de que las obras fueran retrasadas por la decisión judicial que determinaba su paralización. En ese momento, la empresa pretendía la suspensión de la decisión liminar que detenía las obras de la represa de relaves, arguyendo que “la liminar no solo amenaza la economía pública por la posibilidad de interrupción de las inversiones, de la recaudación, de la participación pública en la explotación y de los impuestos, sino que también **amenaza el propio orden público, que consiste en la regularidad de la actividad pública delegada a la Solicitante por la Unión**” (fl. 16) (AgRg en la SLS 1181 MG 2010/0010144-0) (énfasis nuestro). El STJ acogió los argumentos de la empresa, revirtió la decisión del tribunal y determinó la puesta en tenencia inmediata del área ocupada por los afectados. Al hacerlo, el tribunal superior fijó la correlación entre la categoría de interés público y las alegadas razones de orden económico, argumentando un perjuicio a la economía y al interés público:

La concesión de una liminar en un recurso de apelación para suspender la construcción de una represa de relaves, interrumpiendo el considerable aumento en la producción de la empresa minera, puede causar, en el caso en debate, una grave lesión al interés público y a la economía pública. [...] Los elementos presentados en el escrito inicial y en las peticiones que siguieron demuestran la presencia de los requisitos necesarios para el otorgamiento de la solicitud de suspensión, siendo oportuno resaltar el interés público, sobre todo desde el enfoque económico, por tratarse de una concesión de explotación de mineral de oro otorgada por la Unión Federal a través del Ministerio de Minas y Energía (cf. fl. 22). (...) Compruébense, a propósito,

⁸⁹. La acción civil pública es un tipo de acción de tutela colectiva, prevista en la Ley Federal n.º 7.347/1985, cuyo objetivo es proteger intereses colectivos o difusos. Dicha acción puede ser interpuesta por entes públicos, por asociaciones legalmente constituidas, por la Fiscalía y la Defensoría Pública.

⁹⁰. Informaciones disponibles en <https://www.mpf.mp.br/al/sala-de-imprensa/noticias-al/caso-braskem-mpf-recorre-de-sentenca-que-encerra-processo-de-reparacao-socioambiental-contra-ima-e-anm>, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/20/para-defensores-acordos-com-a-braskem-em-maceio-podem-ser-revisados> y <https://tribunahoje.com/especial/2024/10/29/57-danos-morais-pagos-pela-braskem-sao-imorais>, visitado el 22.11.2024.

⁹¹. Para mayor información sobre el caso, consulte el informe “Mineração e Violação de Direitos – O caso da empresa Kinross em Paracatu”, disponible en https://www.global.org.br/wp/wp-content/uploads/2023/11/Mineracao_e_Violacao_de_Direitos_Paracatu-1.pdf. Visitado el 15.11.2024

los siguientes pasajes de la referida pieza: [...] Efectivamente, el riesgo de grave lesión a la economía y al interés públicos están caracterizados, siendo cierto que la eventual paralización de la actividad minera, por cualquier motivo que sea, acarrea perjuicios financieros a la región, a la generación de empleos y a la Unión Federal. Ante lo expuesto, otorgo la solicitud para suspender la liminar concedida el 4.12.2009, en los autos del Recurso de Apelación n. 1.0470.09.060198-5/001 (énfasis nuestro) (AgRg en la SLS 1181 - MG (2010/0010144-0)).

La decisión refleja los argumentos empresariales y realiza una distorsión común en el rito minero: presupone que los emprendimientos se vuelven de interés público tras recibir el título de explotación, secundarizando el análisis sobre los impactos sociales, ambientales y territoriales provocados. Se observa, además, que los fundamentos de la decisión no caracterizan el alegado interés público más allá de los supuestos beneficios económicos.

El tercer caso a ser mencionado en esta discusión se refiere al proyecto de duplicación del ferrocarril Carajás, asociado al proyecto S11D de Vale, localizado en Serra de Carajás, y presentado como la mayor inversión de la empresa y de la industria global de hierro, iniciado en 2004. Corresponde a un proyecto de expansión del histórico complejo de extracción, procesamiento y transporte de mineral de hierro que la empresa – antigua Companhia Vale do Rio Doce – opera en la región amazónica (en los estados de Pará y Maranhão) desde 1985: el complejo Ferro Carajás, considerado el más grande del mundo. Además de la duplicación de una vía férrea de 892 km, incluye la apertura de la mina S11 en Serra Sul da Floresta Nacional de Carajás (FLONACA), la construcción del ramal ferroviario, una carretera y la expansión del Terminal Portuario de Ponta da Madeira⁹².

La duplicación de la EFC tuvo inicio en 2007 como un proceso de licencia ambiental simplificado ante el IBAMA y con licencias de instalación fragmentadas por tramos de la obra, sin realizar interlocución con ninguno de los grupos sociales impactados, omitiéndolos incluso de los estudios ambientales. Recién en 2010, ya en la fase de licencia de instalación (LI 752/2010), se reconoció que los estudios ambientales habían sido omisos respecto a la existencia de impactos a las comunidades quilombolas e indígenas, y hubo una manifestación formal tanto de la Fundación Cultural Palmares (FCP) como de la FUNAI sobre la necesidad de tales estudios.

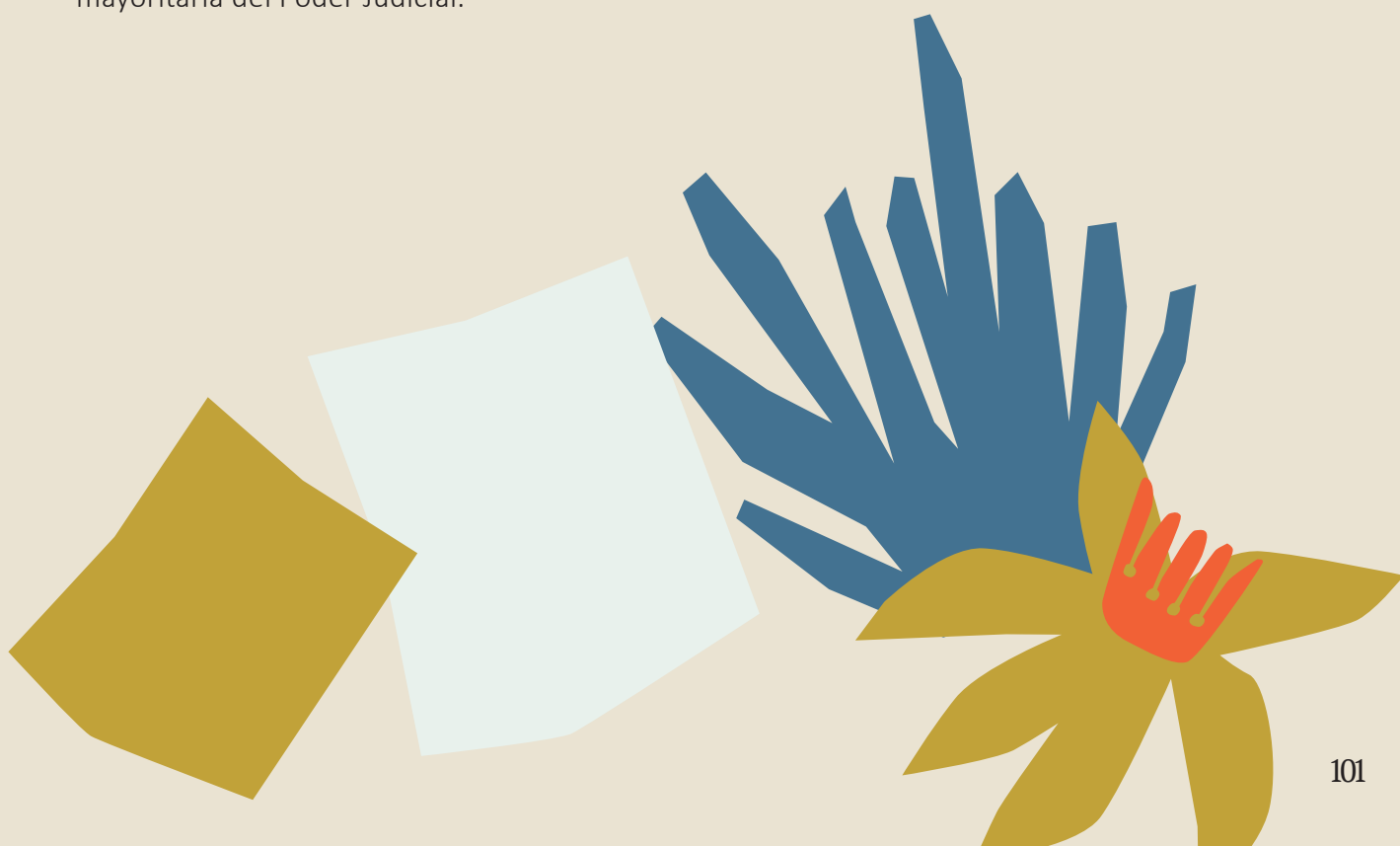
Tras sucesivas denuncias de las comunidades y organizaciones sociales, en 2012 se interpuso una acción civil pública buscando la anulación del proceso de licencia considerado ilegal y, consecuentemente, la suspensión total de las obras de duplicación de la EFC. En el proceso n.º 26295-47.2012.4.01.3700, el Juzgado Federal del 8.º Juzgado de la Sección Judicial de Maranhão concedió

92. Aunque se trataba de proyectos asociados, formando un todo complejo para la operación del emprendimiento, el proceso de licencia de cada uno de ellos fue fraccionado (Barros, 2024). El ferrocarril Carajás atraviesa 27 municipios, y más de 100 comunidades urbanas, rurales, indígenas, asentados, recolectoras de coco (quebradeiras de coco) y quilombolas ocupan las áreas consideradas “directamente afectadas” y “de influencia directa” del proyecto de duplicación. Su primera línea, que comenzó a funcionar en 1985, se realizó sin un proceso de licencia ambiental, sin estudios previos de impacto y sin considerar la existencia de comunidades situadas en el territorio. Recién en 2009 la EFC obtuvo oficialmente del Estado brasileño la concesión de una “Licencia de Operación Correctiva”, lo que regularizó retroactivamente el emprendimiento (Monteiro, Chammas, 2015). Esto ya evidencia el enorme pasivo social y ambiental que se fue acumulando en los territorios y que comienza a ser potenciado con el proyecto de duplicación. Entre sus principales efectos negativos, se citan: deforestación; sedimentación de represas y arroyos (igarapés) utilizados en las actividades tradicionales de las comunidades; amenaza a la vida y a la integridad física de los habitantes de las regiones debido a la falta de pasos seguros para posibilitar el cruce de la vía férrea; obstáculos a los procesos de titulación de los territorios colectivos recortados por el ferrocarril; daños a la salud a causa de la contaminación sonora derivada del paso del tren; daños a las estructuras de las edificaciones como consecuencia de las vibraciones del suelo por el paso del tren y el ahuyentamiento de animales, incluyendo las presas de caza, que son fuente de alimentación de los pueblos indígenas.

una medida liminar, determinando la inmediata suspensión del proceso de licencia y la consecuente paralización de las obras, determinando además: la realización de un estudio y un informe de impacto ambiental (EIA-RIMA) y su divulgación en lenguaje comprensible a todas las comunidades impactadas; la realización de audiencias públicas en todos los 27 municipios afectados; la realización de consultas a las comunidades tradicionales a fin de averiguar su consentimiento libre, previo e informado; la realización de inspecciones in loco por parte del IBAMA y la disposición de que este diera mayor publicidad al proceso (Monteiro, Chammas, 2015).

Ante la decisión, Vale S.A. interpone el instituto de la “suspensión de liminar” (proceso n.º 0056226-40.2012.4.01.0000/MA (SLAT)) para suspender los efectos de la liminar, argumentando que la decisión judicial que ordenaba la paralización de las obras y la reelaboración de los estudios representaba una grave lesión al orden y a la economía pública, obteniendo una decisión favorable del Magistrado Presidente del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región. La aprobación, pocos días antes, de un cuantioso crédito por parte de un banco público – el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) – precisamente para esa obra, fue utilizada por la minera como supuesta evidencia del interés público que se veía perjudicado con la paralización de las obras. El Tribunal sostuvo entonces que “la decisión que paraliza las obras acarrea una grave lesión al orden público”, resultando en el “desequilibrio económico-financiero del contrato de concesión”. Contra la decisión del Magistrado Presidente del TRF1 se interpuso el competente recurso de queja (Agravio Regimental), que terminó siendo denegado por mayoría, utilizándose en las razones de la decisión la presunción de interés público de la actividad empresarial.

El análisis de los casos evidencia que el instituto de la suspensión de seguridad, originalmente concebido como instrumento excepcional de tutela del interés público, ha sido indebidamente apropiado por grandes empresas mineras como mecanismo de blindaje jurídico frente a decisiones judiciales que buscan contener daños socioambientales y garantizar derechos fundamentales. La presunción de interés público, atribuida automáticamente a actividades económicas de gran escala, se convierte en una estrategia discursiva que legitima la continuidad de emprendimientos irregulares y refuerza la subordinación de la protección ambiental y social a argumentos económicos. Este uso distorsionado del instrumento desvirtúa su finalidad constitucional, reitera prácticas autoritarias de limitación de la tutela judicial y consolida un patrón de judicialización asimétrico, en el que el poder económico se sobrepone al principio de precaución y a la propia función contramayoritaria del Poder Judicial.



6 Casos en los que las categorías IPUPIN fueron enfrentadas ante los derechos de pueblos originarios y comunidades tradicionales impactadas y las inclinaciones judiciales hacia la resolución negociada de conflictos

Las acciones que involucran a pueblos y comunidades tradicionales revelaron nuevas dimensiones de la aplicación de las categorías IPUPIN. La defensa de los derechos territoriales⁹³ moviliza un proceso de complejización de la disputa en torno a qué se entiende como interés público. La dimensión de los conflictos y la emergencia de una protección jurídica asociada a los modos de vida tradicionales condujeron al poder judicial brasileño a adoptar medidas conciliatorias e incorporar gramáticas referentes a los derechos originarios sin, empero, renunciar a los presupuestos desarrollistas que fundamentan el régimen extractivista.

Un ejemplo de ello es el conflicto que involucra a una empresa minera de diamantes y a los pueblos indígenas Cinta Larga, en el que hubo una judicialización mediante una acción civil pública interpuesta por el Ministerio Público Federal contra el Departamento Nacional de Producción Mineral (DNPM), actualmente Agencia Nacional de Minería, debido a la existencia de procedimientos de explotación en tierras indígenas. Se observan fragmentos extraídos del fallo del recurso de apelación en el Tribunal Regional Federal de la 1.ª Región en los que se suscitó el debate sobre el interés público para el desenlace del caso. El voto del ponente en el tribunal de origen atestiguaba que:

*En el caso bajo examen, es necesario verificar de qué **interés público concreto se trata, si existe y, después, ponderar el alegado interés público con el interés en conflicto; incluso, analizar cuál es la naturaleza del derecho defendido por el autor ministerial. Afirmé anteriormente que la Constitución Federal adoptó la premisa de que los recursos minerales son estratégicos para el desarrollo nacional. Es necesario verificar si en el caso de los autos está presente el interés del desarrollo nacional en la explotación de diamantes en el entorno del área indígena. (...) No hubo demostración por parte del DNPM, más allá del ejercicio de retórica, del quantum de divisas que ingresa a la Unión con el pago de royalties e impuestos sobre la explotación de diamantes en el entorno de la reserva y cómo se benefician los municipios del área. (énfasis nuestro) (MC 22821 - RO (2014/0139970-0)).***

⁹³. Los derechos territoriales se refieren al conjunto de prerrogativas reconocidas legalmente a individuos, grupos o comunidades sobre la tenencia, uso, gestión y protección de un territorio. Estos derechos incluyen aspectos como el derecho a la propiedad, el uso sostenible de los recursos naturales, la protección cultural y espiritual del espacio ocupado y la autodeterminación de pueblos tradicionales e indígenas (Milaré, 2009). En Brasil, los derechos territoriales están garantizados constitucionalmente, especialmente para los pueblos indígenas (artículo 231 de la Constitución Federal), quilombolas y otras comunidades tradicionales, reconociendo su relación histórica, cultural y económica con la tierra. Tales derechos buscan proteger los territorios de amenazas externas, como el acaparamiento de tierras, la explotación ilegal y los proyectos económicos que no tienen en cuenta el impacto social y ambiental en las áreas afectadas.

Del fragmento se verifica que, incluso para fallar favorablemente a la protección de la tierra indígena, el magistrado realiza un esfuerzo argumentativo para disolver aquello que entiende como una premisa constitucional de que **“los recursos minerales son estratégicos para el desarrollo nacional”**. En el caso concreto, fue relevante la falta de demostración fáctica de los beneficios económicos para la Unión. La premisa pro-minería, por lo tanto, eleva la eventual recaudación fiscal al nivel de bien jurídico a ser tutelado en ejercicio de ponderación con los derechos territoriales de los pueblos indígenas. El mismo caso fue sometido a consideración en el Supremo Tribunal Federal, momento en el que, en el Recurso de Queja en la Suspensión de Liminar 1480, **el STF reconoció la primacía de la protección de las tierras indígenas y del medio ambiente**, consagradas respectivamente en los artículos 231 y 255 de la Constitución Federal, frente a las concesiones de minería artesanal (lavras garimpeiras) en el entorno de la TI de los Cinta Larga, en Roraima. La preservación del interés público, aquí, fue asociada a la amenaza de lesión que las concesiones mineras habían provocado, como el aumento de la delincuencia y de los daños ambientales. Se destacó el papel de las tierras indígenas en la protección de la diversidad biológica en los términos del art. 15 de la Ley 9985/2000 y **se utilizó el art. 42 del Código de Minería** para tratar las hipótesis de revocación de la explotación en caso de que sea perjudicial para el bien público, reiterando la inexistencia de derechos absolutos en el ordenamiento jurídico:

*Demostrada la existencia de **riesgo de lesión al interés público causado por la multiplicidad de autorizaciones y permisos de explotación de recursos minerales en el entorno de la Tierra Indígena del Pueblo Cinta Larga**. Evidenciado el riesgo de grave lesión al orden y seguridad públicos, materializado en el recrudecimiento de los conflictos entre indígenas y no indígenas en la región, se ratifica la necesidad de acoger la solicitud de suspensión, en los términos de lo que prevén los arts. 4.º de la Ley n.º 8.437/1992 y 297 del Reglamento Interno del STF. [...] Las tierras indígenas constituyen áreas de protección ambiental y tienen como finalidad proteger la diversidad biológica, disciplinar el proceso de ocupación y garantizar el uso de los recursos naturales (art. 15 de la ley 9.985/2000). El art. 42 del Código de Minería dispone que la autorización de explotación será rechazada si la misma fuera considerada perjudicial al bien público o comprometiera intereses que superen la utilidad de la explotación industrial. (...) 10. El interés en la protección del medio ambiente, las condiciones de vida de la población indígena local y la neutralización de la delincuencia hacen emerger los motivos para la revocación de la explotación. 11. Apelación del Ministerio Público Federal estimada. 12. Recurso de apelación del DNPM desestimado.*

El precedente caracteriza, por lo tanto, el interés público ambiental en aquello que será objeto de protección por el art. 42 del Código de Minería, ponderando el derecho de explotación de yacimiento con el contenido socioambiental antes mencionado. El caso señala, de forma no aislada, que los tribunales superiores brasileños vienen avanzando en el reconocimiento de los derechos territoriales y la autodeterminación de los pueblos, velando por su constitucionalidad e inmediata aplicación. Este reconocimiento, asociado a una creciente agenda ambiental en los tribunales, es desafiado, no obstante, por la presunción de utilidad pública de las mineras, una presunción que invisibiliza los daños que provocan y conducen al Poder Judicial a flexibilizar derechos socioambientales para buscar mecanismos de compatibilización con los intereses económicos del sector. Esta ambivalencia fue percibida en el caso del proyecto de extracción de níquel Onça Puma⁹⁴, escenario de un conflicto entre la empresa minera Vale S.A. y los pueblos indígenas Xikrin y Kaiapó, en el su-

94. Mineração Onça Puma (MOP) es un emprendimiento que produce ferroníquel y está localizado en el sudeste del estado de Pará, en la zona rural de los municipios de Parauapebas, São Félix do Xingu y Ourilândia do Norte. Fue iniciado, en 2003, por la canadiense Canico Mineração Ltda. y adquirido por Vale S.A. en 2005. Los yacimientos minerales se encuentran en las sierras de Onça y de Puma,

deste de Pará, desde 2011. En el litigio, hubo una sucesión de decisiones judiciales, con desenlaces divergentes en varias instancias, incluso en el STF. En algunas de ellas, como en el fallo del recurso de queja en la Suspensión de Liminar 933, la Suprema Corte mantuvo la decisión del TRF que determinaba la interrupción del emprendimiento por el incumplimiento de las condicionantes indígenas y la insuficiencia de los estudios ambientales, fundamentándose en principios de derechos humanos. Aunque reconociera la relevancia de la actividad minera para la economía nacional, entendió que era más relevante la protección ambiental y de las tierras indígenas:

En el caso concreto, se impone con mayor exigencia la observancia de estos principios por tratarse de una tutela jurisdiccional en la que se busca, también, salvaguardar la protección del uso de las tierras indígenas con sus creencias y tradiciones culturales, a las cuales el Texto Constitucional confiere especial protección (CF. art. 231) en la línea determinante de que los Estados deben reconocer y apoyar de forma apropiada la identidad, cultura e intereses de las poblaciones y comunidades indígenas, así como facultarlas para participar en la promoción del desarrollo sostenible (Principio 22 de la ECO-92, reafirmado en Río+20) y de que, “en los términos del art. 231, § 3º. de la Constitución Federal, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6.º, ítem 1, incisos a y b, del Convenio n.º 169 - OIT’ [...] se revierte en favor de los indígenas la tutela constitucional, por el riesgo de lesión al orden, a la salud y a la seguridad de aquellas comunidades e, incluso, al propio orden económico que, constitucionalmente definido en su principiología, pone al medio ambiente como uno de los fundamentos a ser respetados (Constitución de la República, art. 170, inc. VI). 17.1. (...) Ni se ha de negar la imperiosidad de garantizar el desarrollo económico. Especialmente en días como los actuales, en los cuales la crisis económica mundial provoca crisis social, por sus repercusiones innegables e inmediatas en la vida de las personas. Pero ella no se resuelve por el descumplimiento de preceptos fundamentales, ni por la desobediencia a la Constitución”. (STF, Recurso de Queja en la Suspensión de Liminar n.º 933) (énfasis nuestro).

Sin embargo, en otra sentencia posterior referente al mismo conflicto, el STF, en el Recurso de Queja en la Suspensión de Liminar n.º 1226⁹⁵, autorizó, en sentencia colegiada con divergencias, la continuidad del proyecto con base en fundamentación **donde el interés público aparece asociado a la actividad de minería** que mueve la economía pública del país, garantiza la subsistencia

que poseen aproximadamente 22 km de extensión y cerca de 3 km de ancho y lindan con la reserva indígena Xikrin del Río Cateté (Guedes, 2012). Además de afectar la tierra indígena, el área de explotación alcanzó los Proyectos de Asentamiento de Reforma Agraria Campos Altos y Tucumã; la empresa incluso fue acusada de adquisición ilegal de lotes. Para sustentar la solicitud de licencia previa, MOP presentó un Estudio de Impacto Ambiental (Brandt, 2004) ante la Secretaría de Medio Ambiente de Pará. Una de las condicionantes de la licencia previa obligaba a MOP a presentar una propuesta de planes y programas de prevención y mitigación/compensación a las comunidades indígenas, lo cual no se realizó en más de ocho años de implantación del emprendimiento. En 2012, la Fiscalía Federal interpuso una acción civil pública contra Vale, la Secretaría de Medio Ambiente de Pará y la FUNAI, solicitando la suspensión liminar de las actividades de la empresa, considerando el incumplimiento de las condicionantes de compensación y mitigación de los impactos sobre los pueblos indígenas Xikrin y Kayapó. La Secretaría de Medio Ambiente no exigió el cumplimiento de las condicionantes y la FUNAI tardó casi cinco años en emitir un dictamen sobre los estudios de impacto, lo que permitió que Vale fuera obteniendo las licencias. Es además en la tierra indígena Xikrin del Cateté donde Vale ya tenía 34 procesos de solicitud de derechos mineros (requerimiento mineral) ante el antiguo DNPM (actual Agencia Nacional de Minería).

95. En este caso, el pedido de reanudación de la minería fue elaborado por el propio ente público, el Estado de Pará. Se trata de una solicitud de suspensión de liminar interpuesto por el Estado de Pará contra la sentencia colegiada de la Quinta Sala del Tribunal Regional Federal de la Primera Región en el recurso de queja n.º 0042106-84.2015.4.01.0000 y la decisión dictada por el magistrado Souza Prudente en el recurso de queja n.º 1004428-76.2019.4.01.0000, fechada el 7 de junio de 2019, que había determinado el cese de las actividades de explotación minera ante la contaminación de las aguas que servían al abastecimiento de la población indígena local.

económica del municipio y el traspaso de fondos fundamentales para las comunidades indígenas, no reconociendo nexo de causalidad entre la actividad minera y los daños ambientales señalados. En ese momento, la insuficiencia de las evidencias probatorias sobre los daños ambientales provocados por la minería, aducidas por el ponente, reprodujo un argumento estándar que las empresas suelen sostener ante el poder judicial que es la “no demostración del nexo de causalidad entre la actividad desarrollada por el emprendimiento y la contaminación del Río Cateté”, reputando insuficientes los daños suscitados por las asociaciones indígenas, “incapaces de desconstituir el contenido material de las pericias, que atestaron la absoluta inexistencia de daños causados por el Emprendimiento Onça Puma” (Autos del Recurso de Queja en la Suspensión de Liminar n.º 933, STF).

En su dictamen, la Fiscalía General de la República se manifestó por la denegación de la solicitud del Estado de Pará, argumentando aspectos importantes, tales como:

a) la paralización de la extracción mineral “no representa riesgo de grave lesión al orden administrativo, a la salud, a la seguridad o a la economía públicas la decisión judicial que, reconociendo el incumplimiento de una condicionante exigida en la licencia ambiental de un emprendimiento de minería, generador de impactos etnoambientales sobre comunidades indígenas, determina la paralización de las actividades del emprendimiento, hasta que sean implementadas todas las medidas previstas en la condicionante previamente exigida por el Poder Público”;

b) “No es admisible la utilización de la medida de contracautela, legalmente orientada a la defensa del interés público, para la protección de un interés meramente económico de una persona jurídica de derecho privado.” (Autos del Recurso de Queja en la Suspensión de Liminar 933, STF).

A pesar de estas alegaciones, el Supremo entendió que no era necesario paralizar la extracción por el incumplimiento de las condicionantes ambientales y optó por viabilizar la determinación de los daños hasta la finalización de las pericias técnicas. Aceptó, como razón decisoria, los siguientes argumentos: la provocación de daños irreversibles a los equipos asignados al emprendimiento; la interrupción de la operación metalúrgica y los perjuicios a los ingresos tributarios del estado. El ministro ponente Dias Toffoli reprodujo, además, datos sobre empleos y recaudación tributaria generados como motivos para determinar la continuidad del emprendimiento. El Supremo consideró que **“el riesgo de daño al orden, a la economía y a la salud es evidente, porque la paralización de la actividad minera impacta directamente en el orden socioeconómico del respectivo municipio**, que depende del funcionamiento del emprendimiento para captar recursos e implementar políticas públicas” (énfasis nuestro). De este modo, decidió postergar el debate sobre los impactos y las reparaciones a los pueblos indígenas hasta la realización de la prueba pericial y por la reanudación de las actividades de extracción de hierro en los siguientes términos. En 2020, el Ministerio Público Federal (MPF) informó la realización de un acuerdo en el juzgado federal de redenção entre Vale y los pueblos indígenas con el fin de suspender todos los procesos por un año, garantizando una transferencia directa de fondos a las asociaciones Xicrin y Kaiapó, la implementación de proyectos de infraestructura y la continuidad de las negociaciones sobre la descontaminación del río Cateté⁹⁶.

Es interesante observar que las referidas decisiones no cuestionaron la idea de contraposición entre el orden económico/desarrollo nacional y la protección de los territorios indígenas. Cuando encontramos casos emblemáticos de conflictos socioambientales, la jurisprudencia reveló una tendencia discursiva de integración y armonización de derechos que sublimaba las disputas de intereses y la incompatibilidad de convivencia entre las economías locales y los grandes emprendimientos.

96. Noticia consultada en <https://www.mpf.mp.br/regiao1/sala-de-imprensa/noticias-r1/mpf-vale-e-indigenas-xicrin-e-kayapo-fazem-acordo-preliminar-sobre-onca-puma>

Ancladas en la idea de desarrollo económico representado por la minería, gran parte de las decisiones flexibilizaron reglas legalmente establecidas para acoger los intereses del sector minero y canalizar soluciones para las violaciones y daños sufridos a través de acuerdos e indemnizaciones. Se trata de un escenario con tendencia a la composición de conflictos en el que se propaga el recurso a los métodos autocompositivos de conflictos, en los cuales, en teoría, todos podrían salir ganando. Esto apareció en conflictos judiciales que involucraban territorios quilombolas, indígenas y grandes empresas mineras –materializados en compromisos de ajuste de conducta, documentos de acuerdo, documentos de compromiso o incluso cuando el propio poder judicial modulaba las pretensiones de las demandas y resolvía el caso creando soluciones jurídicas mediadoras. Un caso emblemático de resolución negociada fue el acuerdo homologado en la suprema corte del país, sin la participación directa de entidades representativas de los pueblos afectados, relacionado con el proceso de reparación y determinación de responsabilidades de Vale y Samarco por las tragedias de las rupturas de represas. Esta tendencia viene siendo reforzada en la esfera administrativa, con la atribución de ANM para la mediación de conflictos en procesos expropiatorios y la creación de la Cámara de Conciliación y Arbitraje vinculada a la AGU (Abogacía General de la Unión), que ha servido, en palabras de una fiscal, más para “depositar conflictos y no resolverlos”. La resolución negociada también ha sido anunciada para resolver la cuestión del marco temporal de las tierras indígenas, una propuesta legislativa que ya ha sido declarada inconstitucional en otras oportunidades.

Otro ejemplo reside en la resolución de los recursos de aclaración correspondientes al Recurso Extraordinario⁹⁷ 1.379.751, en el que se evaluaba el deber de observancia de la consulta previa⁹⁸ durante el proceso de licencia ambiental de la central hidroeléctrica Belo Monte⁹⁹, cuando la 1ª Sala del STF reconoció la relevancia de la consulta previa y su fundamentación en los diversos

97. El Recurso Extraordinario está previsto en el texto constitucional y en el Código de Procesal Civil brasileño. Se trata de un recurso dirigido al Supremo Tribunal Federal (STF), que tiene competencia para: “III- juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) contravenga un dispositivo de esta Constitución; b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzgue válida una ley o acto de gobierno local impugnado frente a esta Constitución; d) juzgue válida una ley local impugnada frente a una ley federal.” (Art. 102, III, Constitución Federal de 1988).

98. El derecho a la consulta previa, libre e informada, previsto en el Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Brasil, así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un mecanismo que garantiza a los pueblos indígenas y comunidades tradicionales el ser consultados cuando sean previstas medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectarlos. Es fundamental garantizar que la consulta previa, libre, informada y de buena fe se realice de manera procesalmente adecuada, conforme a las especificidades y preferencias del pueblo involucrado, precedida de estudios de componentes indígenas y quilombolas, los cuales también deben ser elaborados de conformidad con las tradiciones culturales, decisiones políticas y temporalidades de cada pueblo. Esto incluye la elección de la lengua utilizada, la adaptación de las expresiones y terminologías para que sean comprensibles, así como el respeto al tiempo necesario para la reflexión y toma de decisiones. Además, aspectos como quién conducirá la consulta, el lugar y la forma de su realización deben ser ajustados a las demandas y características culturales de los consultados (Souza Filho et al., 2019). Este derecho materializa la autodeterminación de los pueblos y tiene como titulares a los pueblos indígenas y comunidades tradicionales, independientemente del reconocimiento jurídico-formal de sus territorios, estén demarcados o no.

99. El proyecto de la UHE Belo Monte (Central Hidroeléctrica) fue implementado en el río Xingu, en el estado de Pará, convirtiéndose en la mayor hidroeléctrica de Brasil y una de las mayores del mundo. La responsabilidad del emprendimiento es del Consorcio Constructor Belo Monte, conformado por las empresas Andrade Gutierrez, Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Queiroz Galvão, CONTERN, Galvão Engenharia, CETEMPO, J. Malluceli, SERVENG y la minera Vale S.A. El proyecto es objeto de denuncias por parte de pueblos indígenas y comunidades tradicionales de la cuenca del río Xingu desde hace más de 30 años. Entre las diversas poblaciones afectadas hay 13 pueblos indígenas. Desde 2001, se encuentran en trámite cerca de 70 acciones judiciales que cuestionan las ilegalidades y violaciones de derechos humanos causadas por el proyecto Belo Monte, entre ellas la ausencia de consulta a los pueblos afectados, habiéndose sometido incluso el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de ello, el proceso de licencia ambiental avanzó y el emprendimiento se encuentra en plena operación desde 2019. Información obtenida en: <<https://xingumais.org.br/obra/uhe-belo-monte>>, visitado el 28/11/2024.

tratados internacionales ratificados por Brasil (Convenio n.º 169 de la OIT, Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), pero privilegió los perjuicios al erario que podrían derivarse de la nulidad de la licencia de la central hidroeléctrica, procedimiento realizado sin la audiencia de los pueblos afectados. También en este litigio el Supremo propuso la resolución del impase mediante un deber reforzado del Estado en la implementación de medidas de mitigación y reparación para los pueblos indígenas afectados, convalidando la nulidad del procedimiento:

A esta altura, la paralización de la central causaría graves perjuicios a la generación de energía y al país, sin ser capaz de reparar el impacto sobre las comunidades indígenas afectadas. 7. Existe, además, un factor relevante de seguridad jurídica que fundamenta esta conclusión: el hecho de que varias decisiones del STF autorizaron la continuación del proceso de licencia, con consulta posterior a la expedición del decreto”. (STF, Aclaratoria en el Recurso Extraordinario 1.379.751)

Por otra parte, en el ámbito de una acción civil pública (1635-08.2016.4.01.4004) que cuestionaba los impactos de la vía férrea Transnordestina¹⁰⁰ sobre los territorios de las comunidades quilombolas de Contente y Barro Vermelho, en el estado de Piauí, el juez del juzgado federal de São Raimundo Nonato reconoció los derechos fundamentales de las comunidades y su valor representativo del patrimonio inmaterial, que consiste en la cultura y el modo de vida de los grupos formadores de la sociedad, para determinar la suspensión del emprendimiento y el deber de consulta a las comunidades. En el recurso de apelación ante el tribunal superior (Apelación 0001635-08.2016.4.01.4004/PI – TRF-1), la conciliación de los intereses de protección a las comunidades quilombolas con “los intereses nacionales estratégicos para el desarrollo de Brasil” resultó en una decisión que autorizó la continuidad de las obras mediante la adopción de medidas compensatorias.

Las decisiones mencionadas revelan la complejidad de las relaciones entre la minería, el Estado y las poblaciones tradicionales. La instrumentalización del concepto de interés público y la argumentación que lo equipara a la recaudación fiscal, reposiciona los derechos territoriales y la preservación cultural de los pueblos indígenas. Incluso en decisiones favorables a la protección de la tierra indígena, se observa la carga argumentativa para deconstruir la premisa de que la minería está intrínsecamente ligada al desarrollo nacional. En los casos citados anteriormente, la transmutación del derecho de consulta en medidas compensatorias garantiza, al mismo tiempo, el mínimo reparatorio por la violación a la autodeterminación de los pueblos, mientras también permite la continuidad de emprendimientos cuya nulidad y paralización dejan de ser determinadas por el poder judicial. Las situaciones de falta de resolución jurídica tuvieron su desenlace bajo la forma

100. La vía férrea Transnordestina, bajo la responsabilidad de la empresa Transnordestina Logística S.A., pretende conectar el interior (sertão) de Piauí, partiendo del municipio de Eliseu Martins, con los Complejos Portuarios de Pecém, en Ceará, y Suape, en Pernambuco. El proyecto prevé la construcción de 1.728 km de vías férreas que atraviesan cerca de 80 ciudades en los tres estados. Tiene como objetivo dar salida a la producción de nuevas fronteras agrícolas de la región e incentivar inversiones en el semiárido, como la explotación de hierro y yeso. Las principales cargas para transportar serían azúcar, caliza, combustibles, fertilizantes agrícolas, granos (como soja y maíz), minerales y aceite de soja destinados a la exportación. Con el proceso de licencia iniciado en 2003, estaba prevista su conclusión para 2010; sin embargo, hasta el día de hoy no ha sido finalizada. En su trayecto se encuentran diversas comunidades quilombolas, indígenas, agricultores familiares y poblaciones urbanas. Entre los impactos y denuncias de irregularidades asociadas al emprendimiento, destacan: irregularidades en el proceso de licencia ambiental y en la ejecución de las expropiaciones, la ausencia de la consulta previa, libre e informada del Convenio 169 de la OIT a las comunidades quilombolas impactadas, entrada en tenencia en las tierras sin autorización de los respectivos ocupantes y propietarios, la obstrucción de caminos tradicionales de las comunidades y del acceso al agua, entre otros. Información obtenida en: <<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ce-comunidade-quilombola-contente-tem-terras-e-vidas-destruidas-com-construcao-da-ferrovia-transnordestina/#:~:text=As%20obras%20da%20Nova%20Transnordestina,original%20da%20d%C3%A9cada%20de%201980>>, visitado el 28/11/2024.

de acuerdos o la determinación de mecanismos compensatorios para las comunidades (transferencias financieras, implementación de proyectos de infraestructura, medidas de mitigación en los territorios) o el reconocimiento de la posibilidad de postergar el cumplimiento de obligaciones que deberían ocurrir antes de las licencias, como la realización de la consulta previa e informada a las comunidades tradicionales.

Al respecto, cabe destacar que, en el contexto neoliberal, la difusión de tales mecanismos ha sido una forma habitual de eludir responsabilidades, flexibilizar garantías de derechos y estabilizar conflictos. Esto revela una concepción homogeneizadora de la sociedad, en la que las diversas expresiones de vida, futuro y sistemas de valores son formalmente conformadas a una posibilidad de integración y autocomposición. Se observa un desplazamiento de la idea de justicia hacia la de armonía y eficiencia, un movimiento que la antropóloga norteamericana Laura Nader (1994) denominará “armonía coercitiva”, realizado en espacios de asimetría social y con el objetivo de controlar las contestaciones de aquellos que fueron privados de sus derechos, contribuyendo a la desmovilización social.

7 Casos en los que los conceptos de IPUPIN fueron asociados a la protección socioambiental

En las situaciones que implican conflictos entre la minería y la protección ambiental, hay una importante recurrencia de la utilización de la categoría “interés público” para materializar la defensa del marco normativo de protección ambiental, instituido a través de unidades de conservación, áreas de preservación permanente, parques, patrimonios culturales y paisajísticos, y la propia observancia del proceso de licencia ambiental. La vulneración de normas específicas del proceso de licencia ambiental aparecerá como un tipo de actuación de las empresas mineras que se aparta de su deber constitucional de cumplir con el interés público, correspondiendo su represión por parte del poder público. En la jurisprudencia analizada hay una serie de decisiones que:

- a)** Fijaron medidas urgentes para la protección de la salud pública en casos de contaminación ambiental demostrada;
- b)** Desestimaron el argumento empresarial de “autorización estatal tácita” y determinaron la responsabilidad por explotación irregular, acercando el interés público a la protección ambiental y no a la continuidad minera;
- c)** Determinaron la responsabilidad objetiva de empresas mineras cuyos emprendimientos violen la legislación ambiental;
- d)** Establecieron la prevalencia de la unidad de conservación y del patrimonio arqueológico en la suspensión de la actividad minera, así como la prevalencia de la protección de parques ambientales ya instituidos sobre proyectos de minería;
- e)** Garantizaron la protección especial del Bosque Atlántico en la definición del interés público en litigios contra mineras. Aquí se abre un registro particular, pues muchas sentencias – encontradas sobre todo en el STJ y en los TRF – versaron sobre prácticas ilegales de actividad minera y supresión de vegetación en áreas de preservación permanente y del Bosque Atlántico, sin

estar encuadradas en las situaciones excepcionales establecidas por el Código Forestal y en los artículos 4º y 21 de la Ley 11.428/2006, que regula el bioma del Bosque Atlántico. Muchas de las actividades mineras en situación ilegal se referían a la extracción de arena, arcilla, zahorra y grava, excluidas de la categoría de utilidad pública atribuida a la minería por el Código Forestal (art. 3º, VIII, “b”, de la Ley n.º 12.651/12), al cual se le atribuyó una interpretación taxativa. Se demuestra el uso del argumento mineral como actividad de utilidad pública siendo superado por la institución de normas ambientales específicas que protegen el bioma;

- f)** Concretaron la salvaguarda del federalismo ambiental cooperativo que atribuye a los estados y municipios competencia para complementar normas de la Unión destinadas a ampliar la protección ambiental;
- g)** Permitieron confirmar la prohibición total de realización de actividades de minería en los cinco tipos de unidades de Protección Integral del Sistema Nacional de Unidades de Conservación.

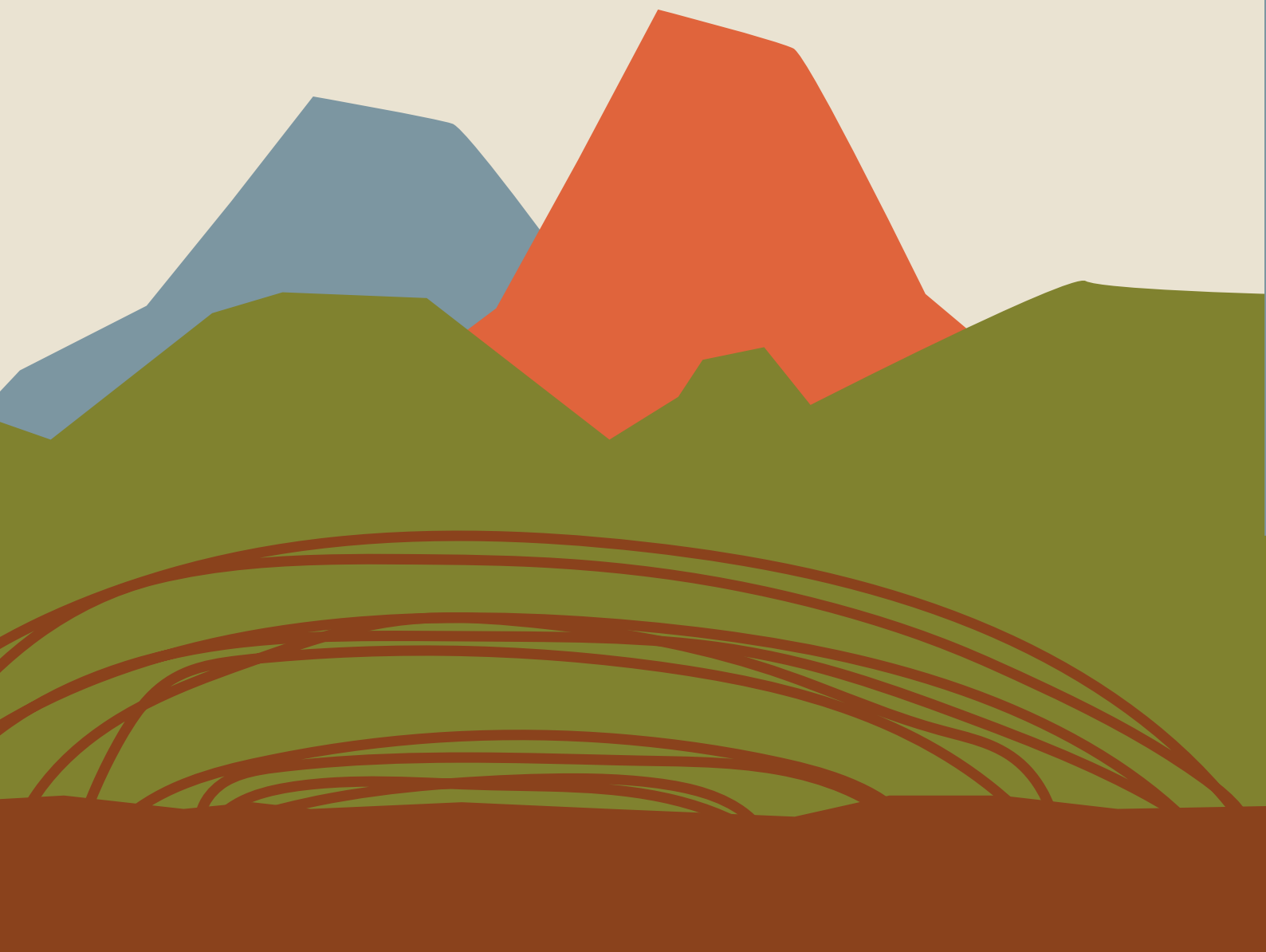
Los precedentes que avanzan en tal sentido fueron ampliamente encontrados, demostrando una apertura de los tribunales a comprender y hacer efectiva la primacía ambiental en litigios con emprendimientos mineros. También en la apreciación de los impactos ambientales de la minería, cabe registrar que las rupturas de las represas de Vale en Mariana y Brumadinho han sido referenciadas en las decisiones para enfatizar el carácter lesivo de la minería, que el derecho minero no es absoluto y que se debe avanzar en el alcance de la prevención y de la responsabilización por los daños.

En general, en las situaciones que tocaron el tema de la protección ambiental, las posturas a favor de la interrupción de emprendimientos mineros refuerzan la dimensión ambiental del orden económico o la imposibilidad de contraposición entre el desarrollo económico y la correcta tutela del patrimonio contenido en la sociobiodiversidad brasileña. Sin embargo, incluso cuando se falla a favor del medio ambiente, los tribunales reconocen implícitamente el interés público de la minería y restringen sus decisiones a áreas que ya cuentan con instrumentos especiales de protección o, por regla general, a procedimientos irregulares de obtención de licencias ambientales. Registramos estos avances como indicativos de cambios en el discurso jurídico; no obstante, cabe resaltar los casos en los que los tribunales amnistiaron a empresas mineras de los mecanismos de responsabilización por daños probablemente generados o por vicios importantes en los procedimientos de licencia – ya sea la ausencia de consulta previa, libre e informada a los pueblos afectados, ya sea por minar en áreas superiores a las autorizadas, ya sea por iniciar las extracciones antes de la evaluación de los órganos competentes. También hay riesgos en sostener la defensa ambiental estrictamente por razones de irregularidades procesales, sin adentrarse en el fondo de los valores públicos en conflicto, en la medida en que diversos fallos convalidaron y permitieron que las empresas mineras subsanaran, posteriormente a la explotación de los yacimientos, vicios de procedimientos ambientales. Se trata de un proceso de legalización de ilegalidades, convalidando emprendimientos irregulares como un hecho consumado y dejando sin efecto las medidas de paralización, suspensión y cierre de las actividades, en nombre del supuesto interés público presente en la continuidad de la extracción mineral.

En este debate, es imperioso destacar que no existen parámetros mínimos referentes a la equidad ambiental de los impactos, a las poblaciones que serán desplazadas o expropiadas de sus territorios, al respeto a las culturas o economías locales, a la proximidad con áreas ambientalmente relevantes o a criterios relativos al nivel de comprensión y aceptación social de las intervenciones provocadas. La ausencia de criterios y de una carga argumentativa sobre qué caracteriza al interés público en los casos concretos no solo contribuye a la banalización de su uso, sino que también dificulta la formación de precedentes sólidos en los casos en que hubo una victoria total o parcial de las demandas socioambientales. Así, se perpetúan decisiones desalineadas en cuanto a su apli-

cación, dificultando que la protección ambiental sea reconocida como un interés público y nacional efectivo en los conflictos ambientales. Al mismo tiempo, los fallos favorables a la tutela socioambiental quedan vinculados a vicios procesales (con posibilidad de ser subsanados por las mineras) o a la existencia de áreas ambientalmente protegidas, fragilizando territorios donde la acción estatal fue negligente en los procesos administrativos de institución de demarcaciones, titulaciones o creación de unidades de conservación. Como agravante para todo eso, cabe decir que los casos de protección de derechos socioambientales de comunidades tradicionales fueron confrontados con la tesis de que existe una presunta relevancia de la actividad minera para la economía nacional, de lo cual inferimos que hay una carga argumentativa y probatoria mayor para los pueblos en litigio contra las empresas mineras.

Dicho esto, podemos inferir que el uso de las categorías IPUPIN articula desafíos a la tutela socioambiental en las siguientes dimensiones: i) cuando son manejadas de forma genérica y apriorística, sin una demostración concreta de los beneficios públicos generados por los proyectos mineros; ii) cuando tal presupuesto de interés público subordina los beneficios que el manejo ambiental de los pueblos originarios y de los asentamientos realiza en los territorios afectados; iii) cuando la categoría agrava la carga probatoria en los conflictos ambientales, imponiendo desafíos a la prueba de los daños ambientales; iv) cuando las alegaciones de perjuicios económicos y de interés público sirven como obstáculo para la paralización de la actividad minera, aun cuando se detecten vicios procedimentales o la ocurrencia de daños ambientales; v) cuando se opta por no responsabilizar a los emprendedores por las irregularidades provocadas al clasificar sus actividades como de interés público, admitiéndose la posterior regularización de los vicios.



8 Consideraciones finales

La elevación de la minería a la condición de interés nacional, interés público o utilidad pública (IPUPIN) repercute de forma concreta en las disputas territoriales en los conflictos ambientales. Tal clasificación, al estar anclada en un poder de designación oficial que es prerrogativa del Estado, naturaliza y confiere una fuerza simbólica a aquello que se define como público, general o nacional, ocultando el proceso de elección de modelos particulares de desarrollo. Esto permite a las empresas a reforzar el sentido de inevitabilidad y primacía de sus proyectos y avanzar sobre procesos de expropiación de tierras y reconfiguraciones territoriales.

Por otro lado, son nociones que remiten a una disputa en torno a la gramática de la soberanía, lo que implica cuestionar quiénes son aquellos incluidos y excluidos del concepto de pueblo o nación. En tal sentido, la tensión es multifacética y no se presenta simplemente bajo la lógica de interés general versus interés local, interés nacional versus intereses privados, siendo esta una forma de aprisionar el debate en dicotomías en lugar de posicionar a los actores sociales en contextos de desigualdades de poder. Una mirada crítica sobre la trayectoria brasileña de creación del Estado-nación y sobre la propia noción de soberanía-desarrollo evidenciará la raza como matriz orientadora de un ideario de identidad nacional que despojó a la agencia negra e indígena de la condición de actores históricos en la lucha y en la institución de derechos (Gomes, 2018, p. 31). Son estos grupos, así como tantas otras experiencias territoriales de uso compartido del bien común, los que fueron y son excluidos del ideario en torno a lo que es nacional, y aparecen recurrentemente como los principales sujetos afectados por la violencia extractivista que marca al país. Sus lugares y sus modos de habitar protagonizan los mayores conflictos con la expansión de la minería por el territorio nacional, una parte de los cuales aún no repercute con la debida densidad en el poder judicial, lo que señala una forma persistente de violencia que prescinde de mediación institucional. Muchos otros, sin embargo, han sido judicializados, y fue con foco en este conjunto de acciones que realizamos la investigación jurisprudencial sobre los conceptos IPUPIN en conflictos que involucran a la minería.

Un punto que merece atención es la forma en que la noción de interés público y utilidad pública es construida en otros espacios por el sector minero, con un potencial de diseminación de imaginarios políticos y de tesis/posicionamientos que también repercuten en el sistema de justicia. Los mecanismos pasan por estrategias de invisibilización de las múltiples formas de ocupación de los territorios, retomando el viejo mito del vacío presente en el discurso colonial, o bien por estrategias de criminalización y descalificación, que evidencian la perspectiva relacional que mueve la captura de la idea de interés público: la primacía, la mayor relevancia de uno de los polos, pasa por la inferiorización/descalificación del otro. Las realidades socioculturales son vaciadas en el sentido de simplificar o negar los efectos negativos; situados en la zona de la no existencia, grupos que eventualmente representen “puntos” de conflicto o de contestación a la narrativa del interés público minero son borrados de los estudios ambientales y mapas.

Esas prácticas, ancladas en el sentido más autoritario de la idea de interés público o de las “razones de Estado”, existieron en sus diferentes configuraciones históricas, con el actual factor diferencial de emanar de otro poder casi soberano, el de las corporaciones. El escenario de ausencia de responsabilización, que cuenta con la omisión de los órganos de fiscalización del Estado, garantiza la impunidad y la perpetuación de cierta reputación social construida bajo el discurso del desarrollo económico, de la contribución al PIB y al mantenimiento de las comunidades locales y de la preservación ambiental. En los procesos de licencia ambiental, el uso indiscriminado de las categorías impone un sentido de inevitabilidad a los grandes emprendimientos, cohibiendo que el análisis ambiental considere la hipótesis cero — de no instalación del proyecto, coaccionando a los órganos ambientales ante la reproducción evasiva, en los estudios de impacto ambiental, de que los emprendimientos atienden al interés público.



A partir de los datos relevados, se vuelve imperioso destacar que no existen parámetros mínimos relativos a la equidad ambiental de los impactos, a las poblaciones que serán desposeídas o expropiadas de sus territorios, al respeto a las culturas o economías locales, a la proximidad con áreas ambientalmente relevantes o a criterios relativos al nivel de comprensión y aceptación social de las intervenciones provocadas. La ausencia de criterios y de una carga argumentativa sobre qué caracteriza el interés público en los casos concretos no solo contribuye a la banalización de su uso, sino que también dificulta la formación de precedentes sólidos en los casos en que hubo una victoria total o parcial de las demandas socioambientales. Así, se perpetúan decisiones desalineadas en cuanto a su aplicación, dificultando que la protección ambiental sea reconocida como un interés público y nacional efectivo en los conflictos ambientales.

Al mismo tiempo, fallos favorables a la tutela socioambiental quedan vinculados a vicios procesales (con posibilidad de ser subsanados por las mineras) o a la existencia de áreas ambientalmente protegidas, fragilizando territorios en los que la acción estatal fue negligente en los procesos administrativos de institución de demarcaciones, titulaciones o creación de unidades de conservación. Agravando esto, cabe decir que los casos de protección de derechos socioambientales de comunidades tradicionales fueron confrontados con la tesis de que existe una relevancia presunta de la actividad minera para la economía nacional, de donde inferimos que hay una carga argumentativa y probatoria mayor para los pueblos en litigio contra las empresas mineras. En síntesis, el estudio jurisprudencial mostró que la presunción de interés público de la minería y de los grandes emprendimientos económicos tiende a:

- a)** Subordinar los beneficios multifuncionales que el manejo ambiental de los pueblos originarios, comunidades tradicionales, quilombolas y asentamientos realizan en los territorios afectados;
- b)** Agravar la carga probatoria en los conflictos ambientales, imponiendo desafíos a la prueba de los daños ambientales o a la restricción de actividades mineras mediante instrumentos jurídicos locales;
- c)** Servir como obstáculo para la paralización de la actividad minera, aun cuando se detecten vicios procedimentales o la ocurrencia de daños ambientales, mediante una aplicación indebida del principio de continuidad del servicio público;
- d)** Eximir de responsabilidad a emprendedores por las irregularidades provocadas al clasificar sus actividades como de interés público, admitiéndose la posterior legalización de procedimientos ilegales;
- e)** Agravar los conflictos de tierra mediante acciones de servidumbre minera y expropiación sobre el territorio de comunidades tradicionales, sin que el derecho a la consulta libre, previa e informada sea garantizado.

Todos los elementos considerados anteriormente apuntan a las múltiples dimensiones que el enfrentamiento de las nociones abusivas de interés público movilizadas por las empresas mineras y acogidas por miembros de los tres poderes, incluido el Poder Judicial – requiere:

- **Reconocimiento y fortalecimiento de los derechos territoriales;**
- **Legitimación de las luchas sociales y combate a la criminalización;**
- **Inversión en políticas de fiscalización y control que garanticen una mayor visibilización del carácter lesivo de los emprendimientos mineros (garantía de estudios técnicos; producción de peritajes; regulación sobre la divulgación oficial de los Planes Básicos Ambientales (PBA); disponibilidad de canales efectivos de reclamación en los territorios; defensorías u oficinas de**



- atención) y la correspondiente responsabilización;
- Sensibilización de los miembros del sistema de justicia en materias que involucren derechos humanos, conflictos de tierra, territorios tradicionales y medio ambiente, con la perspectiva de crear secciones especializadas capaces de dispensar el tratamiento técnico que la complejidad de las situaciones demanda;
 - Mayores cuestionamientos sobre la efectividad de los rumbos vinculados a la conciliación de intereses, haciéndose imprescindible una retomada del paraguas básico de protección constitucional que establece límites a la compatibilidad de intereses, especialmente en una sociedad profundamente marcada por desigualdades sociales y raciales como la nuestra.

Bibliografía

- APIB (Articulação dos Povos Indígenas do Brasil); AMAZON WATCH. Cumplicidade na Destruição IV. Como mineradoras e investidores internacionais contribuem para a violação dos direitos indígenas e ameaçam o futuro da Amazônia. Febrero de 2022. Disponible en: <https://cumplicidade-destruicao.org/assets/files/2022-Cumplicidade-na-destruicao-IV>. Visitado el 12/01/2025
- ATAÍDE, Pedro. Direito Minerário. 3.ª ed. rev., actual. y ampl. Salvador: JusPODIUM, 2020
- BARROS, Juliana N. A mão de ferro da mineração nas terras de Carajás. 1.ª edición. Río de Janeiro: Letra Capital, 2024
- BISPO, Fabio. Incra autoriza venda de assentamentos para mineração, energia e infraestrutura sem consulta pública. InfoAmazonia, 7 ene. 2022. Disponible en: <https://infoamazonia.org/2022/01/07/incra-autoriza-venda-de-assentamentos-para-mineracao-energia-e-infraestrutura-sem-consulta-publica>. Visitado el 28/11/2024
- CARVALHO, Horário Martins. Interação social e as possibilidades de coesão e de identidade sociais no cotidiano da vida social dos trabalhadores rurais nas áreas oficiais de reforma agrária no Brasil. Curitiba: NEAD, 1999
- COMITÊ NACIONAL DOS TERRITÓRIOS FRENTE À MINERAÇÃO. Relatório dos Conflitos da Mineração 2022. Brasil: Comitê Nacional dos Territórios Frente à Mineração, 2023.
- FERNANDES, F. R. C. (ed.); ALAMINO, R. C. J. (ed.); ARAUJO, E. R. (ed.). Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos. Río de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014
- GOMES, Rodrigo Portela. Quilombos, constitucionalismo e racismo: famílias negras na luta pela propriedade em Barro Vermelho e Contente no Piauí. 2018. 219 f. Disertación (Maestría en Derecho). Universidade de Brasília, Brasília, 2018
- INFOAMAZONIA. Projeto Amazônia Minada. Sitio web. Acceso en: 5 nov. 2022. Disponible en: <https://minada.infoamazonia.org/>
- MONTEIRO, Aianny Naiara Gomes; CHAMMAS, Danilo. A ilegalidade do licenciamento da duplicação da estrada de ferro Carajás. En: ZAGALLO, G. (et al.). Na justiça: instrumentos de litígio e defesa de comunidades afetadas pela mineração. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; Justiça Global; Justiça nos Trilhos, 2015, pp. 22–37
- NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.º 29. São Paulo: ANPOCS, 1994
- PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no Estado Democrático de Direito. Direito Federal: Revista da AJUFE, São Paulo, v. 27, n.º 94, pp. 73–90, ene./jun. 2014.
- SAUER, Sérgio. Conflitos agrários no Brasil: a construção de identidade social contra a violência. En: BUAINAIN, Antonio (ed.). Luta pela terra, reforma agrária e gestão de conflitos no Brasil. Campinas: Editora da Unicamp, 2008
- WANDERLEY, Luiz Jardim; MANSUR, Maíra S.; CARDOSO, Phillipe V. Atlas do Problema Mineral Brasileiro. Brasil: Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente à Mineração, 2023



Realización

Grupo de Trabajo sobre Utilidad Pública en América Latina

