



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y
conceptos análogos
relacionados con
actividades minero
energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México y Perú

Utilidad privada, despojo público. Utilidad Pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero-energéticas
Análisis en Bolivia, Brasil, Ecuador, Colombia, Honduras, Chile, México y Perú

Coordinación: Dora Lucy Arias

Participaron de la investigación y autoría de este estudio como Grupo Utilidad Pública en América Latina:

- El Centro de Documentación e Información de Bolivia (CEDIB).
- La Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE) –Brasil.
- El Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA) –Chile.
- El Grupo Semillas –Colombia.
- Acción Ecológica –Ecuador.
- El Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC) –Honduras.
- El Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC) –México.
- El Grupo de Formación e intervención para el Desarrollo Sostenible (GRUFIDES) –Perú.

Con el apoyo de:



Octubre, 2021

Diseño y diagramación: Difundir Ltda.
Carrera 20 N°45A-85, telf.: (60) 1 345 18 08

El conocimiento es un bien de la humanidad.
Todos los seres humanos deben acceder al saber,
cultivarlo es responsabilidad de todos.

Se permite la copia, de uno o más artículos completos de esta obra o del conjunto de la edición,
en cualquier formato, mecánico o digital, siempre y cuando no se modifique el contenido de los textos,
se respete su autoría y esta nota se mantenga.

Contenido

PRÓLOGO	6
INTRODUCCIÓN.....	9
Resignificar la Utilidad Pública y Conceptos Análogos (UPYCA)	15
Metodología	15
Participantes y agradecimientos	16
1. UPYCA EN LOS PAÍSES Y CASOS DE ESTUDIO	18
1. 1. Bolivia	18
1.1.1. Caso de estudio: Proyecto Huanuni	18
1.1.2. Contexto y desarrollo de UPYCA	20
1.2. Brasil.....	22
1.2.1. Caso Provincia mineral de Carajas	23
1.2.2. Caso Asentamiento Roseli Nunes	25
1.2.3. Contexto y desarrollo de UPYCA.....	26
1.3. Ecuador.....	29
1.3.1. Caso proyecto Mirador.....	29
1.3.2. Contexto y desarrollo de UPYCA	31
1.4. Chile	35
1.4.1. Caso Proyecto minero de Vizcachita.....	35
1.4.2. Contexto y desarrollo de UPYCA.....	37
1.5. Colombia	40
1.5.1. Caso Proyecto Carbones del Cerrejón	40
1.5.2. Contexto y desarrollo de UPYCA.....	43
1.6. Honduras	46
1.6.1. Caso Guapinol	47
1.6.2. Contexto y desarrollo de la UPYCA	49
1.7. México	53
1.7.1. Caso Central eólica Gunaa Sicarú.....	53
1.7.2. Contexto y desarrollo UPYCA	57



1.8. Perú.....	62
1.8.1. Caso Proyecto Minero Santa Ana	62
1.8.2. Contexto y desarrollo UPYCA	66
2. BALANCE REGIONAL	71
1. Actores relevantes	73
2. Origen y dinámica de la UPYCA	75
3. EL CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	78
4. IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS	83
1. En lo ambiental	83
2. En cuanto a la vida e Integridad personal.....	89
3. En cuanto a las resistencias: libertades físicas y de pensamiento y criminalización	99
4. En cuanto a la participación, la consulta y el consentimiento	104
5. En relación a los fenómenos de corrupción e impunidad	113
5. CONCLUSIONES GENERALES.....	118
1. UPYCA. Del patrón colonial extractivista a la imposición desarrollista	118
2. UPYCA opera políticamente como Razón de Estado	119
3. UPYCA opera jurídicamente como una Presunción.....	121
4. UPYCA confrontan aspiraciones constitucionales en los países, como el bien común y el buen vivir:	122
6. RECOMENDACIONES.....	123
1. A las sociedades de Bolivia, Ecuador, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú	123
2. A los Estados que autorizan e implementan megaproyectos en sus territorios	124
3. A los Estados de origen de las empresas interesadas en proyectos extractivos	125
4. A los organismos internacionales de Derechos Humanos	125



7. TEST DE UTILIDAD PÚBLICA	127
8. ESCRITO ESPEJO.....	137
Siglas y abreviaturas	145



PRÓLOGO

La Tierra y sus ecosistemas son el espacio vital de la especie humana –una anfitriona enormemente generosa y diversa, pero también vulnerable y finita. Si queremos sobrevivir como una entre ocho millones de especies (conocidas) deberíamos buscar el equilibrio, la armonía y la homeostasis global con nuestros con-seres, sean animales y plantas o ríos y ecosistemas montañosos. Las poblaciones indígenas han probado en muchas partes del planeta que forman una parte más consciente de la vida y practican un trato más responsable con la naturaleza que habitan que los llamados países desarrollados que desconocen el bien común y cimientan su supuesto “progreso” y “bienestar” sobre la destrucción ambiental, social, cultural y psíquica.

El bien común incluye el bienestar en todos los niveles de todos los seres vivos, no sólo seres humanos, sino también plantas, animales y la vida en su conjunto que habita el planeta Tierra. Se caracteriza por una cultura sostenible y una ética de respeto por la naturaleza. El extractivismo, como modelo de desarrollo, es claramente incompatible con el bien común definido de esta manera. Rapta y destruye, por dinero rápido, y con el afán de ser apropiados por pocos, frutos que en ocasiones tardan siglos en formarse. En todo el mundo hay constancia de que los frutos de la minería ni benefician a la sociedad en su conjunto, ni a los trabajadores en el sector minero, ni menos a la población local. Pese a los beneficios multibillonarios de las transnacionales, las condiciones laborales en este sector permanecen precarias y en muchas ocasiones en condiciones peligrosas y hasta letales.

Estas y otras infracciones graves en contra del bien común resaltan en los distintos casos documentados a lo largo del presente informe, donde el modelo de desarrollo extractivista ha conducido a políticas estatales que desregulan las políticas ambientales y agrarias en favor del sector minero. Se basan en leyes que garantizan salvaguardas legales y privilegios de acceso a los recursos minerales a las empresas explotadoras. Estas leyes, que contradicen claramente el bien común, determinan el sector minero como utilidad pública e interés nacional. Las consecuentes políticas criminalizan y condenan a quienes defienden la tierra y sus ecosistemas frente al despojo violento y hasta mortífero; mientras que protegen aquellos actores que destruyen y privatizan el mundo natural, convirtiéndolo en mercancía y ganancia particular.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Un enfoque así cortoplacista, orientado al lucro y dependiente de inversiones desde el extranjero en muchos casos, no corresponde en ningún aspecto al bien común. Los gobiernos cómplices de las transnacionales mineras en muchos casos han tergiversado el concepto de “utilidad pública” a partir de la forma como incluyen este tipo de actividades extractivas y destructivas. Al contrario, un ajuste de la “utilidad pública” al bien común definido democráticamente invertiría el estado de las cosas y las prioridades vigentes: priorizaría, en primer lugar, la protección de la Madre Tierra, sus ecosistemas vitales y todos los seres vivos; en segundo lugar, la protección de las poblaciones indígenas y tradicionales, así como los derechos humanos en toda su envergadura; en tercer, último y lugar subordinado, aquellas actividades económicas que no dañen el bien común.

La economía del bien común ha desarrollado una herramienta que puede ser útil al respecto: el “balance del bien común” para empresas, mide la contribución –positiva o negativa– de las mismas al bien común en todas sus facetas: derechos humanos y laborales, protección ambiental y de la biodiversidad, cohesión social y distribución justa, participación democrática y transparencia. Cuanto mejor el resultado, menos impuestos deberían pagar las empresas correspondientes, deberían gozar de prioridad en la contratación pública, y obtener acceso más fácil a financiación y a mercados internacionales. Al contrario, cuanto más pobre el resultado del balance del bien común, más impuestos deberían pagar estas empresas, no deberían obtener un contrato público y deberían tener acceso más difícil a financiación y a mercados internacionales. En un futuro no demasiado lejano, este balance podría hacerse obligatorio para el conjunto de las empresas.

Dados los efectos graves en el medio ambiente, el tejido social y los derechos humanos del sector minero, sólo deberían admitirse para adelantar esta labor empresas que realicen un balance del bien común y que obtengan unos resultados altos en el mismo, descartando empresas privadas meramente orientadas al lucro. Lo mismo vale para el sector y proyectos de infraestructura –aquí cabe un examen del bien común para cada proyecto, derivado del balance del bien común. En el conflicto entre el lucro y los valores democráticos –desde la protección de la naturaleza, el clima y los derechos humanos–, se ponen de peligro los últimos. Sin embargo, las actividades que agreden los valores fundamentales son irreconciliables con el bien común. Este último debería ser el máximo fin de la economía, lo cual está expuesto en muchas constituciones. La de Colombia, por ejemplo, dice: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”.



PRÓLOGO

También está recogido en constituciones como las europeas, entre otras, que establecen una clara jerarquía entre el marco y la acción concreta que no debe violar los límites del primero. La libertad económica es un bien sin duda, pero otros bienes son superiores, y en casos conflictivos cabe respetar esta jerarquía. De acuerdo a esto, la libertad económica, como un bien subordinado, se puede permitir, suspender o vincular a las condiciones propuestas, también en este informe.

En un Estado democrático madurado, la utilidad pública y el bien común están en congruencia; cuanto más enajenado y autoritario, ambos conceptos pueden entrar en (hasta fatal) oposición. Mientras gobiernos poco arraigados en la población representen e interpreten “el Estado”, pueden configurarlo según intereses particulares y poderosos. Por ende, la reconciliación de ambos conceptos depende en último lugar de una profunda democratización de los propios Estados de derecho.

Christian Felber
Octubre de 2020



INTRODUCCIÓN

Las actividades extractivas cobran cada vez más fuerza en América Latina poniendo en riesgo la permanencia en los territorios de las comunidades afectadas con su implementación, la integridad de éstos y la garantía y realización de derechos.

Las cartas constitucionales de Bolivia, Brasil, Ecuador, Chile, Honduras, Colombia, México y Perú¹ contienen orientaciones políticas y económicas dirigidas a la protección del bien común como aquello que verdaderamente encarna necesidades sociales y viabilizan el bienestar de la población, como la soberanía alimentaria, la protección del medio ambiente o el patrimonio biocultural de las naciones, relacionados con la soberanía y capacidad de garantizar a las poblaciones el disfrute de sus propios recursos para el bienestar colectivo.

En efecto, en la institucionalidad de Bolivia, Brasil, Ecuador, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú –países involucrados en este estudio–, se asigna relevancia a estos conceptos en sus cuerpos normativos. Así, en los textos constitucionales de Bolivia se establece como principio constitucional el *bien común* e indica que las áreas territoriales protegidas del Estado son de *bien común*; en los de Brasil² se dice que el bien de todos debe promoverse como uno de los fines del Estado; Chile³ enuncia que se ha de promover el bien común como uno de los fines del Estado; en Colombia⁴ el bien común es un límite a la iniciativa privada; Ecuador⁵ pone de manifiesto como deber de su población la promoción del bien común, relacionándolo con el interés general y el buen vivir; Honduras⁶ plasma en el preámbulo de su Constitución “*el pluralismo, la paz, la democracia*

1 Tabla 1. “Bien Común y conceptos análogos en Bolivia, Brasil, Ecuador, Chile, Honduras, Colombia, México y Perú”.

2 Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación

3 El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

4 La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

5 Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

6 “...Constitución para que... propicie la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común”.



INTRODUCCIÓN

representativa y el bien común”; México⁷ define que las comunidades indígenas son de interés público y Perú⁸ refiere que el derecho a la propiedad se ejercerá en armonía con el bien común.

Tal noción ha sido caracterizada como un elemento en disputa. Mientras los Estados excusan sus políticas de intervención en los territorios como una necesidad inexorable para garantizar la redistribución de la riqueza, que justifica sustraer el debate sobre la explotación de la arena pública e incluso llegar al uso de la fuerza para salvaguardia de la misma, y las empresas exhiben sus títulos y concesiones como elemento de legitimación de sus operaciones, mientras las comunidades reclaman la protección de los territorios, el medio ambiente, el agua, su derecho a decidir, el respeto a sus formas de vida y a sus particulares formas de pensar el desarrollo, elementos que caracterizan muchas veces como bienes comunes. En la disputa, se entremezclan los elementos de justicia, necesidad, ley y bien común⁹.

Así pues, en el bien común hay un componente de derechos y de obligaciones correlativas de los Estados, lo que involucra la idea de justicia social y ambiental en las relaciones humanas y con la naturaleza. Lo público, en cambio estaría más relacionado con la gestión o administración de bienes, escenarios y relaciones ligadas a tareas de gobierno y los quehaceres económicos.



10

El bien común incluye “tanto elementos indispensables para la vida, como el agua y las semillas, como los “servicios públicos” hoy en día desmantelados por las políticas neolibere-

7 Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

8 Inviolabilidad del derecho de propiedad. 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. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

9 Carvajal, Patricio-Ignacio. “Ciudadanía y bien común en la república”. Revista chilena de derecho, 40(1), 2013. En Rosmini, citado por Carvajal, observamos la consecuencia de confundir bienes comunes con bienes públicos, o inclusive, con la Res pública o cosa pública: “Se debe distinguir el bien común del bien público: cosas que se confunden entre sí con gran daño para la ciencia del derecho público, y de la humanidad, impedida, con tales confusiones de conceptos, de encontrar aquella constitución social que le conviene, y que va buscando en vano. / El bien común es el bien de todos los individuos que componen el cuerpo social, y que son sujetos de derechos; el bien público, por el contrario, es el bien del cuerpo social considerado en su totalidad, o bien considerado, según la manera de ver de algunos, en su organización. / El principio del bien público, sustituyendo aquél del bien común, es la utilidad sustituyendo la justicia; es la Política que, tomando entre sus manos prepotentes al Derecho, permite hacer a aquel gobierno lo que más le plazca”.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

rales, tanto en el Sur como en el Norte”¹⁰ e implica “la producción y la reproducción de la vida y sirve de referencia o de parámetro fundamental para la organización social humana y para la realización con la naturaleza”¹¹. Los orígenes de conceptos como el de *sumak kawsay* en Ecuador o *Qamaña* en Bolivia “contribuyen de manera real al entendimiento de que es bien común para la humanidad”¹².

Partimos entonces, para este análisis, del bien común como derrotero de conservación y protección en tanto sustento armónico de la vida digna para todas las personas actuales y futuras, así como del cuidado de la naturaleza que las contiene, de la que hacen parte, y que en países como Ecuador y Bolivia (Madre Tierra) tiene derechos por sí misma.

No obstante, figuras jurídicas como la “utilidad pública” y otros conceptos análogos como “interés nacional”, “interés estratégico” e “interés social”, entre otros (a los que nos referiremos en general como UPYCA), elevados a rango constitucional en esos mismos países, compiten con la protección del bien común, del buen vivir, y constituyen el fundamento último para “legalizar” el desarrollo de megaproyectos extractivos que son presentados como oportunidades de bienestar y prosperidad, así como matriz de riqueza, redistribución de beneficios constituyéndose en presunción incontrovertible.

La Utilidad Pública y los conceptos análogos en que se centra este informe podrían entrar en la categoría de “Conceptos Esencialmente Controvertidos” o “impugnados”¹³ de cuya interpretación emerge una disputa por su contenido. Así, el “bien común” deviene como noción que auxilia o disputa una interpretación democrática de UPYCA, no obstante, no existe en los textos constitucionales una definición clara sobre lo que debe entenderse por “bien común” o “bienestar”. Por otra parte, las ideas sobre cómo se protege ese “bien común” o bienestar difieren mucho dependiendo de la perspectiva y del actor

10 Houtart, F. (2014). “De los bienes comunes al bien común de la humanidad”. Revista *El Agora USB*, 14(1).

11 Houtart, F. (2011). “El concepto de Sumak Kawsay (Buen Vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”. *Ecuador Debate* N° 84.

12 Houtart, F. (2011). “El concepto de Sumak Kawsay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad” (Tema Central). En: *Ecuador Debate*. “Acerca del Buen Vivir”, Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, (no. 84, diciembre 2011): pp. 57-76. ISSN: 1012-1498. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10469/3523>

13 Walter Bryce Gallie planteó en 1956 el término “concepto esencialmente impugnado” explicando la existencia de nociones abstractas “cualitativas” y “evaluativas” que implican diferentes interpretaciones y aplicaciones. Con posterioridad se han desarrollado diversas perspectivas en la comprensión de estos conceptos pero que en todo caso evidencian controversia y en algunos casos disputa en la interpretación de los mismos.



INTRODUCCIÓN

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 aledañas y en la naturaleza que tienen los proyectos extractivos. Sin embargo, estos últimos terminan imponiéndose.

Eso es lo que cuestionamos en esta publicación, porque la implementación de megaproyectos extractivos por parte de los gobiernos y con el argumento de la utilidad pública tiene impactos negativos muy graves en toda la población, aunque afecta especial y de manera desproporcionada a comunidades étnicas y campesinas que enfrentan riesgos sobre su propia existencia dadas las consecuencias derivadas de la devastación ambiental, el ataque a sus formas de vida ligadas al campo y el peligro que en regiones como América Latina conlleva la defensa de los espacios vitales, el ambiente y el territorio¹⁴. Así, el extractivismo lleva a la desaparición de culturas asociadas a la vida campesina, la destrucción de fuentes de agua, suelos, bosques o glaciares y la contaminación de estos espacios y del aire, así como la afectación del clima global.



12

Por eso, es necesario y urgente abrir un debate sobre las preguntas: ¿Qué es útil y benéfico para la sociedad? ¿Qué criterios debe cumplir una actividad económica que está denominada de “utilidad pública”? ¿Puede ser de “utilidad pública” una actividad que explota recursos no renovables, que destruye la naturaleza y que viola derechos humanos? ¿Y la declaración de “utilidad pública” la puede definir un gobierno unilateralmente? ¿O tiene que ser el resultado de un proceso de debate democrático basado en la participación efectiva, y no meramente procedimental, de las comunidades afectadas? En este estudio se propone redefinir la “utilidad pública” en la perspectiva de todo aquello que es auténticamente útil y benéfico a lo colectivo y a la conservación de lo público en perspectiva intergeneracional, como la protección de los derechos humanos y de la naturaleza.

Nos ocupamos de analizar cómo, especialmente a partir de la década de los años 80, en el contexto de reformas acompañadas por el neoliberalismo se intensificó significativamente el ingreso de capitales e intereses extranjeros en la explotación minero-energética en la región y el “progreso” se transformó en el lenguaje jurídico y político de la destinación de lo público a lo privado, como ofrenda sacrificial de las necesidades del desarrollismo.

¹⁴ Reporte 29 de julio de 2020, Global Witness, <https://www.globalwitness.org/es/defending-tomorrow-es/>

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Limitantes de acceso a la tierra y al agua, desplazamientos forzados, ruptura de los tejidos sociales y comunitarios, ataques a la vida y la integridad personal incluida la salud física, mental y emocional/espiritual, fraudes relacionados con procesos de legalización en la tenencia de la tierra, así como una amplitud de daños ambientales y por supuesto, de ataques contra quienes defienden todos estos bienes y derechos pasaron a la lista de detrimentos en nuestros países.

Antecede a este análisis sobre el impacto de la minería en los derechos humanos en la región, el estudio realizado con la participación de algunos de los miembros de este grupo sobre el rol de la minería canadiense en América Latina en clave de las obligaciones extraterritoriales de ese país en materia de derechos humanos y su profundo involucramiento en la construcción de una arquitectura jurídico política transnacional¹⁵ para favorecer los intereses de las empresas con origen en ese país. Ese ejercicio permitió develar diversos aspectos del entramado jurídico y político transnacional tejido para garantizar que países del llamado norte global encuentren en gran parte de América Latina condiciones favorables para abastecerse de materias primas y beneficiarse de la extracción minera, sin tener en consideración los aspectos negativos de esa expoliación y poniendo los intereses económicos y comerciales, incluso por medio de tratados y acuerdos de libre comercio, por encima de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En esa dinámica se impone la idea de que sólo mediante la explotación de los recursos es posible aspirar a gozar de riqueza, al tiempo que se garantiza la redistribución de los beneficios y la compensación de los daños. Investidos de la presunción de que ésta es una actividad útil a lo público, de interés social, general o común, se mezclan elementos que hablan de distribución y al mismo tiempo de securitización cuando la decisión de explotación y los propios recursos naturales se asumen en teoría como bienes o recursos estratégicos del Estado, pero en la realidad al servicio de grandes corporaciones transnacionales. Estas zonas pasan a ser restringidas, militarizadas y cerradas al escrutinio público, y al debate amplio y profundo sobre esas caracterizaciones.

¹⁵ Informe “El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá”. Desarrollado por el Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, del que hicieron parte varias de las personas que participan en esta documentación, realizándose con el apoyo de Misereor. Ese informe fue presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



INTRODUCCIÓN

Clausurado el foro para la participación efectiva de la sociedad en su conjunto y en ella de movimientos socio-ambientales y comunidades afectadas por la implementación de megaproyectos extractivos en los territorios, e impuesta la visión de utilidad extractivista, estas comunidades han reaccionado ejerciendo resistencia, demandando justicia ambiental, denunciando y anteponiendo sus perspectivas del cuidado de lo común. En razón de tal escenario consideramos pertinente preguntar sobre la perversión del concepto de utilidad pública y de sus análogos. Así mismo, cabe la más amplia discusión sobre la utilidad o inutilidad pública de cada proyecto, interrogante que no se incluye al momento de decidir sobre su viabilidad, en los que, en la práctica, se advierte una tendencia a utilizar dicho término como una presunción que legitima per se cualquier megaproyecto, dejando en un segundo o tercer plano el bienestar general, el interés social y la función social y ecológica de la propiedad.

Esta pregunta nos lleva directamente a los agenciadores de los proyectos estatales/empresariales mineros y a su práctica de reducir a la mínima expresión la rendición de cuentas sobre los impactos de la explotación minero-energética y sobre la externalización de costos, ambientales, culturales y en derechos humanos, los que quedan por fuera de esa contabilidad dado que la lente con que se mira y decide la utilidad de una actividad deja por fuera del foco aspectos que existen, hacen parte del conjunto y son especialmente percibidas por quienes habitan esos lugares o bien, tienen otro tipo de conexión o mirada de tiempo y espacio con el territorio.



14

Aunque existe abundante literatura, testimonios y evidencias sobre los impactos de las actividades extractivas en los derechos humanos y de la naturaleza, en el ejercicio del poder y la construcción de asimetrías profundas, en las formas jurídicas de las que se vale para crear regímenes excepcionales de explotación y en las fallas administrativas para lidiar con los impactos, fiscalizar las operaciones y controlar a los múltiples agentes que intervienen, consideramos que hacía falta indagar sobre las formas jurídicas en las que se sostiene la cadena de abusos que hacen posibles estas figuras que, dando una apariencia de bienestar común, en la mayoría de los casos se usan para lo contrario, con altos costos en los procesos de construcción de democracias.

Al cierre de este informe, Chile desarrolla un histórico proceso constituyente en el que se prevé que serán temáticas fundamentales los derechos de los pueblos originarios, el buen vivir, la desprivatización del agua y el concebir la naturaleza como sujeto de derechos.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Resignificar la Utilidad Pública y Conceptos Análogos (UPYCA)

UPYCA contempla figuras jurídicas cuyas interpretaciones gubernamentales, que terminan viabilizando megaproyectos extractivos, contrastan con los lenguajes de los movimientos sociales y de las comunidades que disputan, con otros términos, el contenido o significado de la utilidad pública.

Por ello, este ejercicio que pone el foco sobre los fundamentos jurídicos, los procesos y las consecuencias del uso de esas figuras, es la primera parte de una iniciativa que pretende ir hacia la resignificación de esos conceptos por parte de poblaciones y sectores que se encuentran en procesos en defensa del ambiente, la vida y los derechos humanos y territoriales.

Las narrativas sociales no son el foco de esta primera parte del proceso de documentación ya que se realizará posteriormente, una vez se debata este resultado con la mayor participación posible de las comunidades mencionadas, la academia y otros sectores sociales, en una etapa que hemos denominado resignificación de UPYCA.

Esperamos que los hallazgos aquí reunidos, relacionados con el uso de estas figuras en las legislaciones de cada país y cómo en su aplicación desconocen la protección del bien común, contribuyan a fortalecer la comprensión, argumentación y atención a la protección de lo común en perspectiva integral e intergeneracional frente a la implementación de megaproyectos minero-energéticos y otro tipo de proyectos a partir de la controversia misma sobre la utilidad extractivista.

Metodología:

En esta investigación se buscó responder, en los ocho países bajo estudio, a las siguientes preguntas sobre UPYCA ¿En qué contexto se produjeron e introdujeron estos conceptos en la normativa nacional? ¿Ha habido cambios recientes importantes? ¿Cuáles son las normas que tratan de estos conceptos actualmente y cuáles son sus contenidos normativos? ¿Cómo esos conceptos son aplicados por el Estado? ¿Existen casos relevantes de disputa en torno a esos conceptos? ¿Cómo se han dado las problematizaciones de los conceptos?

Para ello se usaron dos herramientas de recolección de datos y análisis cualitativo que posibilitaron el acopio de los elementos normativos, jurisprudenciales y discursivo que via-



INTRODUCCIÓN

bilizan el uso de la utilidad pública y conceptos análogos (UPYCA) y coleccionar información sobre la aplicación de las decisiones basadas en tales figuras en situaciones concretas.

Se documentaron nueve casos emblemáticos¹⁶ que dan cuenta de los procedimientos aplicados así como el campo en el cual se han dado las disputas por el sentido de la utilidad, buscando registrar si se han mantenido en el plano de la movilización y protesta social o han llegado y han sido debatidas en el poder judicial, y cuáles fueron las respuestas obtenidas. Tal ejercicio se basó en los informes nacionales elaborados por las entidades que hacen parte de este proceso, y reflejan los usos y discursos alrededor de la UPYCA en cada país.

Los resultados obtenidos sobre las prácticas de implementación de la UPYCA en los países examinados contrastan con estándares internacionales en materia de derechos humanos, tal como se observa del extracto de algunos de los fundamentos de los sistemas universal e interamericano aquí esbozados. Si bien este estudio se refiere a ocho países, los hallazgos coincidentes reflejan una tendencia que puede estar aplicándose en toda la región. De allí la importancia de examinar y ampliar aspectos que fueron apenas insinuados.

Finalmente, tras quedar en evidencia las asimetrías que suelen presentarse en los procesos que viabilizan los proyectos minero-energéticos, las razones de Estado que se priorizan en la aplicación de las figuras de UPYCA, así como su asimilación jurídica a las presunciones en derecho, consideramos imprescindible volver a las preguntas fundamentales alrededor de la utilidad o inutilidad pública de las actividades extractivas teniendo en cuenta factores que trasciendan el análisis meramente económico. De allí que propongamos un test de utilidad pública que contribuya a la construcción de análisis caso a caso para la toma de decisiones, cuando éstas se basen en la aplicación de este tipo de conceptos.

Participantes y agradecimientos

En este proceso de documentación participaron organizaciones de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México y Perú, así: Centro de Documentación e Información de Bolivia (CEDIB), la Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE) de Brasil, el Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales

¹⁶ En Brasil se documentaron dos casos. Uno anterior a la explotación y otro posterior a ella como se verá en el acápite correspondiente.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

(OLCA) de Chile, Acción Ecológica de Ecuador, el Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC) de Honduras, el Grupo Semillas de Colombia, el Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de México (PRODESC) y el Grupo de Formación e intervención para el Desarrollo Sostenible (GRUFIDES) de Perú.

Cada organización coparte acopió y examinó la información recopilada para lo cual se realizaron entrevistas, algunas de ellas a través de espacios nacionales en los que expertos en asuntos de derechos humanos, ambientales, acompañantes de comunidades y académicos, participaron dando su opinión sobre perspectivas de análisis y respecto a la pertinencia y avances del proceso.

Agradecemos a Dora Lucy Arias Giraldo la coordinación en la producción de este informe, a Diana Milena Murcia, asistente de coordinación, así como el acompañamiento, participación, lectura y sugerencias de Susanne Friess de Misereor y Kristina Saenger de Pan Para el Mundo, y a Alberto Acosta y Christian Felber que nos aportaron su mirada crítica e insertaron en este informe su perspectiva sobre el tema.



1. UPYCA EN LOS PAÍSES Y CASOS DE ESTUDIO

En este capítulo se reseñan algunos casos emblemáticos de la actividad extractiva en proyección, exploración o ejecución y los conflictos socioambientales que de ellos se han derivado y que, según la institucionalidad de los países en que se desarrollan, son de utilidad pública o conceptos análogos (UPYCA). Ejemplifican la tensión existente entre la concepción estatal/empresarial que suele imponerse en el uso de la UPYCA y los aspectos excluidos del análisis que son reclamados por las comunidades y movimientos sociales. También, el examen de la evolución normativa que sustenta las decisiones basadas en UPYCA pone de manifiesto cómo el andamiaje jurídico refuerza la unilateralidad de las decisiones y la invisibilización de otros aspectos relevantes en la toma de decisiones cuando se trata de proyectos extractivos.

1.1. Bolivia



18



- Aproximadamente 12 millones de habitantes
- Puesto 70 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando empeoramiento de sus condiciones, habiendo perdido 6 puestos en los últimos 5 años.
- Presenta 10 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.
- Principalmente Zinc, Plomo, Plata, Estaño, Oro
- Además de prever la utilidad pública como una forma de restricción de la propiedad (art. 57) y de ser la inobservancia de la función social de la tierra una causal para la reversión de la tierra (art. 401), los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país (art. 349) y su explotación es declarada de necesidad estatal y utilidad pública (art. 356).
- En la constitución se define como uno de los fines del Estado Boliviano “promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras” (art. 9).

1.1.1. Caso de estudio: Proyecto Huanuni

Proyecto Huanuni, ubicado en el municipio del mismo nombre, departamento de Oruro. Explora mineral de estaño¹⁷ en el sector central del yacimiento estannífero del Posokoni. 24.667 habitantes (Ciudad Huanuni, 3 Distritos Mineros y 6 ayllus).

¹⁷ Se producen también concentrados de zinc, plata, plomo y plata.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Este caso involucra a la empresa minera estatal más importante, con el mayor número de trabajadores mineros en todo el país y que mantienen en operación la principal mina extractora de estaño en Bolivia que, por demás, es una de las minas más antiguas aún en operación plena y una de las más importantes en el mundo.

Esta mina ha sido objeto de dos procesos de nacionalización y uno de privatización a lo largo del último siglo, en el marco de los cuáles el argumento del bien común y de la utilidad pública como expresión de este ha sido fundamental. Aunque no hay una declaración explícita de utilidad pública las múltiples normas usadas para su implementación –particularmente para sus nacionalizaciones y privatización– están soportadas en el argumento y figura de utilidad pública.

La Empresa Huanuni se ha convertido en la empresa estatal más grande de Bolivia. Su sindicato ha tenido un rol preponderante en la Central Obrera Boliviana (COB), ocupando sus dirigentes la secretaria general de esta organización en los últimos 14 años y cargos en las corporaciones legislativas –con gran influencia en la designación de algunos Ministros de Minería.

Los impactos ambientales que ocasiona el drenaje ácido de la mina Santa Fe tienen efectos negativos, directos y acumulados, en el tiempo tienen carácter permanente, con manifestaciones a corto y mediano plazo, los mismos que son extensos, irre recuperables e irreversibles. El drenaje ácido de esta mina confluye a escasa distancia con el río que baja de la mina Japo y que además, actualmente está intervenido por las operaciones de la Cooperativa Minera La Tormenta”¹⁸.

Las afectaciones territoriales por la actividad extractiva recaen sobre el sistema hídrico del Río Huanuni y el Lago Poopó, derivando en la desaparición de la pesca como actividad de sustento y comercial en el lago Poopó, así como los procesos sociales y culturales relacionados con esta actividad de sustento. Especial afectación se destaca en su agricultura cuyos productos más emblemáticos son la papa, la quinua, la alfalfa y la cebada. Además de alta mortalidad de animales, disminución en la productividad agrícola, contaminación de aguas para consumo doméstico, pecuario y riego, así como erosión y salinización de tierras.

¹⁸ Gobierno Autónomo Municipal de Huanuni, 2015, pp. 111-112



BOLIVIA

En el año 2004, la Organización de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Huanuni denunció que los residuos sólidos así como las aguas del ingenio de la Empresa Minera Huanuni y la falta de alcantarillado eran las principales contaminantes en el municipio¹⁹. Dijeron: “Como consecuencia de la contaminación ya no podemos vivir en nuestras comunidades, por eso nos estamos mink’ando, nos juntamos varias personas para pastar a nuestros animales y así salimos por turno porque ya no tenemos forraje, así está nuestras tierras y por eso mucha gente se está saliendo de nuestras poblaciones y se van a trabajar en la albañilería o de choferes u otros se han metido a la cooperativa”²⁰.

Esta operación minera es una de las protagonistas en la contaminación del segundo cuerpo de agua más grande de Bolivia y sitio RAMSAR: el lago Poopó. Esta contaminación del lago Poopó ha afectado considerablemente no solo la calidad del agua sino su propia estabilidad y los ecosistemas asociados al mismo. Comunidades a lo largo de este lago y del río desaguadero, su principal afluente, se han organizado y desde hace más de una década han denunciado estos impactos, logrando diferentes acciones normativas. Estas reivindicaciones cuestionan también, desde el punto de vista del bien común, las operaciones en la mina Huanuni.

El impacto de tal situación ha sido verificado por organismos internacionales, así como comprobada su afectación al bien común, razones por las cuales las comunidades mantienen sus propuestas de defensa territorial.



20

1.1.2. Contexto y desarrollo de UPYCA

En el país se usan múltiples términos análogos a la utilidad pública, utilizados en diferentes ámbitos, siendo muy usados los de necesidad pública y prioridad nacional o departamental. Este énfasis cambia cuando nos referimos específicamente al ámbito de los hidrocarburos y la minería. En la normativa boliviana revisada²¹ se han identificado los

19 Arias (2008) citado en (Arias Carballo, 2015, p. 16).

20 Gregoria Checa de comunidad Alantañita Caravi citado en (Arias Carballo, 2015).

21 Se ha tomado como base de revisión normativa la información disponible en 3 portales legislativos en Bolivia: Derechoteca, Infoleyes y Lexivox. Estos portales facilitan el acceso (pago o gratuito) de normativa boliviana. Desafortunadamente la información en la Gaceta boliviana, centro oficial de compilación de la normativa boliviana, no prestaba acceso a información tan amplia y completa como la combinación de los portales mencionados. De igual manera la colección de boletines regulares de la gaceta de Bolivia de la que dispone el CEDIB en su fondo documental no tenían la amplitud de normas en los portales mencionados.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

siguientes términos, con uso y concepción similar al de utilidad pública, y con la siguiente frecuencia: el término más usado ha sido el de prioridad nacional (27%), seguido de la utilidad pública en (20%) y de otros mixtos como la necesidad estatal y utilidad pública (14%), así como el interés y utilidad pública (13%).

Con la caída de los precios internacionales de materias primas, la crisis ha sido contenida por un creciente flujo de inversión pública (cada vez más en grandes obras de infraestructura o en actividades extractivas como hidrocarburos e hidroeléctricas), a costa de agotar las reservas internacionales acumuladas en el periodo de precios internacionales altos e incrementando la deuda pública interna y externa.

La expansión de estas fronteras extractivas (hidrocarburíferas, mineras, producción de soya, hidroeléctricas y otras infraestructuras asociadas) ha sobrepasado ya hace años los espacios de áreas protegidas y territorios indígenas. En el caso de los hidrocarburos, el gobierno ha incrementado la superficie de interés hidrocarburífero de 3 millones de Has. en 2007 a más de 30 millones de Has. en 2015 (casi 30% del territorio del país), afectando 11 de las 22 áreas protegidas nacionales que existen en Bolivia y superponiéndose sobre 37 de los 49 territorios indígenas del Chaco, Amazonía y oriente del país. En la Amazonía el caso más representativo de esta política es el de la reserva natural TIPNIS, cruzada inconsultamente por concesiones hidrocarburíferas y una carretera que es parte del COSIPLAN.

El proceso de consulta no está vinculado a la evaluación del impacto ambiental, por lo que la consulta no es realizada con suficiente información para la toma de decisiones de los pueblos indígenas. En este marco, consta en actas de consulta ya realizadas la afirmación del propio Órgano Electoral Plurinacional –supervisor de los procesos de consulta– que los consultados no cuentan con suficiente información, a pesar de lo cual se avala la realización de dicho proceso.

Estas normas, en lugar de establecer salvaguardas de protección frente a actividades de extracción y explotación de recursos naturales, flexibilizan parámetros y procedimientos de protección ambiental, permea espacios territoriales de protección ambiental, reduce o finamente tergiversa mecanismos relacionados a la consulta previa y sus fines de precautelar los derechos de los pueblos indígenas.

En los portales mencionados existía información disponible de algunas normas que hacen uso del término utilidad pública desde el año 1826.



1.2. Brasil



Aproximadamente 218 millones de habitantes

Puesto 73 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) con empeoramiento constante de sus condiciones, habiendo perdido 48 puestos en los últimos 5 años.

Presenta 26 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.

Los minerales más explorados en el país son aluminio, cobre, estaño, hierro, manganeso, niobio, níquel y oro, que corresponden al 98,6% del valor de toda la producción mineral brasileña comercializada

En su constitución, establece la función social de la propiedad y prevé su expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social (art. 5) y “por interés social, para fines de reforma agraria” (art. 184)

En su constitución, establece como fines del Estado 1) construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2) garantizar el desarrollo nacional; 3) erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; 4) promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación.

Para la investigación en Brasil, se optó por examinar dos casos:

- i) uno relacionado con un área minera consolidada, que permitiría reflexionar sobre cómo se ha aplicado el poder normativo y regulatorio del Estado para garantizar, a partir del argumento de la primacía minera y la utilidad pública, el ejercicio del poder territorial de las grandes corporaciones mineras; y
- ii) otro ubicado en un asentamiento campesino que actualmente vive bajo la amenaza de desplazamiento tras el hallazgo de 11 mil millones de toneladas de mineral de hierro y cuyos impactos negativos en la desterritorialización –si se consolidan más allá de la frontera del propio territorio, una vez que con la producción de alimentos allí desarrollada abastecen escuelas, instituciones de asistencia social, mercados y ferias de la región con productos agroecológicos, con impactos positivos en la economía local y en la soberanía y seguridad alimentaria.

La elección de casos referidos a situaciones anteriores y posteriores a la exploración minera nos permitió analizar el tema con una doble mirada. Por un lado, permitió identificar las dinámicas político-legales a través de las cuales se ha utilizado el argumento de la primacía minera en contra de los preceptos constitucionales, expandiendo asimetrías de poder en los territorios y aumentando el grado de control de las corporaciones sobre la vida y el bienestar de los grupos directamente afectados por sus actividades. Por otro lado, contribuye a visibilizar la magnitud de los daños y su impacto en el bien común como re-



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

sultado de la instalación del proyecto minero, como es el caso de las familias agricultoras del Asentamiento Roseli Nunes si llegan a ser desplazadas.

1.2.1. Caso Provincia mineral de Carajas

En Serra dos Carajás se encuentra en operación el complejo más grande de extracción de minerales de Brasil, instalado en la década de 1970: El Proyecto Grande Carajas, de la empresa Vale. El depósito de mineral de hierro de la región contiene 18.000 millones de toneladas de mineral extraíble.

También hay grandes depósitos minerales de manganeso, zinc, níquel, cobre, oro, plata, bauxita, cromo, estaño, tungsteno y uranio, extraídos en distintas partes de la zona, todos ellos en fase de extracción en diferentes áreas de la Serra.

Entre los proyectos mineros en curso o previstos para ser implementados en la zona, que integran el complejo de extracción se destacan: Complejo Minerário de Carajás, Proyecto Rio Doce Manganês, Proyecto Igarapé-Bahía, Proyecto Salobo, Proyecto Ferro Carajás S11D, Minería Proyecto Onça Puma y Serra do Sossego.

A lo largo de la historia de la extracción de minerales en esta región, se han producido numerosos informes de violaciones de derechos por parte de Vale, la principal empresa minera de Carajás. Para garantizar el control territorial, la empresa ha recurrido a expedientes que, directa o indirectamente, hacen uso de la prerrogativa legal de que gozan las actividades mineras en el país.

Un estudio de Barros (2018)²² mostró que en el conflicto que involucró a la Minería Onça Puma y los pueblos indígenas Xicrin de la Tierra Indígena Cateté, éstos solicitaron que se detuviera el proyecto por contaminación de tierras, tras más de 8 años operando sin presentar estudios en cuanto a los impactos, además de ninguna propuesta de mitigación. Prevalció en decisiones del Tribunal Regional Federal y del Tribunal Supremo Federal el argumento del principio de precaución/prevención y protección de la cultura indígena que fue confrontado con el de las pérdidas económicas de la empresa Vale, de los municipios y

22 Barros, Juliana Neves (2018). “A mirada invertida de Carajás: a Vale e a mão-de-ferro na política de terras”. Tese de doutorado. (Cap. 4, Estratégias de aquisição de terras e gestão de conflitos fundiários pela Vale). Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional - IPPUR, da Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ, 2018.



BRASIL

el estado de Pará. Sin embargo, en Suspensión de la orden judicial interpuesta por el estado de Pará en 2020, la Corte Suprema autorizó el funcionamiento de la empresa debido a los graves riesgos que su paralización ocasionaba “al orden público y la economía”.

En el ámbito procesal, se encuentra el uso de la figura de Suspensión de la Acción Judicial (Ley 8437/92), que permite la suspensión de una orden judicial contra el Gobierno o sus agentes “en caso de manifiesto interés público o ilegitimidad flagrante, y para evitar lesiones graves orden, salud, seguridad y economía pública”. La solicitud puede ser realizada por el Ministerio Público o por la persona jurídica pública interesada, pero hubo una decisión en la que la minera Vale interpuso la demanda y tuvo una solicitud para ser comparada con la persona jurídica de derecho público como concesionaria de servicios públicos. Este hecho ocurrió en relación con una orden judicial que determinó la suspensión de la licencia ambiental del proyecto para duplicar su ferrocarril y consultar a las comunidades afectadas. El presidente de Tribunal Regional Federal suspendió la medida cautelar alegando que la decisión judicial representaba un grave perjuicio para el orden público y la economía. La aprobación del crédito por parte del Banco Nacional de Desarrollo (BNDES) se utilizó como supuesta evidencia de interés público que se vio obstaculizado por la paralización de las obras.



24

También existe, por parte de la empresa, una acción de entrada directa a las tierras, articulada a partir de la alianza con varios actores locales, y que no requiere, a priori, la mediación del poder público. Especialmente en la Amazonía, la indefinición de las ocupaciones de tierras y el papel de las empresas en el retiro directo de poblaciones y / o monopolización de la apropiación de sus recursos constituyen fundamento de toma de territorios en el contexto brasileño.

El argumento de la “supremacía del interés minero” ha representado un engranaje discursivo central en la forma en que la empresa activa o ignora las instituciones gubernamentales que regulan las políticas territoriales y de tierras, para acceder a los recursos que pretende monopolizar. A veces pasa a procesos administrativos o judiciales de expropiación o institución de acción de servidumbre. En otros, prefiere hacer uso de negociaciones directas con los ocupantes, individualmente, donde el argumento de la primacía de la minería se invoca y se expresa más en las múltiples prácticas corporativas de “relación comunitaria” que bajo la mediación de alguna entidad estatal²³.

²³ Barros (2018).

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

1.2.2. Caso Asentamiento Roseli Nunes

Exploración minera con el descubrimiento, en 2013, de 11 mil millones de toneladas de hierro y 450 millones de toneladas de fosfato.

Los derechos mineros sobre el área se otorgaron inicialmente a la Empresa Geomin-Geologia e Mineração; posteriormente, la empresa BEMISA-Brasil Exploração Mineral S / A, se quedó con el derecho a explorar los depósitos que se superponen al asentamiento Roseli Nunes.

Se encuentra en el Municipio Mirassol D'Oeste, ubicado en el Estado de Mato Grosso. Ocupa una superficie aproximada de 15.000 hectáreas, como parte de una región de transición entre los biomas del Cerrado y Pantanal, caracterizada por extensas llanuras en la porción brasileña de la cuenca del río Paraguay, cerca de la frontera con Bolivia.

El Asentamiento Roseli Nunes está amenazado de desplazamiento. La comunidad afectada está conformada por agricultores familiares, beneficiarios de políticas de reforma agraria que lideran experiencias de transición agroecológica.

La población no ha sido informada de los impactos ni ha participado de la decisión; se enteró del proyecto a través de la prensa cuando el gobierno estatal anunció el descubrimiento de depósitos de mineral de hierro y fosfato estimados en 11 mil millones y 450 millones de toneladas, respectivamente. Luego, a través de la agencia agraria que aún posee la tierra (es un asentamiento de reforma agraria y hasta que se declare emancipado²⁴, la tierra sigue siendo pública en concesión a los colonos) comunicó a los residentes sobre la posibilidad que la tierra quedara desafectada (es decir, alterándose su destino como tierra pública, dejando de ser un asentamiento para servir a los intereses mineros) por el descubrimiento de minerales en su subsuelo²⁵.

24 Un asentamiento se considera emancipado (o consolidado) cuando se vuelve autosuficiente desde el punto de vista social y económico, pudiendo mantenerse sin la ayuda de políticas públicas orientadas a la Reforma Agraria (como crédito, infraestructura, asistencia técnica, etc.)

25 Se hizo a través de una visita de técnicos del Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria - INCRA quienes informaron que se liberaría una inspección a la empresa que había obtenido autorización de DNPM para realizar la investigación minera. En ese momento, los técnicos manifestaron que el asentamiento quedaría desafectado y que los colonos no tendrían derecho a indemnización por tratarse de tierras públicas. La agencia no brindó ninguna otra información o apoyo para la permanencia de los pobladores a pesar de su responsabilidad de mediar los intereses de la reforma agraria con otros intereses que pretenden ser públicos.



Los órganos estatales concernidos reafirman el carácter prioritario de la minería frente a la reforma agraria, apoyados en una legislación que la declara actividad de interés nacional y utilidad pública.

Desde 2005, los pobladores, organizados en la Asociación de Productores Agroecológicos Regionales (ARPA), comercializan su producción en ferias locales y abastecen mercados institucionales en los municipios de la región a través del Programa de Adquisición de Alimentos (PAA) y el Programa Nacional de Alimentación Escolar (PNAE), vinculados a la política pública de abastecimiento.

También existe una gran diversidad de semillas tradicionales, conservadas y guardadas en bancos familiares e intercambiadas entre familias campesinas; un proceso liderado especialmente por mujeres en el asentamiento.

1.2.3. Contexto y desarrollo de UPYCA

En Brasil la minería ha crecido a altas tasas durante las últimas dos décadas. En los principales estados mineros –Minas Gerais y Pará– se abrieron durante este período nuevas minas de bauxita, cobre, manganeso, níquel, y se amplió significativamente la extracción de mineral de hierro, cuya producción se estima que se triplicará para el 2030 y alcanzar el nivel de mil millones de toneladas/año.

Según el Anuario de Minerales de Brasil 2018, la extracción de minerales metálicos representa el 80% del valor total de la producción minera brasileña, la que, especialmente de aluminio, cobre, cromo, estaño, hierro, manganeso, niobio, níquel, oro, vanadio y zinc, está controlada principalmente por grandes empresas: el 79% de la extracción y procesamiento de hierro está bajo el control de Vale. El 40% de la extracción de bauxita es realizada por Mineração Rio do Norte, el 65,5% del níquel por Anglo American y el 93% de la extracción y procesamiento de zinc está bajo el control de Votorantin.

La mayor parte de la producción brasileña de minerales a gran escala se destina principalmente al mercado exterior. Solo un porcentaje se destina al consumo interno o se somete a procesos de valor agregado, siendo exportado como producto primario, con poca o ninguna transformación industrial y con alta tasa de exenciones fiscales. En 2018, la participación de la cadena minero-metalúrgica en el PIB Nacional fue de solo 2,44%,



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

distribuida en minería de metales metálicos (0,64%), metalurgia (1,34%) y minería no metálica (0,46)²⁶.

La extracción de minerales en Brasil tiene bajos impuestos y se beneficia de numerosas políticas tributarias. Debido a la ley Kandir (Ley Complementaria No. 87, del 13 de septiembre de 1996), los productos primarios exportados están exentos del impuesto ICMS, el principal impuesto en los estados. Una exención que para las empresas mineras en los estados que integran la Amazonía Legal puede llegar al 75% del impuesto a la renta empresarial. En 2017, el monto pagado como regalías mineras al gobierno representó solo el 1,7% del valor total de la producción mineral²⁷.

En el análisis de casos de conflictos relacionados con el establecimiento o expansión de actividades mineras, un término es recurrente como justificación de la supuesta prioridad de la minería: su interés público. Acompañando este concepto, otras tres expresiones son comunes en este panorama argumentativo: Utilidad Pública, Interés Nacional e Interés Social, de las cuales no se encuentra definición alguna en la legislación.

La Constitución Federal en su artículo 176 estatuye que los yacimientos y demás recursos minerales y las fuentes de energía hidráulica solamente podrán ser explorados mediante autorización o concesión de la Unión, en interés nacional, por brasileños o por empresa constituida conforme a las leyes brasileñas y que tenga su sede administrativa en el país. También el Código Minero (Decreto ley 227 de 1967) señala que son fundamentos para el desarrollo de la minería el interés nacional y la utilidad pública. No hay una definición legal del concepto, pero se refuerza la idea de la minería como actividad estratégica.

Uno de los instrumentos legales más evocados en la determinación de las actividades de utilidad pública es la denominada Ley de Expropiación (Decreto Ley 3.365 de 21/6/1941). En ningún instrumento legal aún vigente existe una definición de lo que sería utilidad, solo el ejemplo de casos que pueden incluirse bajo esta definición, como es el referido a las actividades minero-energéticas:

26 Ministerio de Minas y Energia/Brasil. Sinopsis mineral 2019. Mineração & Transformação Mineral (Metálicos e Não Metálicos), 2019.

27 Minérios e Minerais, 2015, p. 38; Departamento Nacional de Pesquisa Mineral. Anuário Mineral Brasileiro, 2019; www.ibge.gov.br; y <http://amazonia.inesc.org.br/artigos-inesc/amazonia-paraiso-extrativista-e-tributario-das-transnacionais-da-mineracao/>; MME. Sinopsis Mineral, 2019



BRASIL

“Arte. 5to. Se consideran casos de utilidad pública:

[...] f) el aprovechamiento industrial de minas y yacimientos minerales, agua y energía hidráulica”. (Decreto Ley 3.365 de 21/6/1941)

De hecho, Utilidad Pública e Interés Social son los principales conceptos utilizados para fundamentar expropiaciones, servidumbres e intervenciones en áreas privadas y/o colectivas en favor de la minería. Tales conceptos raramente son cuestionados cuando involucran conflictos de derechos fundamentales, y por el contrario, en general son considerados, como inherentes a la actividad minera y al imperativo del crecimiento económico del país.

La ley concede una autorización genérica, delimitando las hipótesis de utilidad pública o interés social. El poder ejecutivo la formaliza, a través de decretos o mediante la emisión de normas inconstitucionales (por ejemplo, resoluciones de la Agencia Nacional de Energía Eléctrica –ANEEL– o de la Agencia Nacional de Minería –ANM).

En general, la noción de interés/utilidad pública asociada a la implementación de un proyecto minero, prevalece en jerarquía superior a cualquier otra expresión constitucional.



28

Los casos mencionados, en especial el referido a las actividades de Vale en Carajás, demuestran, como señala Barros (2018) que “el ejercicio del poder territorial ejercido por las grandes corporaciones mineras a partir del argumento de primacía minera y utilidad pública prescinde en gran medida el decreto de tal actividad como de interés público” por una autoridad competente determinada para hacerlo. Según la autora, el caso revela “un escenario de protagonismo político por parte de empresas transnacionales y muestra el poder de enunciación de tales conceptos jurídicos, cada vez más desplazados del Estado a la multiplicidad de actores corporativos que tejen la red reguladora disciplinaria de la gubernamentalidad neoliberal”.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

1.3. Ecuador²⁸



- 17 millones 300 mil habitantes
- Puesto 89 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando mejoramiento de sus condiciones, habiendo ganado 4 puestos en los últimos 5 años. Presenta 9 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.
- Para 2019, la minería en Ecuador representó el 1.6% del PIB. Siendo el concentrado de oro, el mineral de mayor exportación. Su valor representó el 70.28% respecto del cobre, plomo o zinc.
- La Constitución establece la utilidad pública o interés social o nacional como forma de restricción de la propiedad, para ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo (art. 323). Además, declara de interés público, la preservación del ambiente, la conservación de ecosistemas, la biodiversidad y el patrimonio genético, la preservación del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados, a fin de garantizar la sostenibilidad y el buen vivir sumak-kawsay, como el reconocimiento del derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 14). Igualmente, establece como sectores estratégicos la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, transporte y refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y patrimonio genético, espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. (Art. 313).
- Son fines del Estado, entre otros, garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos, en particular la salud, la alimentación y el agua para sus habitantes y promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir (art. 3 de la Constitución).

1.3.1. Caso proyecto Mirador

Mirador es un proyecto de minería a gran escala, cuyos yacimientos de cobre (y en menor volumen de plata, oro y molibdeno) son explotados a cielo abierto por las transnacionales chinas Tongling Nonferrous Metals Group Holdings & Railway Construction Corporation, mediante el consorcio CRCC-Tongguan y la subsidiaria ecuatoriana Ecuacorriente S.A. (ECSA). Es uno de los proyectos denominados estratégicos con el que Ecuador inicia la explotación minera a gran escala.

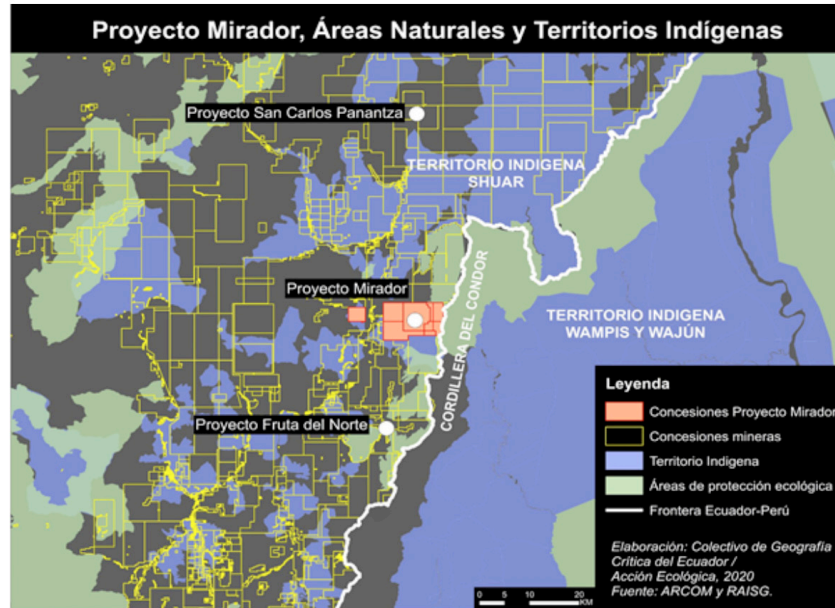
Las 9.928 hectáreas del proyecto abarcan las parroquias rurales Tundayme y El Güismi y parte de la parroquia urbana El Pangui²⁹, pertenecientes al cantón El Pangui de la provincia de Zamora Chinchipe, ubicada en la Amazonía ecuatoriana, en el límite con Perú, en la Cordillera del Cóndor, un espacio compartido por los dos países, de aproxi-

28 Proyecciones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, disponibles en: https://www.ecuadoren-cifras.gob.ec/documentos/webinec/Poblacion_y_Demografia/Proyecciones_Poblacionales/PROYECCION_PROVINCIAS_SEXOS_Y_AREAS_20102020.xlsx

29 Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental Ampliación a 60 kt por día de la Fase de Explotación a Cielo Abierto del Proyecto Minero de Cobre Mirador, julio 2014.



ECUADOR



madamente 1,1 millones de hectáreas (700 mil en Ecuador y 400 mil en Perú)³⁰, y determinante en la formación de fuentes de agua que tributan a los grandes ríos ecuatorianos y peruanos que alimentan la cuenca amazónica.



30

Historicamente esta cordillera constituye un solo territorio de los pueblos indígenas de la familia jíbaro (Shuar en Ecuador, Wampis y Awajun, en Perú) que cuentan con un acumulado de conocimientos sobre la biodiversidad de los 16 ecosistemas que la caracterizan. Varios de sus espacios han sido incorporados al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP) y Bosques Protectores en tanto “áreas claves para la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas”, protegidas constitucionalmente (Arts. 405, 407 de la Constitución).

Sin considerar ninguna de estas relevantes características naturales y socio-culturales y sin cumplir con las consultas ambiental e indígena, enfocándose exclusivamente en las formaciones geológicas de la Cordillera del Cóndor y la presencia de depósitos minerales metálicos de supuesta importancia económica para el país, Mirador, junto con los proyectos vecinos Fruta del Norte y San Carlos Panantza, fue catalogado por la administración

³⁰ Chicaiza, G. y B. Rodríguez-Labajos, B., (s 2012). “Cordillera del Cóndor: frontera límite hacia la gran minería”. Acción Ecológica, 2012, pp. 1-2, citado en: Vulneración de Derechos Humanos y de la Naturaleza, en la Cordillera del Cóndor (2016), FIDH, CEDHU, Acción Ecológica, INREDH. Vulneración de Derechos Humanos y de la Naturaleza, en la Cordillera del Cóndor, 2016.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

pública como proyecto estratégico, tal como consta en el Plan de Desarrollo del Estado (2013-2017)³¹. Lo que permitió que la empresa Ecuacorriente se apropie y destruya miles de hectáreas de tierras campesinas, contamine ríos, intervenga en áreas naturales y destruya sitios arqueológicos. Tanto el Estado como la empresa han hecho caso omiso al peligro inminente (según análisis científicos) que implica una posible rotura de las piscinas que contienen los lodos tóxicos mineros.

Mirador, en su máxima capacidad producirá 60.000 toneladas de material minero, de las cuales menos del 2% será exportado, producirá 354.294 toneladas de concentrado de cobre, al año³². La inversión del proyecto alcanzaría USD 2.015 millones (1.200 ya invertidos), la explotación resultaría en \$36.478 millones en exportaciones, en el período 2019-2049, e ingresos totales para el Estado de \$9.239,4 millones, que se traducirían en USD 308 millones al año en tributos y regalías, equivalentes “al 21.2% del impuesto a la renta pagado por los 270 grupos económicos identificados por el SRI en 2017 (que sumó \$US 1,447.2 millones)”³³. En contraste, para los inversionistas el proyecto resultaría en USD 27,239 millones entre costos de operación y utilidades, mientras que al terminar la explotación el país habría acumulado 491 millones de metros cúbicos de lodos contaminados y 438 millones de toneladas de desechos sólidos³⁴.

Estas cifras y las graves afectaciones sociales y a la naturaleza que está generando y dejará a lo largo de sus 30 años de explotación el proyecto en la Cordillera del Cóndor del lado ecuatoriano y del peruano, reflejan que éste no es una opción estratégica.

1.3.2. Contexto y desarrollo de UPYCA

A pesar de la megadiversidad³⁵ que caracteriza a Ecuador, los sucesivos gobiernos se han empeñado en conducir al país hacia la actividad minera, creando a su alrededor imáge-

31 Plan de Desarrollo del Ecuador citado por Cardno (2014). Actualización del “Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental de la Fase de Beneficio Proyecto Minero de Cobre Mirador para la Ampliación a 60 kt por día”.

32 “Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental Ampliación a 60 kt por día” de la Fase de Explotación a Cielo Abierto del Proyecto Minero de Cobre Mirador, julio 2014.

33 Alberto Acosta, Alberto; John Cajas, John.; Hurtado, Francisco Hurtado.; Sacher, William, Sácher (2020). *El Festín Minero del Siglo XXI. ¿Del ocaso petrolero a una pandemia mega-minera?* Editorial Abya Yala, 2020, pp. 124 y 125.

34 *Ibidem.*, p. 125.

35 Reconocida por el Centro de Monitoreo de Conservación del Ambiente de la Organización de Naciones Unidas. Ver también: Grupo de Países Megadiversos Aafines: www.lmmc.nic.in/index.php



ECUADOR

nes de similitud y continuidad con la explotación petrolera y el supuesto “crecimiento económico” a ésta asociado. Artífice de este proyecto ha sido el sector público minero en vinculación con el privado, con la subordinación del sector ambiental, la protección de la Procuraduría General del Estado y la influencia técnico-política de la banca multilateral.

Esta tendencia inicia en las décadas de 1980 y 1990, en la cuales los gobiernos profundizan la dependencia del mercado económico global mediante la incentivación de inversiones mineras. Concretamente, con asesoramiento y crédito del Banco Mundial, Ecuador se embarca tanto en la exploración de yacimientos mineros como en la adecuación de la institucionalidad y normativa mineras, conducentes a facilitar tales inversiones.

En este proceso de adecuación legal e institucional aparece el concepto de utilidad pública. La ley minera de 1991 (Art. 4), elaborada con asesoramiento del Banco Mundial³⁶, declara de utilidad pública a la minería en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones y establece la constitución de servidumbres, con el argumento de que un derecho de propiedad individual puede ser afectado por razones de utilidad pública o interés social. Esta consignación de “raigambre económica fundada por los preceptos de desarrollo”³⁷ está presente en casi todos los textos constitucionales de la época republicana. Igualmente, prescribe el dominio del Estado sobre los minerales y que éste puede autorizar la ejecución de la actividad a personas naturales jurídicas nacionales o extranjeras³⁸.

Estas disposiciones constituirán el eje argumental del concepto de utilidad pública minera usado hasta la actualidad por ese sector económico. Así, la Ley de Minería vigente (expedida en 2009) mantiene el mismo sentido de la declaratoria de utilidad pública minera de 1991, incluyendo el hecho de que la Constitución actual (Art. 313) establece que los recursos naturales no renovables son un “sector estratégico”³⁹.

La actual Constitución no prescribe que la actividad minera sea de utilidad pública. Sí establece que son de interés público⁴⁰ la preservación del ambiente, la conservación de

36 Ley de Minería de 1991. Registro Oficial Suplemento 695 de 31 de mayo de 1991. Registro Oficial Suplemento 695, 31 de mayo de 1991. Disponible en: <http://www.tecnologiaslimpias.cl/ecuador/docs/LEYMINERIA.pdf>

37 Martínez, Esperanza, *Notas sobre Utilidad Pública*, s/f.

38 Art. 5 de la Ley de Minería de 1991.

39 Ley de Minería de 2009 (considerandos).

40 Así como lo establecía la Constitución anterior de 1998.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

los ecosistemas, la biodiversidad y el patrimonio genético y su integridad, la prevención del daño ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, en función del derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir/sumak Kawsay⁴¹. Es decir, este interés público constitucional implica una relación armónica entre seres humanos y elementos de la naturaleza, de la que depende la realización del buen vivir/sumak kawsay. Interés público que además complementa su sentido y alcance con la prescripción de los derechos de la naturaleza. De esta manera, el concepto de utilidad pública establecido en la Ley de Minería, bajo el modelo de desarrollo económico extractivo –y sus operaciones intrínsecamente perturbadoras–, entra en contradicción con la conservación integral de la naturaleza que la Constitución busca proteger.

Por otra parte, la Constitución contiene un capítulo dedicado a los sectores estratégicos, de los que expresa que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social, y son de decisión y control exclusivo del Estado, entre otros, los recursos naturales no renovables (entendiéndose como tales los minerales), así como la biodiversidad, el patrimonio genético y el agua (Art. 313)⁴².

Respecto de este capítulo, la administración pública, haciendo caso omiso al interés público constitucional relacionado con bienes y derechos de la naturaleza, realiza una interpretación sesgada y utilitaria del dominio y decisión del Estado respecto de los “recursos naturales” –alejada de la soberanía y voluntad del pueblo que representa⁴³. Asimismo, hace una interpretación de exploración rentista del término “sector estratégico”, desconectada de la preservación de los demás aspectos considerados estratégicos como el agua, la biodiversidad, el patrimonio genético. Mediante estas interpretaciones, la administración pública busca legitimar no solamente la explotación minera sino convertirla en imperativa, exclusiva e incuestionable, contrariando el concepto de Buen Vivir/Sumak Kawsay e incluso en contraposición al sentido que la Constitución establece respecto del mismo régimen de desarrollo: “conjunto organizado sostenible y dinámico de los siste-



41 Art. 14 de la Constitución vigente.

42 Constitución 2008, Capítulo quinto. Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas.

43 Art. 1 de la Constitución del Ecuador.

ECUADOR

mas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”⁴⁴.

De esta manera el sector minero designa, desde sí mismo, proyectos estratégicos; desarrolla la normativa e institucionalidad minera e incide en la flexibilización de la normativa ambiental, del agua, del patrimonio arqueológico y más leyes conexas. Aplica las servidumbres mineras como mecanismo de apropiación de territorios y naturaleza. Apela a la competencia exclusiva y reservada del Estado para disminuir las facultades y poder de decisión de gobiernos locales y de comunidades u obstaculizar y descalificar consultas populares constitucionales vinculantes relativas al agua y minería. Niega el derecho de acceso a la información, participación y consulta a la población. Criminaliza la defensa de derechos, mediante el disciplinamiento de la protesta social y el uso del sistema judicial en contra de defensoras y defensores.

Más aún, sin acatar a cabalidad el Mandato Minero, emitido durante la Asamblea Nacional Constituyente (2007-2009), el sector minero impulsó y catalogó como estratégicos a la mayoría de megaproyectos que, de acuerdo a ese mandato, fueron extinguidos por diversas causales, entre ellas, porque se encontraban en zonas de nacimientos de agua, en áreas naturales, o no se había consultado a las poblaciones indígenas⁴⁵. Al contrario, esos y nuevos proyectos etiquetados como estratégicos operan con resguardo policial y militar, para introducirse en territorios y comunidades en la actual época de pandemia, argumentando que de la minería depende la superación de la crisis económica que enfrenta el país.



34

Según estimaciones económicas con base en cifras oficiales, los ingresos que provendrían de la megaminería en las décadas subsiguientes serían de USD132.432 millones, de los que USD 27.486 millones corresponderían al Estado (en períodos de 11 a 50 años). Estos ingresos resultan inferiores a los USD 98.983 millones que el sector público no financiero percibió de la explotación petrolera entre 2007 y 2018⁴⁶.

A estos reducidos ingresos provenientes de la megaminería para el país, habría que restar “[...] miles de millones de desechos generados, miles de millones de metros cúbicos de agua

44 Art. 275, de la Constitución del Ecuador.

45 Mandato Minero No° 6. Montecristi, 18 de abril de 2008.

46 Alberto Acosta, John Cajas, Francisco Hurtado, William Sáacher., *El Festín Minero...*, op. cit., Editorial Abya Yala, 2020, p. 142.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

contaminadas para los próximos siglos, sin considerar todos los demás graves –y también costosos para el Estado– problemas sociales y psicosociales asociados a la megaminería⁴⁷.

Estas consideraciones develan la instrumentación y el uso pernicioso de los términos estratégico y utilidad pública hacia la imposición de una visión discursiva de progreso y crecimiento, que también esconde intereses particulares de transnacionales mineras y sus inversionistas, que se satisfacen a costa del despojo y la destrucción de lo que realmente es de interés general para la humanidad y la naturaleza, en su conjunto.

A pesar de la histórica toma de decisiones unilateral e inconsulta del poder político minero, que antepone el discurso de la supuesta utilidad pública minera y su potencial económico, comunidades y sectores de la sociedad civil han construido decisivos procesos colectivos en/por la defensa de la naturaleza y de los territorios, mediante la denuncia, la movilización, la incidencia política, las prácticas diversas de vida armónicas con la naturaleza. Procesos sociales éstos en los que con seguridad radican elementos hacia la necesaria re-significación de los conceptos de utilidad e interés público o sector estratégico.

1.4. Chile



- Aproximadamente 19 millones de habitantes
- Puesto 142 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor). Presenta un empeoramiento de sus condiciones, habiendo perdido 8 puestos en los últimos 5 años.
- Tiene activos 49 conflictos por minería conforme al OCMAL.
- Del total de exportaciones de minerales, 91% corresponde a cobre, 2 a oro y hierro, 1 a molibdeno y 0.6 de plata.
- Su constitución reconoce la utilidad pública como una forma de limitación de la propiedad con base en su función social (art. 19 num 24) y prevé la existencia de servicios de utilidad pública frente a los cuales no admite el derecho de huelga (art. 19 Num 16).
- Según el artículo 19° N° 24 constitucional las concesiones se otorgan por vía judicial bajo el carácter pleno y de Utilidad Pública; y de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras de 1982 establece que son a perpetuidad y en la práctica inexpropiables siendo las únicas concesiones que reúnen esta multiplicidad de blindajes jurídicos.
- En su constitución establece que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, lo que implica la “mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías” (art. 1).



35



47 *Ibidem.*, p.150.

1.4.1. Caso Proyecto minero de Vizcachita

Ubicado en el Valle de Putaendo, comuna del mismo nombre, Región de Valparaíso. Se trata de un proyecto de extracción minera de cobre y molibdeno cuya implementación está justificada en la concepción constitucional de utilidad pública de este tipo de extracciones y soportada en los discursos, que aun se prolongan, sobre el supuesto progreso y desarrollo que podría traer consigo la actividad minera⁴⁸.

Según el Censo de Población realizado en 2017 por el INE, la población del lugar suma 16.754 habitantes, de los cuales 8.396 son mujeres y 8.358 hombres. Se trata de una comuna de carácter eminentemente rural y con una persistente actividad agrícola y ganadera de pequeña escala. Su vocación agrícola-ganadera hace que los habitantes mantengan arraigo y fuerte vínculo con su territorio.

El conflicto socioambiental en la comuna de Putaendo comenzó en el año 2011, luego de que la comunidad comenzará a percatarse del deterioro ambiental, especialmente por la afectación y contaminación del agua en la precordillera del sector que estaba generando el proyecto minero de prospección Vizcachita de la empresa Andes Cooper, transnacional de capital canadiense.

Una característica de la comunidad opositora al proyecto minero Vizcachitas es que de manera temprana cuestionó el supuesto de utilidad pública de este proyecto, denunciando ausencia de efectiva participación e información así como la certeza de unos daños a bienes de interés común que serán gravemente afectados con la implementación del megaproyecto.

Con posterioridad a su inicio y a raíz de los evidentes impactos⁴⁹ las comunidades se percataron que la empresa estaba operando sin la debida autorización ambiental, ante lo cual iniciaron una serie de reclamos que produjeron una sanción a la empresa. Sin embargo, tras una Declaración de Impacto Ambiental para regularizar el proyecto de sondajes se

48 <http://putaendolibre.com/el-dialogo-para-el-desarrollo-comunal/> “Los Andes Copper con su proyecto minero Vizcachitas describen su propuesta como de “desarrollo comunal” y son categóricos al afirmar que Putaendo está en el estancamiento y que la mejor política pública para salir de eso es la minería”, <http://putaendolibre.com/el-dialogo-para-el-desarrollo-comunal/>

49 Obras de intervención ilegal del río y remoción del cauce; contaminación del agua del río según estudios realizados y se determinó que las faenas mineras y sus campamentos no contaban con la debida autorización por lo cual fueron desmanteladas.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

viabilizó el proyecto a través de una Resolución de Calificación Ambiental favorable. A pesar de que el Estado ha permitido regularizar las obras del proyecto aun sin el cumplimiento de los requisitos legales, entregando nuevos permisos ambientales, la acción de la comunidad ha paralizado por varios años la explotación ya que la empresa no ha logrado hasta ahora conseguir la totalidad de los permisos para retomar sus actividades. En la actualidad se encuentra sin operaciones de sondaje.

De acuerdo a datos oficiales del Ministerio de Medio Ambiente de Chile, en la última década hay menos agua disponible a lo largo del territorio, especialmente en las zonas norte y centro del país (Ministerio de Medio Ambiente, 2019). La Universidad de Chile (2019) señala que los principales indicadores que posibilitan cuantificar la disponibilidad hídrica, muestran una significativa tendencia a su disminución “tanto en términos de escorrentía, caudales de los principales ríos, capacidad utilizada en los embalses, precipitaciones, estado de glaciares, el recurso agua está sometido a una creciente presión”.

A pesar de ello, en Chile los derechos de agua son otorgados en propiedad privada sin costo alguno y a perpetuidad, estableciendo en el Código de Aguas (1982), que el agua es un bien económico y debe ser regulada por medio del mercado, y de allí que su gestión quede a merced de éste.

Organizaciones territoriales como el Movimiento por el Agua y los Territorios (MAT), manifiestan que Chile actualmente se encuentra dentro de los 18 países con mayor riesgo hídrico a nivel mundial:

“Mientras un 76% de la superficie del país está afectada por sequía, la agroindustria consume más del 77% de la demanda hídrica del país, seguido por la industria (9,1%) y minería (7%) dejando solo un 5,9% para saneamiento y consumo doméstico. Esta crisis hídrica ha provocado el empobrecimiento y desplazamiento forzado de comunidades indígenas, problemas sanitarios, muerte masiva de animales, entre otros problemas sociales; además de la destrucción de bosque nativo, humedales y glaciares, claves para el funcionamiento de los ecosistemas”⁵⁰.

⁵⁰ MAT, 2020.



1.4.2. Contexto y desarrollo de UPYCA

El sector minero energético chileno se destaca por tener un carácter extractivista transnacional. Chile es el principal productor de cobre en el mundo, con un 31% de participación en 2019 y el 69% de la gran minería del cobre pertenece a empresas transnacionales (Cochilco, 2019).

El supuesto de utilidad pública construido alrededor de la actividad minera permeó la opinión pública del país durante muchos años en que no se cuestionaron los impactos socioecológicos de la misma y por consiguiente los costos sociales, ambientales y culturales se tornaron aceptables aún sin que fueran registrados. Esto ha legitimado en la práctica que los territorios se conviertan en zonas de sacrificio. Entre tanto, a mediados de la década de los 90 inicia una respuesta crítica de los movimientos sociales que progresivamente cuestionan los fementidos beneficios de la actividad extractiva lo cual hasta ahora se mantiene en disputa.

Según el artículo 19 numeral 24 de la constitución chilena de 1980 “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante, la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.



38

[...] Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión”.

Así, en la Constitución se reconoce el carácter de interés público que tiene la actividad minera para el país el cual debe garantizarse a través de la ejecución de un privado por medio de la noción de concesión.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Por su parte la Ley Orgánica Constitucional Minera (LOCCM) de 1982 indica, en relación con las concesiones mineras, que “son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño”⁵¹, en tanto el artículo 155 del Código Minero permite que el “El titular de una concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión [...] Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”.

La crisis social y política vivenciada desde el 18 de octubre de 2019 en Chile (18-O), se orienta en su base a la situación de que el 1% más rico concentra el 26,5% de la riqueza total del país, indicado en el informe “Desiguales” (PNUD, 2017). Dentro de todas las consignas y reflexiones que comenzaron a surgir en este contexto de protesta social, surgió con mucha fuerza y sentir dentro de la ciudadanía la urgencia de un cambio de Constitución Política, con el objetivo de superar las bases que han justificado el neoliberalismo extremo que ha operado en el país en los últimos 30 años. Diversos sectores han protestado y cuestionado públicamente al sector minero y su masiva privatización consolidada a partir de la Constitución de 1980, y aún vigente.

Como resultado del movimiento social se decidió adelantar un proceso de convención constitucional, en el que 155 personas elegidas por votación directa redactarán una nueva carta magna⁵². Previamente se estableció paridad de género y escaños reservados para pueblos originarios en la elección.

A partir de las demandas y debates en curso, se prevé que la nueva Constitución cambiará la situación política institucional del país dando paso al debate y presencia de temas que hace años no figuraban en la discusión pública, como:

- la superación del carácter subsidiario del Estado que hoy consagra la privatización de los bienes comunes, vulnerando derechos comunes fundamentales, como el acceso al agua;

51 Artículo No. 2 Ley Orgánica Constitucional Minera.

52 Las elecciones se llevaron a cabo los días 15 y 16 de mayo del año 2021, y uno de los resultados más llamativos es que los candidatos y candidatas independientes logran casi un tercio de los escaños totales. La asamblea contará con 9 meses para redactar la nueva carta, y podrá por una única vez, extender el plazo por 3 meses más. Luego, nuevamente el país debe votar en un plebiscito (aprox. a mediados de 2022) si está de acuerdo con la nueva redacción de la Constitución.



COLOMBIA

- la configuración de un Estado plurinacional, otorgando espacio y reconocimiento constitucional a los pueblos originarios;
- la desprivatización del agua, y
- un nuevo abordaje del tema minero que desde las comunidades y distintos representantes de la asamblea constituyente debe tener una perspectiva postextractivista. Esto conlleva grandes desafíos, dado que la minería se posiciona como un “recurso estratégico” en el discurso económico.

1.5. Colombia



40



- Aproximadamente 50,3 millones de habitantes
- Puesto 65 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando mejoramiento de sus condiciones, habiendo ganado 4 puestos en los últimos 5 años.
- Presenta 19 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.
- País número 1 en producción de esmeraldas, 9 en carbón, 13 en níquel, 18 en oro y 42 en cobre en el mundo.
- En su Constitución reconoce la utilidad pública como una restricción a la propiedad y admite el supuesto de expropiar sin indemnizar cuando por motivos de utilidad pública o equidad social así lo defina el legislador, decisión que no puede controvertirse judicialmente (art. 58), igualmente el Estado se reserva “determinadas actividades estratégicas o servicios públicos” cuando por razones de soberanía o de interés social lo determine el órgano legislativo (art. 365). Así mismo, en el texto se define que la producción de alimentos goza de una especial protección (art. 65) y que la libertad económica puede ser limitada “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (art.333).
- Son fines del Estado “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados (...); facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (art. 2)

1.5.1. Caso Proyecto Carbones del Cerrejón

Localizado en el departamento de la Guajira, entre la Serranía del Perijá y la Sierra Nevada de Santa Marta, territorio caracterizado por ser una de las regiones con mayor diversidad étnica, con fuerte tradición cultural y una visión propia del desarrollo. En él habita el pueblo originario más numeroso de Colombia, los wayuu. Es una explotación de carbón a tajo abierto constituido en una de las minas de carbón más grandes del mundo, que combina la explotación en el sur del departamento, el transporte hasta el norte y el embarque para exportación.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas
Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú



Para la consolidación de esta megaextracción se expedieron numerosos actos administrativos, unificando proyectos mineros dentro de un mismo expediente de licenciamiento ambiental, omitiendo así los procesos de consulta y consentimiento con las comunidades afectadas. Tampoco se formularon los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) que son requisito indispensable en el otorgamiento de una autorización ambiental, de allí que tampoco se contara con información adecuada ni se determinarían los daños que conlleva esta explotación y sus impactos para las futuras generaciones.

En un terreno que ocupa cerca de 700 kilómetros cuadrados, explotan el suelo las 24 horas del día, siete días a la semana, 365 días al año. Los depósitos de carbón están ubicados en tajos mineros a lado y lado del río Ranchería, el más importante de esa región; la mina cuenta con una capacidad extractiva entre 30 a 32 millones de toneladas de carbón por año, exportadas casi en su totalidad.

Este complejo integra explotación, transporte y embarque que, para el año 2011 extraía 33.35 millones de toneladas anuales⁵³. El ferrocarril que transporta el carbón desde las minas hasta el puerto marítimo de embarque tiene una longitud de 150 kilómetros, y, Puerto Bolívar, punto de embarque del mineral hacia el exterior, tiene capacidad de recibir buques de hasta 180.000 toneladas (CINEP, 2015). En los casi 40 años de funcionamiento, esta mina ha exportado 500 millones de toneladas de carbón lo que representa un 40,5 % de las exportaciones colombianas.

⁵³ Del carbón exportado, un 58% es comprado por países europeos, un 9% por Norte América, 12% por Centro y Suramérica y, desde 2010, el 21% de las exportaciones se dirigen hacia Asia.



COLOMBIA

Aunque el Estado hizo parte de un consorcio con el que se autorizó la explotación y se obtuvieron los permisos de desalojo a las comunidades indígenas y campesinas, desde el 2001 ya no hace parte de la estructura de las compañías propietarias del megaproyecto. Actualmente la propietaria del proyecto es la empresa Cerrejón⁵⁴.

La resolución 00204 de 2018 de la Agencia Nacional Minera declara como Proyectos de Interés Nacional los títulos mineros de Carbones del Cerrejón.

La sustitución de espacios que antes hacían parte de la cosmogonía, usos y costumbres de las comunidades fueron objeto de contaminación, en especial las fuentes hídricas y la atmósfera, lo que afecta, producto del polvillo que desprende la explotación minera, las especies animales y vegetales. El territorio también fue afectado por la militarización que padecen las zonas aledañas a la mina, así como por la presencia de actores externos de la empresa en las actividades propias de la región, producto del posicionamiento del Cerrejón como uno de los actores más importantes e influyentes en la política y la economía de La Guajira.

Esta actividad minera ha transformado la relación de las comunidades con la tierra y con el ambiente, cuya autonomía ha mutado a una fuerte dependencia de las decisiones y ofertas empresariales como resultado del debilitamiento de la economía de producción autosuficiente. El ferrocarril ha fracturado físicamente el territorio y el conjunto de la actividad extractiva, impedido las interconexiones bioculturales y el acceso a la tierra, al agua, a las semillas, propiciando la contaminación de fuentes hídricas, del aire y del suelo. En resumen, múltiples violaciones a los derechos humanos de las personas y colectividades, así como daños profundos en el territorio bajo el argumento de “utilidad pública”.

Según se conoce, al momento de publicar este informe, desde finales de mayo del 2021 empresas dueñas del proyecto Cerrejón presentaron demandas de arbitraje internacional⁵⁵ por considerar que el Estado colombiano habría infringido “el acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones suscrito con Suiza” especialmente por las respuestas de amparo judicial que recibieron comunidades indígenas wayuu por parte de la Corte Constitucional⁵⁶ frente a la expansión minera que afectaría el cauce de un

54 Consorcio compuesto en partes iguales por las empresas BHP Billington de Australia, Glencore de Suiza y Anglo American del Reino Unido.

55 <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-estado-enfrenta-nueva-demanda-de-la-empresa-suiza-glencore-por-disputa-de-inversion-3179462>.

56 Sentencia SU 698 DE 2016 de la Corte Constitucional de Colombia.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

importante cuerpo de agua de la región conocido como el arroyo Bruno. El alto tribunal ordenó en 2016 superar diez incertidumbres relacionadas con la salud, el agua, el ambiente y las relaciones bioculturales que existen alrededor del arroyo, antes de proceder a la explotación de su cauce⁵⁷.

1.5.2. Contexto y desarrollo de UPYCA

La Constitución establece en su artículo 58 que cuando la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto con los derechos de los particulares, con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. El Código de minas, ley 685 de 2001 en el Artículo 13 declara de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto, podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

Este Código regulariza un país que promociona la minería, flexibiliza las normas con el fin de facilitar la inversión privada y establece la prelación de quien primero solicite el título minero (primero en el tiempo, primero en el derecho).

En el año 2014 y luego de numerosas demandas al artículo 37 del Código de Minas, la Corte Constitucional en sentencia C-123 de ese año hace un análisis de la autonomía territorial en Colombia y establece que, en cumplimiento del principio de coordinación y concurrencia, la Nación no puede seguir otorgando títulos mineros sin que haya acuerdo con los municipios, teniendo en cuenta que la actividad minera puede afectarlos. No obstante, se reconoce la tensión constitucional existente frente a la forma en que está organizado el Estado en Colombia –república unitaria–, y la interpretación que hacen de la Nación como el Gobierno Nacional.

Si bien es el Estado central quien tiene a su cargo la política macroeconómica, y a partir de la decisión de impulsar la locomotora minero-energética, es el encargado, a través de las autoridades nacionales, de otorgar y suscribir los contratos de concesión minera y petrolera y pese a sus afectaciones en los usos del suelo de los municipios, al ambiente

⁵⁷ Victoria McKenzie, Revista Law360. Victoria McKenzie., 7 de junio de 2021, 7 de junio de 2021 https://www.law360.com/subscribe/free_trial?target_url=https%3A%2F%2Fwww.law360.com%2Farticles%2F1391102%2Fprint%3Fsection%3Denergy



COLOMBIA

y a las comunidades locales, el amparo de la utilidad pública e interés social impera sobre todas las demás consideraciones frente a la participación ciudadana, la consulta previa con pueblos étnicos, el ordenamiento territorial; es en este sentido que la Corte Constitucional se pronuncia para que en adelante estas decisiones se tomen en acuerdo con los municipios que puedan resultar afectados

Enmarcados en estos postulados argumentan que a través de la explotación de los llamados recursos naturales no renovables el país podía generar los recursos necesarios para el crecimiento económico y el desarrollo, generar empleo y mejores ingresos, que son objetivos y fines legítimos del Estado y de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, detrás de esta argumentación y a través de un proceso de captura corporativa del Estado, quedan ocultos los intereses particulares de las empresas del sector minero-energético como intereses generales, para apropiarse de las rentas generadas por la extracción de estos recursos.

Bajo el argumento que la minería es un “motor para el desarrollo” y el crecimiento económico, proceden trámites exprés que permiten iniciar la ejecución de obras sin los procesos ambientales, sociales y prediales que requerirían para evaluar con rigurosidad la conveniencia de dichos megaproyectos, creando e impulsando reformas a las consultas previas a pueblos étnicos, así como las reglas para el licenciamiento ambiental.

Es importante resaltar que la minería en Colombia hace parte de un modelo extractivista de recursos no renovables que lleva a reprimarizar la economía, sin considerar la inconveniencia de llegar a tal decisión en la zona más biodiversa del mundo y en un país megahídrico.

En consecuencia con esto, su política minera queda establecida en función de una decisión de desarrollo minero sustentada en la participación de la industria privada y en una legislación adecuada para tal fin. Sin embargo, los beneficios de la minería para el país son sobreestimados, mientras que los impactos sociales y ambientales se ignoran. El sector minero en Colombia aporta una porción muy pequeña a su PIB (un 2.1% en 2016), los ingresos tributarios del sector minero representaron solo el 0,4% del total de ingresos estatales en 2015, el aumento en el número de exportaciones de minerales y metales ha afectado negativamente a otros sectores importantes y regenerativos, como el de la agricultura.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Desde otro ángulo de esta realidad, enunciar que el Estado colombiano no cumple con los compromisos internacionales que relacionan los derechos humanos y la protección ambiental, las minorías étnicas y la atención adecuada al cambio climático, lo que amenaza las áreas protegidas que representan el 13% del territorio nacional, al tiempo que se desconoce que 25% del territorio nacional está bajo títulos de propiedad colectiva perteneciente a comunidades indígenas y afrocolombianas.

Son casos emblemáticos la afectación ambiental y al pueblo wayuu en el Departamento de la Guajira producto del megaproyecto carbonero adelantado por la multinacional Drummond, que consume los escasos recursos hídricos y plantea el desvío del único río de la región, el Ranchería (CINEP 2015 y CAJAR 2019). Otro es el que impacta a la comunidad Emberá-katíos del Chocó, tras la decisión de la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Antioquia, que ratificó la decisión del juez Especializado de Tierras de Quibdó de proteger a la comunidad con medidas cautelares y ordenar la suspensión de los títulos mineros otorgados por la Agencia Nacional de Minería en 2012 que concesionaba 13 mil hectáreas del resguardo a cinco empresas mineras⁵⁸. En el fallo del Tribunal se reconoce que la minería es causa subyacente del conflicto en Colombia y se suma a los datos del Centro Nacional de Memoria Histórica que reporta 62.000 personas desplazadas por la minería de territorios tradicionales que hoy están siendo explotados para la extracción de minerales en el país.

Como resultado, el sector minero ha estado impregnado de escándalos de corrupción, violencia contra las personas defensoras de derechos humanos y destrucción de ecosistemas y tierras agrícolas, y es justamente la declaración de utilidad pública de la minería en todas sus ramas y fases uno de los elementos que generan el desplazamiento de comunidades, despojo de tierras, hostigamiento de la población por actores armados en las zonas de interés para la actividad extractiva, quienes finalmente se hacen de esas tierras para el desarrollo de proyectos minero-energéticos.

La ley 1450 de 2011 o Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, crea la figura de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos –PINES–, y a su par el Documento Conpes 3762 de 2013 desarrolla lineamientos de política para la implementación de estos proyectos. Estos lineamientos normativos promueven los trámites exprés para actividades declara-

⁵⁸ *Verdad Abierta*, 2014.



HONDURAS

das como de utilidad pública y así agilizar su ejecución sin cumplir con los trámites ambientales, sociales y prediales que normalmente requerirían para evaluar su conveniencia.

En este contexto, todas las normas que argumentan la utilidad pública del sector extractivista deben reevaluarse de tal forma que se maticen y que esta declaratoria no esté por encima de derechos fundamentales ni promueva el desplazamiento y despojo de comunidades, pérdida del territorio, de la biodiversidad, afectación a la producción de alimentos, que es la única actividad que tiene la categoría de especial protección constitucional, concretamente en el artículo 65 de la Constitución Política.

1.6. Honduras⁵⁹



46



- Aproximadamente 9 millones de habitantes
- Puesto 64 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando empeoramiento de sus condiciones, habiendo perdido 12 puestos en los últimos 5 años.
- Presenta 6 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.
- Tanto el oro como la plata son los materiales más vendidos al mercado internacional. Entre las naciones a donde más se exportan los metales nacionales destaca Estados Unidos, que en 2016 compró unos US\$157 millones en metales hondureños
- En su constitución se reconoce que la propiedad puede limitarse por motivos de necesidad o de interés público (art. 103) y se declara de utilidad pública “la explotación técnica y racional de los recursos naturales de la Nación” (art. 340), pro también se reconoce de utilidad pública “la ampliacion del regimen de Seguridad Social a los trabajadores de la ciudad y del campo” (art. 144), la ejecución de la reforma agraria (art. 344) y el Congreso puede reconocer subsidios y subvenciones con fines de utilidad pública (art. 205)
- En su preámbulo establece que el Estado de derecho se orienta a “plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el bien común” y en su primer artículo, se caracteriza al Estado como aquel que asegura “el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social”.

59 De acuerdo al Instituto Hondureño de Geología y Minas, para 2017 : La exportación de metales preciosos, especialmente impulsada por el oro y plata, ha dejado a Honduras divisas por unos US\$ 37 millones. . (Entrevista a la Directora de Inhgeomín para la revista Mercados y tendencias, disponible en: <https://revistamyt.com/oro-y-plata-los-metales-mas-exportados-por-honduras/> Por su parte el sitio Central America Data señala: “ Entre enero y noviembre de 2019 las exportaciones del sector minero sumaron \$153 millones, 16% menos que lo reportado en igual período de 2018. Las exportaciones de la actividad minera registraron un valor de \$152,8 millones, \$27,6 millones por debajo de lo observado a noviembre de 2018, consecuencia de la reducción de \$17,4 millones en los envíos de zinc, relacionada con la caída en el precio y volumen exportado, asimismo, las ventas de oro presentaron una disminución de \$6,7 millones, resultado de los problemas operativos en algunas de las empresas extractoras, informó el Banco Central de Honduras. Disponible en: https://www.centralamericadata.com/es/search?q1=content_es_le%3A%22recursos+minerales%22&q2=matter-inCountry_es_le%3A%22Honduras%22

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

1.6.1. Caso Guapinol

El telón de fondo que caracteriza el conflicto en Guapinol está representado por una serie de ilegalidades en el proceso de concesión minera y los diversos impactos ambientales y abusos a los derechos humanos de los miembros de la comunidad.

Con respecto a la legalidad del proyecto minero, el 11 de enero de 2011, mediante Acuerdo N° 002-2011, el Instituto Nacional de Conservación y Desarrollo Forestal, Áreas Protegidas y Vida Silvestre acordó oficializar la decisión del Estado de Honduras de “declarar como Área Protegida, bajo la categoría de Parque Nacional a la “Montaña de Botaderos” [...] con el fin de garantizar la conservación de los mismos y contribuir con ello al desarrollo sostenible de las comunidades”.

El 23 de abril de 2013, la empresa Inversiones Los Pinares –anteriormente EMCO Mining Company– solicitó una concesión minera en la zona núcleo de esa área protegida del Parque Nacional. El 12 de diciembre de 2013, el Congreso Nacional aprobó, mediante Decreto Legislativo N° 252-2013, la reducción de la zona núcleo de dicha área sin cumplir con los requisitos legales y con la finalidad expresa de permitir la concesión minera a la citada empresa.

Es importante destacar que el argumento utilizado para reducir la zona núcleo de esta área protegida es que era necesario “ampliar la zona de amortiguamiento”; es decir, se utilizó una razón de interés público para beneficiar a un interés privado, ya que tal reducción concuerda con exactitud con la zona de concesión minera otorgada el 27 de enero de 2014, solamente condicionada a la adquisición de la licencia ambiental.

A pesar de que el 09 de abril y el 21 de mayo del mismo año, el Instituto de Conservación Forestal y los técnicos de la Secretaría de Energía, Recursos Naturales, Ambiente y Minas, respectivamente, recomendaron declarar la no factibilidad del proyecto minero, el 29 de diciembre esta última otorgó la licencia ambiental N° 014-2014 con vigencia de 5 años a favor de la empresa minera.

En relación con el impacto ambiental y sobre los derechos humanos de la comunidad de Guapinol, la empresa abrió una nueva carretera que conduce a la zona núcleo del Parque



HONDURAS

Nacional “Carlos Escaleras”, el principal productor de agua y oxígeno para distintas comunidades del municipio de Tocoa.

La utilización de maquinaria pesada y dinamita provocó la contaminación de los ríos San Pedro y Guapinol, por lo que las comunidades, organizadas en el Comité Municipal en Defensa de los Bienes Comunes y Públicos, realizaron una serie de denuncias y acciones con el objetivo de que el Estado revise y cancele la concesión al encontrarse en el núcleo del Parque Nacional a la empresa extractiva minera Los Pinares.

Además de presentar los respectivos recursos administrativos ante el Instituto de Conservación Forestal y la Secretaría de Energía, Recursos Naturales, Ambiente y Minas, y las denuncias ante el Ministerio Público por la ilegalidad en el proceso de concesión, en el año 2016 trece comunidades realizaron una declaración de municipio libre de minería.

Sin embargo, este ejercicio directo de participación ciudadana no ha sido tenido en cuenta por las autoridades, a pesar que el artículo 102 de la Ley General del Ambiente establece que es de interés público la opinión y participación ciudadana en las acciones de defensa y preservación del medio ambiente y del uso racional de los bienes naturales, así como el derecho de las comunidades a ser consultadas para la elaboración de los planes y medidas que se adopten en esta materia.



48

Ante la falta de respuesta efectiva de la institucionalidad pública, el Comité Municipal instaló el campamento Guapinol el 01 de agosto de 2018, el cual fue violentamente reprimido y desalojado por aproximadamente 1.500 elementos militares y policías, acción a la cual se sumó una campaña de desprestigio, amenazas, agresiones a su integridad física, criminalización e incluso, la muerte.

En menos de tres años han sido asesinadas 7 personas y otras 32 fueron acusadas de cometer los delitos de asociación ilícita para delinquir, usurpación, daños a la propiedad pública y privación injusta de la libertad con importantes restricciones a sus derechos de defensa y debido proceso.

Este caso refleja cómo, en nombre del interés público, se concesiona a una empresa un área protegida valiéndose para ello de mecanismos que vulneran la propia legalidad

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

ambiental y a espaldas de la comunidad. Y cuando esta comprende que no ha sido debidamente consultada e informada sobre un proyecto minero con su consecuente impacto para la salud, el medio ambiente y otros derechos de sus miembros, la institucionalidad del Estado se convierte en un instrumento de despojo a favor del interés privado y en una herramienta de intimidación y criminalización de los actos de resistencia comunitaria.

Por tanto, cuando el Estado no garantiza la participación efectiva de las comunidades en los procesos de aprobación y ejecución de proyectos de desarrollo sobre sus tierras, ríos y bosques, estas lo sienten y los viven como una práctica de despojo y un ataque a su identidad y modo de subsistencia, frente a lo cual no es de extrañar que se opongan a su concreción a pesar de las amenazas, los hostigamientos, la criminalización y los riesgos para su vida e integridad.

1.6.2. Contexto y desarrollo de la UPYCA

La Constitución de Honduras utiliza en distintos apartados los términos interés público, interés social, interés general o conveniencia pública. Así, en el artículo 340 constitucional declara de utilidad y necesidad publica la explotación técnica y racional de los recursos naturales de la Nación. El Estado regulará su aprovechamiento, de acuerdo con el interés social, y fijará las condiciones de su otorgamiento a particulares. La reforestación del país y la conservación de los bosques se declara de conveniencia nacional e interés colectivo y fijará las condiciones de su otorgamiento a los particulares.

De manera complementaria, el artículo 341 señala que la ley podrá establecer restricciones, modalidades o prohibiciones para “la adquisición, transferencia, uso de la propiedad estatal y municipal, por razones de orden público, interés social y de conveniencia nacional”.

Teniendo en cuenta que los artículos 1 y 59 constitucionales establecen que el Estado se constituye para “asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social”, y que la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado, los términos anteriores deben entenderse a la luz de la dignidad de la población, principio y fin de las normas y prácticas estatales⁶⁰.

⁶⁰ Sala de lo Constitucional. SCO-AA acumulado 157, 160, 164 y 169-08, sentencia de 11 de agosto de 2008, considerando 48.



HONDURAS

Así las cosas, en el contexto constitucional hondureño el Estado es un instrumento o una herramienta que sirve y existe en función del desarrollo de la dignidad humana; en consecuencia, este “sólo debe existir, en última instancia, para proteger los derechos fundamentales, pues éstos son fundamento del orden político y de la paz social, sin respeto de los derechos fundamentales no puede haber democracia constitucional ni tampoco, siquiera concordia civil”⁶¹.

Sin embargo, a partir de la introducción de las políticas neoliberales en la década de los 80, profundizadas en el 2009 con un golpe de Estado, se propende por la reducción del Estado, vía privatización de empresas y servicios públicos⁶². Así mismo, se produce de manera extensiva la declaración de interés público a la explotación de los recursos naturales por parte de sectores privados, sean estos nacionales o internacionales. En concreto, se aceleró y profundizó un doble proceso: por un lado, de acumulación y concentración de poder político y económico, y, por otro, de despojo de derechos, libertades y bienes comunes en proporciones percibidas como intolerables por la ciudadanía.

Si bien los citados artículos 340 y 341 de la Constitución Nacional son la base para crear normas como la Ley General del Ambiente, la Ley General de Minería, la Ley para la Generación de Energía con Recursos Renovables y otras normas sobre explotación forestal, diversidad biológica, hidrocarburos, recursos marítimos, etc., su espíritu ha sido desnaturalizado con el fin de justificar la política de concesionamiento a terceros para la explotación de los bienes naturales del país sin establecer procedimientos destinados a consultar a las comunidades con el fin de determinar si sus intereses y derechos pueden resultar perjudicados con la ejecución de dichos proyectos en sus territorios.

En este sentido, el interés público se utiliza como una narrativa que justifica la entrega de los bienes públicos a través de concesiones y privatizaciones a favor de intereses privados, y la reducción del papel del Estado a emitir licencias ambientales y permisos de operación, dejando incluso en manos de las empresas beneficiadas la realización de los estudios de impacto ambiental, pese a que la legitimidad de los mismos descansa en que el Estado sea el actor responsable de su realización, ya sea directamente o bajo su estricta supervisión.

61 Sala de lo Constitucional. SCO-RI-1343-2014 acumulada con el SCO-RI-0243-2015, sentencia de 22 de abril de 2015, considerando 9.

62 Uno de los instrumentos que reflejan dicha profundización son los documentos Visión País 2010-2038 y Plan de Nación 2010-2022 que establecen como línea estratégica el “desarrollo regional, recursos naturales y ambiente”. En ellos se contempla el potencial hídrico del país basado en el modelo extractivista.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Es importante señalar que en Honduras existe un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SINEIA) creado por la Ley General del Ambiente. En su artículo 1 establece que es de utilidad pública e interés social la protección, conservación y manejo sostenible de los bienes naturales, más que su explotación y aprovechamiento. Así, la protección, conservación, restauración y manejo sostenible del ambiente y de los recursos naturales son de utilidad pública y de interés social. El Gobierno Central y las municipalidades propiciarán la utilización racional y el manejo sostenible de esos recursos, a fin de permitir su preservación y aprovechamiento económico. El interés público y el bien común constituyen los fundamentos de toda acción en defensa del ambiente; por tanto, es deber del Estado a través de sus instancias técnico-administrativas y judiciales, cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas relativas al ambiente.

Sin embargo, los Estudios de Impacto Ambiental en materia minera se limitan a un recuento de la biodiversidad y bienes naturales existentes, de los asentamientos humanos dentro o en el perímetro del predio solicitado y de la condición de la tenencia de la tierra solicitada, pero no prevén los impactos de las operaciones mineras en el ambiente circundante, la vida y la salud de las personas.

Así las cosas, por norma general estos estudios se aprueban estableciendo un contrato de medidas de mitigación que, al desconocer los verdaderos impactos ambientales, solo contiene medidas de compensación social a las comunidades como la construcción de vías públicas, que también son necesarias para la empresa, y la prestación de servicios públicos como educación y salud, que constitucionalmente le corresponde al Estado brindar más allá de la existencia o no de este tipo de proyectos.

Del mismo modo, el Estado abdica a su responsabilidad de consultar a las comunidades sobre la pertinencia de un proyecto en su territorio y permite que la empresa lo socialice, a pesar de que “la mera socialización con la comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”⁶³.

63 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 173.



HONDURAS

Esto refleja la poca participación de las comunidades tanto en la aprobación de los proyectos como en la evaluación de sus impactos ambientales, sociales, económicos y culturales, con lo cual se omiten aspectos fundamentales de la participación ciudadana como garantía procedimental de protección de otros derechos humanos. Tal omisión expone a las comunidades al abuso de poder estatal y empresarial en la imposición de proyectos sobre sus territorios.

En este sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló que

“[...] el Gobierno de la República debe sustentarse en los principios de la soberanía popular, la autodenominación de los pueblos y la democracia participativa, esta última, pilar fundamental para el sustento de un Estado de derecho, la que se refuerza y se profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. La participación ciudadana es un elemento necesario y pleno para el efectivo ejercicio de la democracia a efecto de promover y fomentar diversas formas de participación y de esta forma lograr el fortalecimiento de la democracia, que es máximo anhelo de todo Estado de Derecho, en busca de satisfacer al goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social como lo declara nuestra Carta Magna⁶⁴.



52

Así, las autoridades hondureñas han recibido el reclamo de diversos sectores en relación a la urgencia de mejorar la manera de tratar las cuestiones ambientales a través de la garantía de una participación efectiva de todas las personas interesadas en los procesos de toma de decisiones en el nivel que corresponda. Así mismo, sobre la obligación de crear mecanismos para consultar y facilitar la participación en dichos procesos antes de la decisión sobre la implementación de proyectos extractivos, de las organizaciones, grupos y particulares interesados o potencialmente afectados directamente con los proyectos extractivos que puedan generar prejuicios en la salud y en el medio ambiente⁶⁵. La participación ciudadana como herramienta democrática, y la garantía de derechos a su vez constituyen una vía eficaz para prevenir y reducir al mínimo los conflictos sociales vinculados a la aprobación y ejecución de proyectos mineros, de bosque, de hidrocarburos o hidroeléctricos en Honduras

⁶⁴ Sala de lo Constitucional. SCO-RI-1165- 2014, sentencia de 23 de junio de 2017, considerando 20.

⁶⁵ *Id.*

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

1.7. México



- Aproximadamente 137 millones de habitantes
- Puesto 98 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando un ligero retroceso de sus condiciones, habiendo perdido 1 puesto en los últimos 5 años.
- Presenta más de 500 conflictos sociambientales relacionados con las industrias minera y energética.
- Ocupa el décimo segundo lugar en producción minera y se ubica entre los diez principales productores de 15 minerales a nivel mundial, destacando como el primer productor de plata, quinto en molibdeno, sexto en plomo y zinc, octavo en oro y cobre.
- Ocupa la posición 16 en el mundo y segundo en América Latina en potencial de energía eólica, con una capacidad actual instalada de 7,154 megawatts y potencial de 50,000 megawatts. Empresas del sector reportan inversiones acumuladas por 11,400 millones de dólares y más de 16,000 empleos.
- Además de utilizar el concepto de utilidad pública como causa de expropiaciones de propiedad privada y agraria o social, su marco constitucional y normativo prevé otras figuras como la ocupación o afectación superficial, las servidumbres administrativas y el aprovechamiento preferente de las tierras, incluyendo agrarias e indígenas, para el desarrollo de grandes proyectos de energía eléctrica.
- Aunque no enuncia expresamente fines del Estado, su Constitución refiere que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales

1.7.1. Caso Central eólica Gunaa Sicarú

El proyecto Gunaa Sicarú consiste en un parque eólico con capacidad de generación de 300 MW, el cual incluye 115 aerogeneradores, una subestación eléctrica, vialidades internas y una línea de transmisión. Implicará una inversión de 353 millones de dólares⁶⁶ y tendría un vida útil de 25 años a partir de la finalización de su última etapa de construcción⁶⁷.

La central eólica Gunaa Sicarú es un proyecto de la empresa francesa Électricité de France (EDF), que está siendo desarrollado por conducto de sus filiales en México, EDF Renewables Mexico y Eólica de Oaxaca.

El parque eólico, de dimensiones industriales (abarcaría 4.700 hectáreas de superficie), pretende desarrollarse mayoritariamente en tierras de la comunidad indígena de Unión Hidalgo, ubicada en la región del Istmo de Tehuantepec, en el sureño Estado de Oaxaca. La poligonal del proyecto energético equivale a una tercera parte del total de la superficie

66 Eólica de Oaxaca, S.A.P.I. de C.V., (2017), Manifestación de Impacto Ambiental Modalidad Regional. Proyecto Central Eólica Gunaa Sicarú, pp. 14 y 41

67 *Ibíd.*, pp. 6 y 59.



MÉXICO

de la comunidad. La electricidad generada por Gunaa Sicarú, en ningún porcentaje de su producción será destinada para consumo de Unión Hidalgo.

Unión Hidalgo es una pequeña comunidad integrada por alrededor de 16.000 habitantes, mayoritariamente zapotecas, uno de los pueblos indígenas más grandes del país. A pesar de ser considerado como un municipio con un grado bajo de rezago social, la comunidad se enfrenta a altos niveles de pobreza y a la falta de servicios básicos⁶⁸. Sin embargo, en virtud de su ubicación geográfica y la velocidad y calidad del viento, la comunidad y la región han atraído la atención de grandes empresas transnacionales que han instalado parques de generación de energía eólica. Dicha atracción se acrecentó aún más a partir de las reformas constitucionales y legales de 2013 y 2014 en México, que abrieron el sector eléctrico a la generación de energía por parte de empresas privadas. Una de dichas empresas es EDF.

A pesar de encontrarse en etapa de desarrollo, el proyecto ya ha generado violaciones a los derechos humanos. Desde 2011, la empresa había adquirido su capacidad de interconexión al sistema eléctrico nacional por 300 MW⁶⁹. Posteriormente, en 2016 EDF ganó 342 MW en la segunda subasta eléctrica a largo plazo de México, para los contratos de suministro de energía y certificados de energía limpia con la Comisión Federal de Electricidad (CFE), compañía estatal de generación eléctrica⁷⁰. Así, diversas decisiones y acuerdos sustanciales sobre el proyecto fueron alcanzados de manera paralela o subsecuente: el contrato de suministro de energía, el permiso de generación de energía y un acuerdo de exención fiscal fueron obtenidos en 2017. Incluso antes, la empresa había negociado y firmado contratos de arrendamiento de las tierras para el proyecto. Sin embargo, dichas acciones fueron realizadas sin que previamente se hubiere consultado a la comunidad sobre su instalación y operación.

En ese sentido, la comunidad no tuvo acceso a información sobre el proyecto de la central eólica, ni tampoco fue involucrada en los procesos de diseño ni toma de decisiones relacionadas con el mismo, y tampoco participó en la elaboración de los estudios de impacto correspondientes. Todo esto configura violaciones a una amplia gama de derechos

68 Secretaría de Bienestar, 'Informe anual sobre la situación de pobreza y rezago social 2021. Oaxaca. Unión Hidalgo' (2021), México, Secretaría de Bienestar.

69 Comisión Reguladora de Energía, (2012), Memoria Descriptiva. Temporadas abiertas de reserva de capacidad de transmisión y transformación, México, pp. 16 y ss.

70 *Ibíd.*, nota 93, p. 16 y EDF Renewables, 2016, 'EDF EN México gana 342 megavatios en la segunda subasta de México', Comunicado de prensa.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

reconocidos a favor los pueblos indígenas, particularmente el derecho al consentimiento libre, previo e informado y los derechos de acceso en materia ambiental.

Aunado a ello, la empresa promovente habría desconocido el carácter agrario de las tierras donde pretende operar la central eólica, pues ha firmado con “propietarios” individuales contratos privados sobre tierras reconocidas y tituladas legalmente como comunales, sujetas a las previsiones de la Ley Agraria Mexicana, y no al derecho civil común.

De esta manera, los procesos de comunicación privilegiada y negociación con actores individuales; la consecuente creación de incentivos económicos en grupos minoritarios de la población, alimentados con actos de proselitismo a favor del proyecto y la creación de liderazgos paralelos, han generado una situación de polarización y división interna en la comunidad que ha derivado en violencia y un riesgo sumamente elevado para las personas defensoras de los derechos humanos en la comunidad. Por esta situación, organismos locales de protección de tales derechos⁷¹ y observadores internacionales han emitido llamados de alerta frente a las amenazas, intimidaciones, agresiones y riesgos de violaciones graves de los derechos humanos generados con motivo del proceso de defensa iniciado en Unión Hidalgo. Inclusive, uno de dichos llamados estuvo dirigido a la empresa EDF⁷².

Por otro lado, la forma en la que este y otros proyectos se implementan en la comunidad de Unión Hidalgo y en la región, impacta de manera especial a las niñas y mujeres zapotecas, reforzando su situación de exclusión: las mujeres y niñas de la comunidad han experimentado la pérdida de acceso a tierra y territorio, en tanto no tienen asegurados derechos de tenencia de la tierra; pobreza energética en virtud de ser las principales usuarias de energía en las labores domésticas y de cuidado que desarrollan sin obtener ningún beneficio de las centrales eólicas que operan en la región; limitada participación en los procesos de toma de decisiones por falta de una perspectiva de género sensible a las necesidades de las mujeres; así como falta de empleo y oportunidades por la generización y precarización de los puestos de trabajo ofertados por los proyectos eólicos⁷³.

71 Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, 2018, Alerta Temprana, Caso Unión Hidalgo, Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.

72 Véase Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, (2019), Amenazas, señalamientos y estigmatización en contra de miembros de la comunidad indígena de Unión Hidalgo (Oaxaca) Llamado Urgente. MEX 007 / 0619 / OBS 051, Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos.

73 The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, (2020), Renewable Energy and Gender Justice. Bierfin Paper, The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, pp. 15 y ss.



MÉXICO

En suma, no obstante tratarse de un proyecto considerado como de utilidad pública según las leyes mexicanas, la central eólica se ha planeado y desarrollado violando los derechos a la información, la participación, la consulta, el consentimiento libre, previo e informado, la definición de las propias prioridades de desarrollo y la libre determinación de las comunidades indígenas potencialmente afectadas, particularmente la de Unión Hidalgo.

Los abusos cometidos en su intento de instalación, así como la experiencia negativa de proyectos ya operando en Unión Hidalgo y en la región del Istmo de Tehuantepec, han llevado a que comuneros y personas defensoras comunitarias organizadas cuestionen – tanto a nivel judicial como públicamente– su viabilidad, así como la utilidad y beneficio para su comunidad, mientras son estigmatizadas, criminalizadas y violentadas por grupos y liderazgos creados al interior de la comunidad.

La defensa legal en la comunidad de Unión Hidalgo, acompañada por ProDESC llevó a que en octubre de 2018 un juzgado federal en México resolviera recursos judiciales interpuestos en abril de ese año a favor de las personas defensoras, ordenando a las autoridades mexicanas a desarrollar un proceso de consulta que cumpla cabalmente con los estándares nacionales e internacionales a favor de la comunidad indígena. Estas decisiones constituyen un precedente importante y extraordinario en México, pues atajaron violaciones cometidas en contra de la comunidad de Unión Hidalgo, antes de que el proyecto en cuestión sea desarrollado, situación sumamente excepcional en el país. Esto ha permitido que el proceso de consulta sobre la central eólica Gunaa Sicarú sea implementado bajo supervisión judicial. No obstante, la actuación de las autoridades mexicanas y de EDF han fallado en cumplir los estándares internacionales en materia de consentimiento libre, previo e informado, lo que supone nuevos retos para el efectivo ejercicio de los derechos de la comunidad, a pesar de su reconocimiento judicial.

A la par, las y los defensores comunitarios iniciaron –en octubre de 2020– acciones legales en París, Francia, en contra de EDF por violación a su deber de debida diligencia en la identificación, prevención y mitigación de riesgos de violaciones a derechos humanos con motivo del proyecto Gunaa Sicarú, como está establecido en la Ley del Deber de Vigilancia, en vigor en Francia desde 2017. La demanda civil presentada en la Corte de París, constituye el primer caso de uso de dicha Ley por parte de una comunidad indíge-



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

na en las Américas. El caso, actualmente ante un juez preliminar, está en espera de una primer audiencia⁷⁴.

1.7.2. Contexto y desarrollo UPYCA

En México, aunque inicialmente el concepto de Utilidad Pública no estaba incluido en la Constitución de 1917 (en vigor), una reforma constitucional de 1936 la elevó a rango constitucional, aparejada con la creación de la Ley de Expropiación, reforzando con ello la idea de beneficio general o colectivo ligado a tal concepto. Así, aunque mencionada la utilidad pública, no se encuentra definida⁷⁵ y es el desarrollo en normas de rango inferior, entre las que destacan la ley de minería, la de hidrocarburos y la de la industria eléctrica, las que determinan la interpretación de la figura.

Recibe la calificación de pública, al decir de Rafael de Pina, “la utilidad que, directa o indirectamente, aprovecha a la generalidad de las personas que integran la colectividad nacional, sin que ninguna pueda ser privada de ella, en cuanto representa un bien común de naturaleza material o moral”⁷⁶. El concepto de utilidad pública es amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, genéricamente, comprende tres causas:

- a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos;

74 Véase <https://prodesc.org.mx/union-hidalgo/>

75 El artículo 27 establece la propiedad de la nación de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, que tiene el derecho “de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad” (...).

76 De Pina Vara Rafael (2000), *Diccionario de Derecho*, Edit. Porrúa, 29ª edición, México 2000, p. 493.



- b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad;
 - c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.
- La ley de Expropiación desarrolla diversas actividades en las cuales procede la expropiación de tierras, con base en las causales de utilidad antes referidas.

El concepto de utilidad pública está ligado al rol adscrito constitucionalmente al Estado en el contexto posterior a la guerra civil de 1910 (Revolución Mexicana), que culminó en la aprobación de la Constitución de 1917. Aunque algunos autores opinan que el modelo económico emanado de esta Constitución no varió sustancialmente de aquél del régimen dictatorial de Porfirio Díaz que le precedió⁷⁷, a partir de la presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-1940), marcada por el reparto agrario y la expropiación petrolera, se sentaron las bases de lo que posteriormente se llamaría la política desarrollista, que tuvo su época dorada en los dos decenios siguientes⁷⁸.

Durante este periodo se experimentaron crecimientos poblacionales a tasas cada vez más elevadas por la reducción drástica de la mortalidad infantil, fruto de políticas de salubridad pública que habían iniciado desde los años veinte, y la consecuente migración del campo a las ciudades, por ofrecer mejores oportunidades, se aceleró. En la década de 1970, la actividad económica fue estimulada por el sector petrolero y simultáneamente apoyada por el acceso al crédito externo en condiciones sumamente favorables.

Sin embargo, este modelo entró en crisis, culminando con la devaluación del peso y la expropiación de la banca privada en 1982, lo que rompió la alianza histórica entre el gobierno y el sector privado. Ese contexto explica que el papel del Estado como rector de la economía nacional tuviera que ser resaltado a nivel constitucional. Fue así que la reforma constitucional de 1983 estableció la rectoría del Estado Mexicano de la economía “que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático”, bajo un modelo basado en el fomento del crecimiento económico y el empleo, en el que el Estado “planeará, coordinará y orientará la actividad económica”, así como la “regulación y fomento de las

77 Silva Castañeda, Sergio, “El proyecto económico de la revolución mexicana: tierra, trabajo y dinero” en Ignacio Marván Laborde (coord.) (2010), *La revolución mexicana, 1908-1932*, México, CIDE, Conaculta, INEHRM, Fundación Cultural de la Ciudad de México, 2010, pp. 66-101.

78 Cárdenas Sánchez, Enrique (2015), *El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

actividades que demande el interés general”⁷⁹. Todo ello, con miras a una más justa distribución del ingreso y la riqueza, el ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

Para ello, en la propia reforma se determinó la inclusión de la expresión “áreas estratégicas”, misma que recoge “algunas funciones propias de la soberanía económica, servicios a cargo exclusivo del Gobierno Federal y la explotación de bienes de dominio directo, que por su significado social y nacional también deben atenderse en base al interés general que sólo garantiza el manejo del Estado”⁸⁰.

Los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Mexicana, que también fueron reformados, pasaron a establecer un control directo y exclusivo por parte del Estado sobre actividades, como el petróleo e hidrocarburos, petroquímica o el servicio público de energía eléctrica; de ahí que la generación de energía eléctrica se desarrollara en forma exclusiva por el Estado Mexicano mediante empresas paraestatales, sin posibilidad de la participación privada.

El concepto de utilidad pública fue desarrollado y acompañado con otros de corte similar. Por ejemplo, respecto del interés público, se tiene que “[...] la noción de interés público que se traduce en la existencia de leyes imperativas que, por su naturaleza, no pueden ser derogadas por los particulares porque defienden el interés de éstos así como del Estado...”⁸¹. (Art. 2, 4 y 159 de la Ley de la Industria Eléctrica. Art. 25 y 96, de la Ley de Hidrocarburos).

El orden público ha sido entendido como el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a la sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados. El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico”⁸². (Art. 1, 42, 71 y 155 de la Ley de la Industria Eléctrica. Art. 25, 58 y 96 de la Ley de Hidrocarburos. Art. 1 de la Ley Minera).

79 Artículo 25 de la Constitución Mexicana.

80 Sánchez Bringas Enrique, Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1994.

81 Tesis: I.3o.C.926 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIII, abril de 2011. Novena Época, p. 1350. Tesis Aislada (Civil).

82 Tesis: I.3o.C.64 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XVIII, Julio de 2003. Novena Época, p. 1158. Tesis Aislada (Común).



MÉXICO

El interés social se refiere al beneficio que obtiene una colectividad. El interés social, asociado tradicionalmente al orden público, se refiere al arreglo o composición de la comunidad con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas, de procurar un bienestar o impedir un mal a la población, de modo que se traduce en la necesidad de beneficiar a la sociedad, o bien, evitarle a aquélla algún mal, desventaja o trastorno.

Entre tanto, las Áreas Estratégicas (AE) se refieren al conjunto de actividades económicas –producción y distribución de bienes y servicios– que exclusivamente realiza el gobierno federal a través de organismos públicos descentralizados y unidades de la administración pública, por imperativos de seguridad nacional, interés general o beneficio social básico para el desarrollo nacional.

Los conceptos antes referidos se engarzan a nivel normativo para asegurar el cumplimiento de ciertos fines u objetivos relacionados con la idea de beneficio colectivo, bienestar o bien común, característicos de lo nacional o del Estado Nación. La jurisprudencia nacional se encargó de dotar de contenido a muchas de dichas expresiones, siempre en referencia a cualidades asociadas con un modelo de Estado que procuraba la satisfacción de necesidades colectivas y la convivencia armónica. Sin embargo, tal carácter fue desdibujado en los hechos. Por ejemplo, a pesar de que en 1983 se estableció constitucionalmente la rectoría del Estado en la economía y la existencia de áreas estratégicas a cargo exclusivo del Estado, paradójicamente el periodo presidencial en el que impulsó dicha reforma es considerado como el primero que estableció políticas neoliberales en México⁸³.



60

A pesar del carácter estratégico del sector energético establecido en la Constitución Mexicana, con la subsecuente exclusión de la participación de particulares en la extracción de hidrocarburos y la generación de energía eléctrica, desde la década de 1990 se autorizaron reformas legales a la entonces Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para “establecer la posibilidad de que los particulares concurren al proceso productivo, generando energía eléctrica para destinarla exclusivamente a la venta, por la totalidad de su producción, a la Comisión Federal de Electricidad para el cumplimiento de su objeto”⁸⁴.

83 Fuente.

84 Exposición de motivos del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=Gc42Yigwj2yC4G1XLO1RM7CLbLU/DqZPTnIvK9uLrASBKq6fbXRrapJwa4NAstN9Cbeb6fok6ESDIjC7+YliQ==>

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

A pesar de ello, la Constitución no fue reformada y las nuevas modalidades de generación de energía eléctrica sólo se establecieron en leyes secundarias.

Tanto la expropiación petrolera de 1938 como la nacionalización de la industria eléctrica de 1960 constituyen muestras de políticas alrededor de las cuales se ha construido una retórica de tipo nacionalista que exalta los valores de la soberanía y nación “regresándole al pueblo de México la exclusividad para generar, conducir y abastecer energía para lograr nuestra independencia energética”⁸⁵. Ello explica que, a pesar de la aplicación de políticas neoliberales desde la década de los ochentas, el carácter estratégico del sector energético no hubiere sido modificado.

Esta situación cambió a partir de la reforma constitucional del 2013, que –entre otras cosas– modificó el régimen de las áreas estratégicas, pasando a considerarse como tales únicamente “la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica”, lo que deja fuera gran parte de la cadena de valor, incluyendo la generación y la comercialización.

Las modificaciones normativas que partieron del 2013 dieron luz verde para que los procesos de exploración y extracción de recursos dejaran de ser actividades exclusivas del Estado y de esa forma se permitiera la participación del sector empresarial privado ya sea nacional o internacional en áreas estratégicas, principalmente en materia de hidrocarburos, gas, geotermia y generación de energía eléctrica.

La utilidad pública de las actividades de la industria eléctrica, no obstante, no autoriza la expropiación, en parte debido a la naturaleza simbólica de la propiedad de la tierra en México: la legislación no utiliza la palabra “expropiación” y el gobierno fue muy cuidadoso de no incluirla dentro de la ley. Sin embargo, bajo la nueva legislación, los proyectos de energía eléctrica son de interés público y tienen prioridad sobre cualquier otro uso de la tierra. A fin de hacer cumplir tal preferencia, la ley obliga a los propietarios o titulares de tales terrenos a vender su propiedad o negociar con la empresa promotora que vaya a desarrollar algún proyecto de energía sobre la propiedad, así se trate de una empresa privada. En otras palabras, los propietarios o titulares, incluidos comunidades agrarias o

85 <https://www.gob.mx/sener/videos/nacionalizacion-de-la-industria-electrica#:~:text=Sinopsis-,Un%20d%C3%ADa%20como%20hoy%20pero%20de%201960%2C%20el%20Presidente%20Adolfo,para%20lograr%20nuestra%20independencia%20energ%C3%A9tica>



PERÚ

indígenas, cederían temporal o permanentemente sus tierras a proyectos energéticos, sin tener derecho a negarse.

Aunque algunos académicos refieren que la legislación del sector energético puede ser relativamente justa en los acuerdos a que pueden llegar propietarios y las compañías energéticas, la pregunta es si esto será suficiente para evitar la potencial resistencia de los propietarios o titulares: “algunas comunidades, particularmente indígenas, pueden no apreciar el concepto de cesión de tierras a valor de mercado, en tanto otorgan un valor mucho más profundo, no monetario, a la tierra”⁸⁶.

1.8. Perú



62



- Aproximadamente 34 millones de habitantes
- Puesto 97 en el índice de Estados frágiles (siendo 1 la peor situación y 178 la mejor) presentando un ligero retroceso de sus condiciones, habiendo perdido 1 puestos en los últimos 5 años.
- Presenta 42 conflictos activos por minería conforme al OCMAL.
- No tiene cifras de extracción de minerales
- En su constitución se admite la restricción de la propiedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por la ley y con pago de indemnización (art. 70), pero también establece el apoyo preferente al desarrollo agrario garantizando el derecho de propiedad sobre la tierra (art. 88).
- En su constitución se establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (art. 1).

1.8.1. Caso Proyecto Minero Santa Ana

El Proyecto minero Santa Ana está ubicado en la provincia de Chucuito, departamento de Puno, involucrando directamente a las comunidades de Huacullani y Kelluyo⁸⁷, que son

⁸⁶ Payan, Tony and Guadalupe Correa- Cabrera, Land Ownership and Use Under Mexico’s Energy Reform. Issue Brief noN°. 10.29.14. Rice University’s Baker Institute for Public Policy, Houston, Texas.

⁸⁷ El resumen ejecutivo del EIA del proyecto establece que dentro de la AID social viven alrededor de 4000 personas, de las cuales el 92% residen en el distrito de Huacullani y 8% en el de Kelluyo. La situación de estas personas también es bastante precaria: solo 24,9% tienen agua potable conectada a red pública, 42% carecen de servicio eléctrico, 29% carecen de algún tipo de desagüe (red pública o letrina) y la mayoría cuenta con letrinas.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Aymaras. El proyecto esperaba extraer plata, plomo y zinc mediante una operación minera a tajo abierto. Las empresas involucradas son BEAR CREEK MINING COMPANY SUCURSAL DEL PERU y BEAR CREEK EXPLORATION COMPANY LTD⁸⁸, esta última de origen canadiense y con todo el 100% de participación en la primera.

Es importante destacar este caso, por el rol protagónico que tuvieron las comunidades Aymaras que son organizaciones sociales históricas que habitan desde tiempo ancestral la zona sur y norte de la región de Puno, cuya naturaleza colectiva irradia todas las relaciones económicas, sociales, culturales y espirituales que mantienen. En estas comunidades existía la Zona Reservada⁸⁹ Aymara Lupaca reconocida por Decreto Supremo N° 002-96-AG por albergar especies de flora y fauna endémicas y por la riqueza cultural presente en la zona⁹⁰. A través de personas intermediarias, la empresa solicitó concesiones en el año 2006 lo que generó que las autoridades redimensionaran el área, desafectando la zona mediante D.S. 003-2006-AG otorgando lo solicitado.

Posteriormente, a solicitud de la Empresa, mediante Decreto Supremo N° 083-2007-EM⁹¹ el Poder Ejecutivo declaró de necesidad pública de la inversión minera de Bear Creek en la zona fronteriza de la región Puno con Bolivia para que pueda operar de conformidad con el artículo 71⁹² de la Constitución argumentando beneficios económicos (regalías, impuestos) y sociales (puestos de trabajo e infraestructura). En el año 2000 la empresa estadounidense Apex solicitó concesiones respecto a la misma zona que le fueron denegadas por razones de seguridad nacional.



88 El Proyecto Santa Ana ha estado ligado al Proyecto Corani, por eso al derogarse el decreto que declaraba su “necesidad pública” la Empresa consideró se ocasionó una reducción de USD 170,6 millones en el valor correspondiente al Proyecto Corani.

El proyecto minero Santa Ana, hoy rebautizado como Área de No Admisión de Petitorios Mineros (ANAP) Ajaruni, fue transferido a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) para ser incorporado dentro de los procesos de promoción de dicha entidad estatal, debido a que en noviembre del 2018 Bear Creek renunció a las concesiones. El presidente del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET), Henry Luna ha señalado: Los proyectos Santa Ana y Corani son los dos más importantes yacimientos de plata que tenemos en el país”.

89 La Zona Reservada estaba pendiente de categorización como Área Natural Protegida. La población no fue informada de las implicancias de la zona, por lo que un sector no estaba de acuerdo con su declaratoria. Esto en buena parte, facilitó el redimensionamiento y desafectación del área.

90 En el año 2009 terminaría siendo derogada, mediante D.S. N° 015-2009-MINAM.

91 En el año 2000 se negó una solicitud en la misma zona a una empresa extranjera estadounidense.

92 Este artículo prohíbe que extranjeros tengan propiedad privada en zona de frontera excepto cuando exista declaratoria de necesidad pública a través de decreto supremo.

Como puede verse, la declaración de UPYCA se concretó mediante el Decreto Supremo N° 083-2007-EM que lo declaraba de “necesidad pública”. La mayoría de las comunidades afectadas consideraban que estaban ante un decreto arbitrario, que no les consultaron, que solo beneficiaba a la empresa, y que ni el distrito ni la actividad minera en la región eran de “necesidad pública”. Para las comunidades las prioridades han sido la agricultura, la ganadería y la protección de su cultura y recursos naturales.

En mayo del 2011 se dio inicio a una huelga indefinida. El conflicto estalló con hechos violentos, por lo cual el Decreto fue derogado. La imposición del proyecto generó división comunitaria, afectación a derechos de propiedad comunal y a la riqueza natural y cultural, así como criminalización de lideresas y líderes.

Como consecuencia de la derogación del D.S. N° 083-2007-EM, Bear Creek inició un arbitraje internacional contra el Estado peruano. Uno de los temas discutidos fue la declaración de necesidad pública. José Eguiguren, jurista que realizó un informe para el Estado, señaló que no cualquier inversión extranjera califica automáticamente como de necesidad pública, y que su declaración tampoco puede quedar librada a un margen amplio o absoluto de discrecionalidad por parte de la autoridad política, debiendo existir una razonable vinculación entre el proyecto y los intereses públicos y beneficios que se pretende satisfacer⁹³.



64

Según expuso, los criterios que el Consejo de Ministros evalúa son:

- Si existe un interés público, de acuerdo a la política gubernamental de desarrollo para el sector económico respectivo o la zona de frontera, en que tal inversión o adquisición se ejecuten;
- Si ello redunda en beneficio del país (mediante la generación de mayores niveles de ingresos, empleo, mejores condiciones de vida, realización de obras de infraestructura, etc.) y de la población ubicada en dicha zona, aportando positivamente a las relaciones sociales;
- Si la actividad y su titular no suponen un riesgo para la preservación de la seguridad nacional, el orden interno y la paz social en la zona;

⁹³ Eguiguren Praeli, Francisco. 6 de octubre del 2015. Opinión de experto en Derecho Constitucional Peruano. En favor de Estado Peruano. Caso CIADI N° ARB/14/21. Fundamentos 31 y 36

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

- Si la actividad no afecta o compromete las buenas relaciones y acuerdos establecidos con el Estado vecino; y
- Si la actividad a desarrollarse por el extranjero respeta las políticas del Estado respecto a la adecuada explotación de los recursos naturales y la preservación del medio ambiente⁹⁴.

A pesar de lo expuesto, los hechos demuestran que solo se emplearon criterios “económicos” y que la preservación del ambiente queda en manos de la empresa interesada en el proyecto. La declaración de necesidad pública, puso de manifiesto la tensión existente entre lo que el gobierno consideraba “necesario” y de otro lado lo que realmente significaba para las comunidades.

Con el caso del Proyecto Minero Santa Ana, es posible entender que las figuras UPYCA son conceptos impuestos por el gobierno de turno y los intereses privados basados fundamentalmente en aspectos económicos que excluyen voces y externalizan costos sociales, ambientales, culturales y de economías alternativas.



Fuente: Front Line Defenders



⁹⁴ Eguiguren Praeli, Francisco. 6 de octubre del 2015. Opinión de experto en Derecho Constitucional Peruano. En favor de Estado Peruano. Caso CIADI N° ARB/14/21. Fundamento 32.

1.8.2. Contexto y desarrollo UPYCA

Las figuras que se han identificado y son utilizadas con mayor frecuencia⁹⁵ en relación con la implementación de proyectos extractivos y el despojo de territorios son: utilidad pública, necesidad pública e interés nacional, concretadas en normas declarativas. El interés nacional es entendido como lo que conviene a la comunidad y al Estado; en ocasiones se utiliza como sinónimo del interés público. La utilidad pública como aquello que produce un beneficio, ventajas a todas y todos. Y la necesidad pública, como lo indispensable, imprescindible, lo que requiere el interés público.

Los términos utilidad pública y necesidad pública, ya se conocían en constituciones anteriores, pero con la aprobada en 1993 se dieron cambios significativos. Las constituciones anteriores consideraban a la utilidad pública como una causal de expropiación que permitía realizarla con fines mineros, de allí que las actividades mineras fueran consideradas de utilidad pública.

Teniendo en cuenta el uso que anteriormente se había hecho de la utilidad pública para la expropiación de privados, la Constitución de 1993 cambió las causales de expropiación en su artículo 70, restringiendo el término de utilidad pública a necesidad pública, con la finalidad de dotar de mayor garantía al derecho de propiedad y así favorecer las inversiones. Esto tuvo repercusión en la adquisición de terrenos por parte de las mineras por cuanto su actividad ya no se contemplaba como de utilidad pública. Además, con la Ley de expropiación⁹⁶, y la Ley de Tierras⁹⁷ las expropiaciones solo pueden hacerse en favor del Estado. A pesar de ello el uso de las figuras UPYCA siguen beneficiando a Empresas mineras como ha sido el caso de la expropiación –ilegal– de terrenos comunales en el Corredor Minero Sur para ejecutar infraestructura vial por donde transitan vehículos de dichas Empresas⁹⁸.

95 Ley N° 27117 Ley General de Expropiaciones. Derogada.

96 Ley N° 27117 Ley General de Expropiaciones. Derogada.

97 Ley N° 26570, del 4 de enero de 1996., Sustituye artículo de la Ley N° 26505 referido a la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, en su artículo 7 establece el trato directo y la servidumbre minera.

98 En el corredor vial minero sur con la Resolución Ministerial N° 372-2018 MTC/01.02 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del 23 de mayo del 2018, se reclasificó, de manera definitiva, como Ruta Nacional, algunas Rutas Departamentales o Regionales de la Red Vial de los departamentos de Apurímac y Cusco.

Algunas comunidades se vieron afectadas por esta reclasificación, ya que muchas de estas rutas eran territorio comunal. Esto sin duda, configuró una expropiación ilegal, pues no se siguió el procedimiento ni mucho menos se otorgó una indemnización justipreciada.

Frente a esta arbitraria actuación, el Gobierno resolvió “enmendar su error”, con otra cuestionable deci-



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Por otro lado, la necesidad pública además de ser causal de expropiación, es empleada en el artículo 71 de la Constitución como el argumento para autorizar a personas extranjeras la posesión o adquisición de tierras, aguas, bosques, minas dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera. Esta es una excepción, pues el primer párrafo de dicho artículo prohíbe tal situación como forma de resguardar la seguridad nacional.

En las Constituciones peruanas anteriores, se exigía una Ley dada por el Congreso para la declaración de necesidad pública. La Constitución actual establece la emisión de un Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros. Sin duda, la ley requiere un mayor consenso político y tiene un procedimiento más riguroso que un Decreto Supremo. A todas luces, esta flexibilización está acorde con la apertura económica y la atracción de las inversiones extranjeras.

En relación a la declaración de interés nacional, en el año 2018 se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas (D.S. N° 021-2018-EM que modifica el D.S. N° 031-2007-EM), adicionando funciones a la Dirección General de Minería, entre las que se prevé proponer la declaración de interés nacional de la ejecución de proyectos mineros. Asimismo, se crearon la Dirección General de Promoción y Sostenibilidad Minera y la Dirección General de Políticas y Promoción Minera⁹⁹ Para el Estado, la declaración de interés nacional significa priorizar y agilizar los proyectos de inversión mineros. Un claro ejemplo ocurrió en el año 2007, cuando el Poder Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley 1640/2007-PE que buscaba “Declarar de interés nacional la ejecución preferente de 20 proyectos de inversión en la actividad minera”.

sión. El 12 de diciembre del 2019, se publicó el Decreto de Urgencia N° 026-2019 que aprueba medidas extraordinarias de liberación y expropiación de áreas y la implementación de las intervenciones viales temporales a realizarse en el corredor vial Apurímac- Cusco, declarando de necesidad pública e interés nacional la ejecución de la obra. Con este Decreto, se obvia el trato directo exigido en las normas de expropiación, justificando su omisión en los conflictos sociales suscitados

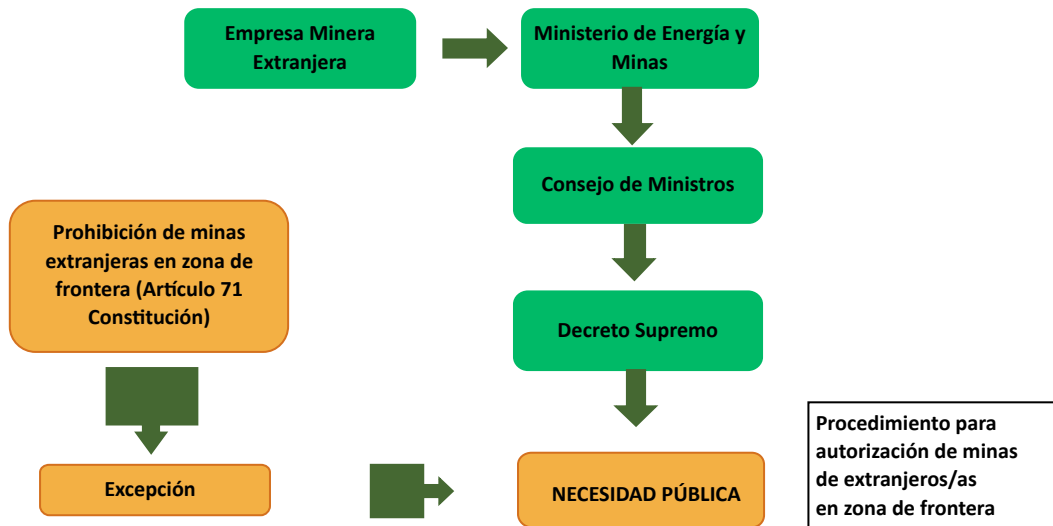
A pesar de la exigencia constitucional de una Ley para realizar la expropiación; el Ejecutivo aprovechó que el Congreso se encontraba disuelto (D.S. N° 165-2019-PCM) para promulgarlo, usando el artículo 135 de la Constitución.

⁹⁹ En ese mismo año, con el Decreto Supremo N° 020-2018-EM, Decreto Supremo que declara de interés nacional y necesidad pública el diseño, desarrollo e implementación del Centro de Convergencia y Buenas Prácticas Minero- Energéticas, se ha incorporado una precisión al tema de necesidad pública e interés nacional, referido a los derechos fundamentales, aunque en la realidad se ven distorsionados: Que, las propuestas normativas que incorporen las categorías de necesidad pública e interés nacional deben tener como objetivo el bienestar de la sociedad y reconducir a la satisfacción de los derechos fundamentales, lo cual tendrá como fin último la protección de la dignidad de la persona humana.



PERÚ

Es preciso indicar que toda norma, sea del Poder Ejecutivo o Legislativo, proviene de un proyecto o propuesta normativa que entre sus componentes contiene la exposición de motivos y el análisis costo beneficio. Análisis que para el tema aquí abordado es de vital importancia, y que no ha merecido un examen exhaustivo de los impactos sociales, ambientales o culturales de las medidas.



68

Por otro lado, las propuestas de declaratoria como tal de interés nacional, o necesidad pública de algún proyecto extractivo sobre territorio de pueblos indígenas, no han realizado ninguna consulta ni involucrado su participación. El Gobierno aplica estos conceptos de manera unilateral.

En el posicionamiento de los conceptos UPYCA han tenido y tienen protagonismo el poder legislativo y sobre todo el poder ejecutivo, destacando dentro de este el Ministerio de Energía y Minas; que tiene entre una de sus funciones la promoción de las actividades minero-energéticas. Otro actor con mucha influencia en las decisiones y normas en el país, y por ende en los conceptos UPYCA, es el Poder Privado, constituido por los grupos empresariales, y en ellos la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE); que a su vez es parte de la Confederación. También se debe aludir a buena parte de los medios de comunicación, sobre todo de difusión nacional, que cumplen un rol de afianzamiento de estos conceptos.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Uno de los principales argumentos esgrimidos en el manejo de los conceptos UPYCA son los aportes de las actividades a la economía nacional. Sin embargo, un estudio del Grupo de Justicia Fiscal mostró que en el 2017 el sector minero fue el principal beneficiario de las devoluciones de tributos, captando el 36% del total en el 2017. Entre el 2012 y el 2018, las devoluciones al sector minero sumaron S/. 25, 412 millones y representaron el 27% del total¹⁰⁰.

Finalmente, aunque la jurisprudencia ha identificado la tensión existente entre libertades económicas y el goce de los derechos humanos, aún falta por abordar esta disputa que subyace a la mayoría de conflictos socioambientales y a los conceptos UPYCA.

En la sentencia del Exp. N° 0048-2004-PI/TC¹⁰¹, sobre la Ley de Regalía Minera; se cuestiona la idea de que “el crecimiento ininterrumpido conduce al mayor bienestar general”, por el nivel de deterioro que puede significar el agotamiento de algunos recursos no renovables o el daño que puede acarrear para el medio ambiente. Además, se destaca la función social de la propiedad que tiene que ejercerse en armonía con el bien común¹⁰², en correspondencia con el artículo 70 de la Constitución¹⁰³.

En la sentencia del Exp. N° 03932-2015-PA/TC¹⁰⁴, Lagunas de Alto Perú, el magistrado Ernesto Blume Fortini, en su voto singular, señaló que los postulados constitucionales imponen que los derechos deben ejercitarse en armonía con el interés social y en orden a coadyuvar en el logro del bien común¹⁰⁵.

En la sentencia del Exp. N° 0090-2004-AA/TC. Pase al retiro, se establece que existen conceptos indeterminados como el interés público, que gozan de cierto grado de discrecionalidad, pero en ningún caso ello debe justificar la ausencia de motivación y proporcionalidad¹⁰⁶.

100 Grupo de Justicia Fiscal. Julio 2019. “Las devoluciones tributarias. Un problema mayor para el balance fiscal”. N° 01 Hoja informativa., Perú.

101 Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril del 2005.

102 Fundamentos 78 y 80.

103 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. (...).

104 Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de marzo del 2017.

105 Fundamento 6.2. del voto

106 Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio del 2004 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>



PERÚ

Como puede apreciarse, los conceptos UPYCA en el contexto de implementación de actividades minero-energéticas son empleados para afectar los territorios y establecer prioridades en los proyectos, dejando por sentado su “utilidad” y “necesidad” impidiendo los cuestionamientos a su declaración, y sin contar con la participación de las personas y comunidades involucradas.



70



2. BALANCE REGIONAL

La mirada regional frente a los conceptos UPYCA que se desarrolla en este capítulo resalta que, a pesar de las particularidades de cada país en la producción de sus cartas políticas constitucionales, y la antigüedad de conceptos, la utilidad pública y análogos han sido instrumento de poder para la imposición de intereses extractivistas, especialmente a partir de los años 90 del siglo XX. Esta interpretación generalmente reduce el ámbito de valoración de utilidad al meramente económico, valiéndose de una arquitectura jurídica, discursiva y de uso de la fuerza.

La utilidad pública es un concepto contenido en las Constituciones de los ocho países estudiados, es decir, tiene rango constitucional junto a otros principios y derechos.

En Ecuador¹⁰⁷ y Bolivia¹⁰⁸ se establece que la utilidad pública recae sobre los recursos naturales considerados como sectores estratégicos. Esta definición entra en conflicto con diferentes concepciones indígenas que también forman parte de sus constituciones (2008 y 2009 respectivamente), y que son producto de intensas movilizaciones populares con presencia de organizaciones y comunidades indígenas. Se incluyen los conceptos de “buen vivir” (aymará suma kamaña, quechua sumak kawsay) y Madre Tierra (Pachamama). Estos elementos centrales de la cosmovisión de los pueblos originarios se dieron en el marco del ascenso de nuevos gobiernos reformistas con líderes fuertes y carismáticos; los procesos constituyentes fueron altamente participativos, empoderaron a los pueblos indígenas y se nutrieron mutuamente con intercambios de aprendizajes entre ambos países.

107 El artículo 323 prevé la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social y nacional, con el objetivo de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo. Así mismo, se establece un criterio amplio de lo que es considerado sector estratégico, pues se incluye “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 [y] el agua”, así como otros que determine la ley (art. 313).

108 El artículo 57 establece la imposición de expropiación de la propiedad en casos de necesidad o utilidad pública, calificada conforme con la ley y previa indemnización justa. Los gobiernos departamentales también pueden usarla apelar a ella y “establecer limitaciones administrativas y de servidumbre a la propiedad, por razones de orden técnico, jurídico y de interés público# (art. 302 núm. 22). No atender a la función social de la tierra constituye una causal para la reversión de la tierra (art. 401) y en tanto los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país (art. 349), su explotación es declarada de necesidad estatal y utilidad pública (art. 356).



BALANCE REGIONAL

Tales conceptos constitucionales innovadores, relacionados con desarrollo y visiones de progreso van de la mano con el reconocimiento normativo de la multietnicidad y plurinacionalidad de ambos Estados, así como de políticas significativas de redistribución, se fueron desdibujando con el impulso a la explotación de recursos naturales. Gradualmente en ambos países se produjo un distanciamiento y conflicto entre las organizaciones indígenas y los gobiernos, dando cuenta de las contrastantes visiones sobre qué es de utilidad pública, qué sirve para lograr el bienestar de toda la población, y en consecuencia sobre el uso y manejo de bienes naturales. El uso del concepto de UPYCA para imponer proyectos extractivos demuestra claramente que la visión desarrollista y extractivista tiene la prioridad para ambos gobiernos, impuesta en el ámbito jurídico usualmente a favor de la visión desarrollista y extractivista.

En líneas generales, es en las normas secundarias, los códigos de minas, las leyes de hidrocarburos y energéticas, forestales y eléctricas, así como en los decretos que las reglamentan y desarrollan, en donde la noción de utilidad pública adquiere una dimensión determinante para la consolidación del desarrollismo y extractivismo.



72

En general, la proclamación de utilidad pública y conceptos análogos, da a entender la protección de los intereses generales y una búsqueda del bienestar de la sociedad, así como de un desarrollo dirigido a aumentar los recursos del Estado. Con el arribo de políticas neoliberales a la región, a partir de fines de la década del 70 y comienzos de los años 80, se abre paso una concepción ligada a la apertura a las grandes corporaciones transnacionales y el manejo de los recursos naturales pasa a dichos actores. Las normas sobre expropiación que básicamente debían dar aplicación a la función social de la propiedad y hacer posibles obras de infraestructura públicas tales como la construcción de escuelas, hospitales y carreteras, pasan a ser utilizadas para expropiar terrenos comunitarios, otorgar grandes concesiones mineras en tierras de propiedad del Estado y en general dar luz verde a los megaproyectos mineros y energéticos con altos costos sociales y ambientales con la promesa de construir esos hospitales, escuelas y carreteras.

Los procedimientos guardan similitudes en la aplicación de UPYCA en los países examinados. Al tener como base lo que parece ser una presunción general de utilidad pública de las actividades extractivas a desarrollar, en algunos países también se plasman leyes que así lo ratifican y/o se inician con la declaración que hace el ejecutivo, de

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

un determinado asunto como de “utilidad pública”, “interés nacional” o “interés social”. De allí, la aplicación de UPYCA puede ser abstracta o concreta pero en todo caso inicia con la premisa casi incontrovertible de que las actividades extractivas derivan en “beneficio” común.

Si bien existen mecanismos para la participación popular y ciudadana o para impugnar determinadas decisiones, lo que se debate es la realización del proyecto pero no su caracterización a partir de UPYCA, y aunque es obligatorio consultar en los casos que afecten o intervengan territorios de comunidades indígenas, de realizarse están diseñadas para legitimar los acuerdos de extracción previamente adoptados por las empresas y los gobiernos.

Donde hay salvaguardias para la participación, se quitan. En Bolivia, por ejemplo, sobre la ley electoral que sí dispone que los acuerdos resultantes de las consultas son vinculantes, se hizo primar la ley minera y otras disposiciones que no le daban tal carácter de obligatoriedad.

Tanto las consultas como los proyectos mismos no cuentan con evaluaciones reales e imparciales del impacto ambiental ni de la afectación de derechos humanos y en ellas brilla por su ausencia una información amplia y suficiente. Tampoco disponen de información independiente, suficiente y adecuada sobre la contribución de la actividad extractiva al bien común. Sus normas y prácticas, en lugar de establecer salvaguardas de protección frente a actividades de extracción y explotación de recursos naturales, flexibilizan parámetros y procedimientos de protección ambiental, permea espacios territoriales, reduce o finamente tergiversa mecanismos relacionados con la consulta previa y sus fines de precautelar los derechos de pueblos indígenas.

1. Actores relevantes

En el plano institucional participan las tres ramas tradicionales del poder público: el ejecutivo, el legislativo y el judicial y también los órganos de control. Sin embargo, es claro que el papel central lo tiene la rama ejecutiva que concentra la mayor parte del poder político pues maneja los recursos presupuestales, las políticas administrativas y de gestión y tiene iniciativa legislativa (en particular la minera) y con el marcado régimen presidencialista de la región tiende a copar el legislativo y subordinar al judicial.



BALANCE REGIONAL

Su poder reglamentario y su capacidad de gestión se vuelcan a favor de las políticas extractivistas y de proyectos concretos. A pesar del incremento de normas y mecanismos formales de participación, los organismos e instituciones ambientales no logran interactuar en plenitud de garantía para las personas y los grupos afectados con los megaproyectos.

La rama legislativa y los órganos de control desempeñan también un papel, pero su fortaleza no logra generar los contrapesos necesarios en determinados casos en que hay violaciones muy flagrantes de los derechos ambientales o humanos. En los países estudiados la rama judicial, aunque con muchas limitaciones y especialmente en los casos de gran impacto en los que se ha presentado una resistencia fuerte por parte de las comunidades y organizaciones sociales de derechos humanos y ambientales, sí ha logrado efectos importantes declarando inconstitucionales algunas normas o imponiendo medidas de control y contención en ciertas situaciones.

Los movimientos sociales, ambientales y las comunidades son actores de vital relevancia muy presentes en la cotidianidad de estos debates. Por otra parte, grandes empresas, especialmente transnacionales, llegan a los países bajo estudio con capacidades de incidencia que desbordan los márgenes de control democrático. También, otros actores como las instituciones financieras internacionales promueven reformas económicas que alientan el extractivismo como vía de desarrollo en América Latina. En diversos casos se ha visto su capacidad de interferencia en la producción de discursos, publicidad y normas relacionadas con sus intereses: recursos naturales, aguas, minería, electricidad y bosques principalmente.

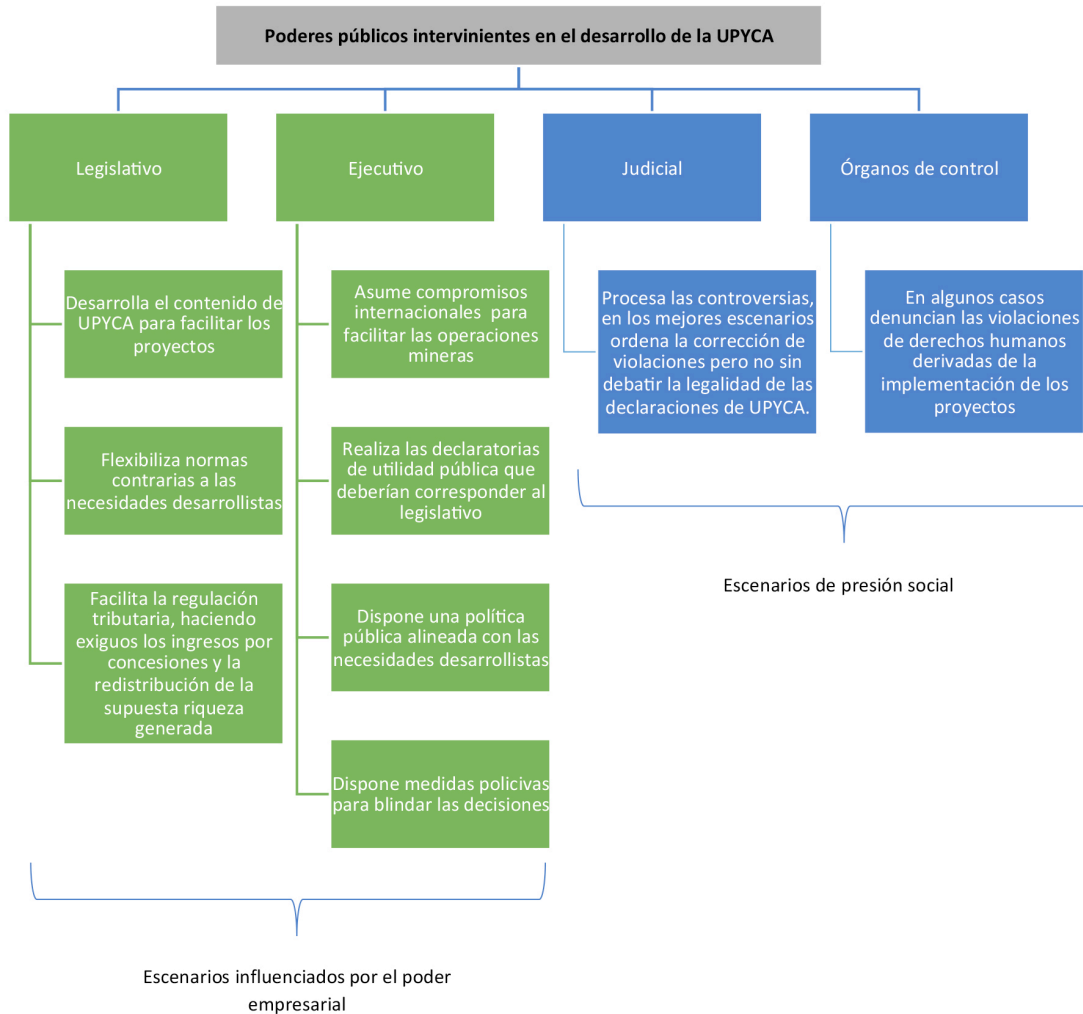
Además de las naturales áreas de confrontación con las empresas extractivas, como son el conflicto socio-ambiental, existe otro campo en el que chocan diferentes concepciones de la utilidad pública. Nos referimos al aspecto tributario, tanto desde el punto de vista de las exenciones y privilegios fiscales que les conceden, como en lo referente a la tarifa misma de los impuestos con los que deben contribuir al erario, lo mismo que sobre los montos que efectivamente paguen porque es frecuente la evasión o la elusión de impuestos como se reveló en Colombia con la carbonera Cerrejón y con la empresa extractora de ferroníquel en Cerromatoso, que reportan al Estado ingresos mucho menores de los efectivamente recibidos, esto de acuerdo a investigaciones y hallazgos de la Contraloría General.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú



2. Origen y dinámica de la UPYCA

El período de documentación que contempla este informe se circunscribe a los cuarenta años que anteceden al 2020. No obstante, por el legado colonial extractivista que implica la inserción del concepto de utilidad pública en los diferentes textos constitucionales es necesario referir que éste se remonta a las primeras décadas del siglo XIX en el contexto de los procesos de independencia.

Aunque los términos que aquí llamamos análogos son diversos y varían en su carácter y uso de acuerdo a países y temáticas, existe una línea de identidad entre acepciones como Utilidad Pública, Interés General, Interés Social, en el entendido que son el punto



BALANCE REGIONAL

de partida para la elaboración de mensajes de beneficio general frente a la disposición de ciertos bienes comunes considerados estratégicos sobre los cuales, al recaer la figura, se despliega un entramado de disposiciones relacionadas con la propiedad que termina permitiendo, luego de disímiles procedimientos, el despojo y privatización de bienes comunes o colectivos.

Pero estos términos que apuntan a la restricción de la propiedad colectiva en las zonas de operación también se acompañan de medidas como la militarización, represión policial y criminalización de quienes se oponen a los proyectos, etc. Entonces tenemos en la gama de los conceptos análogos, unos que lo son en cuanto a la restricción de la propiedad (interés general, interés social, prioridad nacional o necesidad pública) y otros que lo son en términos del blindaje a través del uso de la fuerza de la medida, con la consecuente securitización o militarización de los proyectos (como bienes estratégicos, seguridad nacional y protección sanitaria, reservas especiales, zonas económicas militares¹⁰⁹).

A lo largo de dos siglos el concepto de utilidad pública ha tenido momentos de mayor auge, especialmente aquellos vinculados con importantes debates alrededor de la propiedad y tenencia de la tierra sobre redistribución de la propiedad rural y reforma agraria en un continente con fuerte componente indígena y campesino, caracterizado por formas de habitabilidad comunitaria y de propiedad étnica colectiva. Igualmente, la necesidad de obras públicas de infraestructura, salud y educación requirió dar ingreso al principio de la función social de la propiedad y la primacía de los intereses generales sobre los particulares, en un marco de expansión de las funciones del Estado, de intervención económica de éste y de ampliación del mercado interno utilizando, entre otros mecanismos, el de la sustitución de importaciones. Paralelamente, la discusión sobre la privatización, el rol del Estado y la implementación de políticas liberales es también algo presente a lo largo del siglo XX.

Las dos últimas décadas se caracterizan, en relación al debate sobre UPYCA, por acciones que giraron fundamentalmente en la defensa de lo público, la oposición a la privatización y venta de bienes de esta naturaleza, la reducción del papel estatal, la implementación de políticas neoliberales de privatización, recorte del Estado, apertura económica y tratados



76



¹⁰⁹ Al respecto se ha escrito en varias oportunidades, por ejemplo: “¿Militarizar los extractivismos mineros sudamericanos?” de Eduardo Gudynas. Marzo de 2019. En: <https://www.ocmal.org/militarizar-los-extractivismos-mineros-sudamericanos/>

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

de libre comercio. En la primera línea de estas discusiones estuvieron los partidos y movimientos de ideario progresista y los sindicatos de trabajadores.

Estas políticas tuvieron un impulso considerable con el llamado Consenso de Washington cuyos puntos principales giraron en torno a la liberalización del comercio exterior, el sistema financiero, reformar la intervención del Estado y atraer capital extranjero a los países del sur global¹¹⁰.

Por su parte, las dos primeras décadas del siglo XXI han estado marcadas por una fuerte expansión del extractivismo y con ello la apropiación de territorios por empresas extractivas, la agudización de la crisis ecológica y climática, y a su vez el incremento de la conciencia ambiental mundial. Esto ha llevado a un incremento de luchas relacionadas con la defensa de la tierra, los territorios y los bienes comunes, en las que las comunidades étnicas y campesinas adquieren mayor protagonismo en reivindicaciones que se inscriben en el plano territorial, cultural, ambiental, frente a los impactos directos e indirectos de los megaproyectos extractivos.

Junto a las comunidades en defensa de sus territorios se amplían los movimientos ambientalistas de diverso tipo, renovando las miradas de protección a la naturaleza y la extensión de derechos a distintos elementos que hacen parte de ella.

De allí que a lo largo del análisis se encuentren profundos contrastes entre la realidad de los territorios en los que se asientan los megaproyectos y los enunciados constitucionales o legales, figuras que prometiéndolo bienestar general obligan a repensar las fórmulas con las que se está determinando la utilidad pública de la explotación minero energética en la región.

110 Conocido como Consenso de Washington el conjunto de diez recomendaciones de política económica formuladas en 1989 por el economista inglés John Williamson sobre disciplina fiscal, reordenamiento de las prioridades del gasto público, reformas tributarias, liberalización de tasas de interés, tipo de cambio, liberalización del comercio, liberalización de la inversión extranjera directa, privatización desregularización y garantías relacionadas con el derecho a la propiedad reducción del tamaño del estado, independencia del banco central, privatización. Estaba dirigido los países del sur global que estuvieran inmersos en crisis económica. Lo conformaron el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y el Tesoro de Estados Unidos, instituciones con sede en Washington. pretendían conseguir aspectos como liberalizar el comercio exterior y el sistema financiero, reformar la intervención del Estado o atraer capital extranjero a los países.



3. EL CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este capítulo examinamos algunos aspectos del abanico de obligaciones internacionales de respetar, proteger y garantizar Derechos Humanos como compromiso de los Estados y que ponen de manifiesto la profunda brecha entre los enunciados de derecho que obligan a los Estados a actuar de manera respetuosa de las garantías fundamentales cuando se trata de decisiones que afectan a personas y comunidades, y la realidad que éstas enfrentan para la protección de sus derechos y territorios.

La Convención Americana de los Derechos Humanos –CADH– (1969), estableció que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, pudiendo subordinarse al interés social. Conforme a este instrumento, las personas pueden ser privadas de sus bienes: i) en los casos y según las formas establecidas por la ley, ii). garantizando el pago de una indemnización justa, y iii) por razones de utilidad pública o de interés social (art. 21)

Cuando se habla de ley, no basta que la norma sea producida por el correspondiente parlamento. La norma debe ser adecuada o armónica con el DIDH, lo que se conoce como adecuación normativa, que se constata a través de controles como el de convencionalidad. Por ejemplo, se afirma que “no puede considerarse razonable la decisión de permitir una contaminación masiva por petróleo para promover el desarrollo económico, dados los efectos desastrosos para el disfrute de los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua y un medio ambiente saludable”. Adicionalmente, la norma no puede ser discriminatoria de forma directa ni indirecta. Esta segunda modalidad es muy común en asuntos que impactan el medio ambiente, como la “autorización de instalaciones tóxicas y peligrosas en un gran número de comunidades predominantemente integradas por minorías raciales o de otra índole, lo que interfiere desproporcionadamente en sus derechos, incluidos sus derechos a la vida, la salud, la alimentación y el agua”. A esta conducta se le conoce como racismo ambiental.

Por su parte, la indemnización opera como un elemento que busca equilibrar “el interés general y [el] del propietario”. En el caso de las comunidades con formas de vida colectivas y de arraigo a la tierra, debe considerarse la especial relación que tienen con el territorio y su nexos con su supervivencia física y cultural, llevando a que, en determinados casos, esté absolutamente prohibido limitar su propiedad.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Las razones de interés social hacen referencia al bien común, al bienestar general dentro de una sociedad democrática, que está condicionado a la “promoción y protección de los derechos humanos”. La utilidad pública implica destinar determinados bienes al mejor desarrollo de esa sociedad democrática, ponderando los intereses en juego y asumiendo que el progreso implica la eliminación de las violaciones a los derechos humanos, vistos de forma interdependiente, e incluye que las personas y pueblos participen efectivamente del desarrollo económico, social, cultural y político para que puedan realizarse plenamente todos sus derechos humanos¹¹¹.

Pero, ¿cómo determinar de forma precisa cuáles son los intereses sociales que legitiman la restricción de la propiedad o cuál es el derrotero democráticamente aceptable sobre el bienestar social? La cuestión no es menor y ha sido considerada en las reflexiones del derecho constitucional y administrativo.

El derecho, al que se le reconoce como herramienta para que la sociedad y las autoridades definan, a partir de cláusulas generales y precisas, las indeterminaciones y los conflictos, tiene gran cantidad de conceptos que pueden entenderse de múltiples formas, conforme a quien oficia como intérprete. Esto abre la puerta, en condiciones de imposición y arbitrariedad, a que conceptos como la utilidad pública, que las personas y comunidades entienden como lo útil a lo público, lo que es bueno y propicio para el bienestar social, sea reinterpretado por quienes ostentan el poder decisorio, como la facultad de etiquetar bienes como recursos disponibles para su explotación e intervención, conforme a su política económica y su praxis político-administrativa, sin tener que demostrar suficientemente que se trata de algo propicio para el bienestar social.

En teoría, las autoridades administrativas actúan tanto a partir de lo reglado como a partir de lo discrecional, que hace referencia a que una solución dada es legítima entre otras posibilidades legítimas de resolución. El problema emerge cuando no es posible distinguir en la respuesta institucional una solución legítima, y queda evidente que la indeterminación del lenguaje es una forma de imponer intereses no legítimos..

El derecho contiene conceptos esencialmente controvertidos¹¹², lo que hace referencia a valoraciones, referidas a bienes complejos (con múltiples aspectos que requieren ser



111 Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

112 Pie de página 13.

caracterizados y relacionados), volubles a los intereses de los actores concernidos en el contenido y aplicación de aquellos.

A la utilidad pública se le reconoce como un ejemplo de concepto indeterminado, y en tales casos, para saber si ésta se cumple o no, dependemos de un proceso de juicio o estimación que permita encontrar cuál es el sentido más preciso que debe tener el concepto en cuestión. En este caso, consideramos que el DIDH, contribuye a encontrar esa medida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que el requisito según el cual “las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (art[ículo] 32.2 [de la Convención]). Este concepto, es fundamental en la construcción de “una sociedad democrática” en la cual las “instituciones jurídicas y políticas” tienen como fin principal ‘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)”¹¹³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “[D]e ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, 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”¹¹⁴

El DIDH frente a economías masculinizadas

El extractivismo minero energético suele operar a través de enclaves económicos en medio de los cuales las economías masculinizadas traen consigo e imponen importantes cambios que afectan la vida familiar y el rol de las mujeres en la vida comunitaria. El DIDH ha pro-

113 “CONSIDERANDO: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad...”;

114 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Párr. 67.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

ducido estándares que permiten dimensionar y fortalecer la vinculatoriedad de derechos en relación a las mujeres a través de diferentes instrumentos que recalcan las obligaciones de los estados de garantía, respeto y protección. Así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) establece la obligación de reconocerles en materia civil “una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular [...] iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes” (art. 15), elemento recalcado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –CEDAW– en sus recomendaciones generales (Nº 16) sobre trabajadoras no remuneradas en las empresas familiares rurales y urbanas, (Nº 19) sobre las consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución y (No. 21) sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares .

Así mismo, en diferentes contextos, por ejemplo, en situaciones de conflictos, corresponde adoptar las normas y políticas que “reconozcan las desventajas particulares de las mujeres para hacer valer su derecho a la herencia, así como a la propiedad, en los contextos posteriores a conflictos, incluida la pérdida o la destrucción de los títulos de propiedad y otros documentos a causa de los conflictos”. En relación con la edad, se ha considerado necesario “abolir leyes y prácticas que afectan negativamente su derecho a la propiedad”; en relación al matrimonio, “velar porque los derechos de la mujer en materia de propiedad, adquisición, gestión, administración y goce de bienes privativos o no matrimoniales sean iguales que los del hombre”, incluso en el momento de su disolución; o si se trata de una mujer en el entorno rural, caso en el cual los programas de reforma agraria deben integrar “medidas específicas por género [que] promuevan la igualdad formal y sustantiva, por ejemplo mediante la concesión de títulos de propiedad conjuntos, y exijan el consentimiento de la mujer para la venta o la hipoteca de tierras de propiedad conjunta o para realizar transacciones financieras relacionadas con la tierra”.

Esta cláusula ha sido reforzada por la Relatora sobre el derecho a la vivienda adecuada, que ha recomendado que las leyes, las políticas y los programas de vivienda reconozcan “la copropiedad de la vivienda y la tierra, y garantizar que las mujeres tengan los conocimientos y los recursos jurídicos necesarios para reclamar eficazmente y lograr la aplicación de sus derechos”.

Asegurar la propiedad de las mujeres también es un elemento fundamental para el cuidado del medio ambiente. La Agenda 21 (1993) había reconocido la importancia de su



participación en la ordenación del medio ambiente, recomendando tomar medidas para asegurar su acceso “a los derechos de propiedad, así como a los insumos e implementos agrícolas”. Ante desastres naturales y el cambio climático, corresponde a los estados otorgar prioridad a la lucha contra su discriminación “en lo referente a la propiedad, la utilización, la enajenación, el control, la gobernanza y la herencia de bienes, tierras y recursos naturales, y el acceso a ellos, así como contra los obstáculos que impiden a las mujeres el ejercicio de su plena autonomía y capacidad jurídica [...]”.

En tal sentido, ningún proyecto puede considerarse de utilidad pública mientras no respete los derechos internacionalmente reconocidos, y si cruza esa línea será una medida arbitraria, entendida ya sea como decisión caprichosa, despótica o carente de proporcionalidad jurídica.



4. IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

Este capítulo se ocupa de examinar algunos elementos que denotan profundas tensiones entre el contenido que los estados dan a los conceptos de utilidad pública y análogos y los que las personas y comunidades que habitan diferentes territorios del campo y de la ciudad conciben como de utilidad y bienestar común. Tales resistencias, en muchas ocasiones tienen que ver con la evidente comprobación de daños irreversibles sobre los tejidos sociales, ecológicos y territoriales.

Los casos analizados en este informe dan cuenta de megaproyectos minero-energéticos ejecutados al amparo de figuras de UPYCA. Despertaron debates sociales y políticos que disputan la idea de su utilidad pública y resaltan aspectos no tenidos en cuenta al momento de determinar su implementación. Reflejan otras formas de entender lo útil e insertan aspectos que deberían tenerse en cuenta al momento de examinar la utilidad o inutilidad de estas actividades extractivas

1. En lo ambiental

El concepto de racismo ambiental remite a la descripción de injusticias ambientales. Surgió en Estados Unidos en la década de 1980, cuando el movimiento antirracista denunció que los depósitos de desechos tóxicos y las industrias más contaminantes se concentraban en las zonas habitadas por la población negra. Desde entonces, grupos étnicos en varias regiones del mundo han denunciado que existe una concentración desigual de los beneficios y daños causados por los grandes proyectos de desarrollo: mientras que los grupos privilegiados se benefician de la rentabilidad de estos emprendimientos, los más desfavorecidos soportan la contaminación, el desplazamiento forzado y otras formas de violación de derechos provocadas por actividades económicas que degradan el medio ambiente.

Aunque los impactos y riesgos de los proyectos minero-energéticos y su cadena son muchos y de diferente magnitud, están distribuidos de manera desigual entre clases, razas y géneros. Afectan, en mayor medida, poblaciones que tienen menos poder y recursos económicos: campesinos, trabajadores y trabajadoras rurales, pueblos tradicionales como son las comunidades indígenas y quilombolas, habitantes de las periferias urbanas, grupos no blancos y mujeres. Sus constantes resaltan en los países que integran este estudio:



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

En Ecuador, el proyecto Mirador está situado en una zona mayoritariamente campesina e indígena. Las familias que permanecen en sus inmediaciones, especialmente indígenas, sufren sus impactos: la contaminación y destrucción de sus espacios y actividades de autoabastecimiento, su horticultura, pesca y recolección de productos de los bosques. En este nuevo contexto las familias han cambiado sus ocupaciones autónomas y soberanas por trabajos en la empresa. Mujeres shuar del centro shuar Pakintza (parroquia El Guismi) expresan que, con la presencia de Ecuacorriente, a más del trabajo del cuidado familiar y de las ajas (huertas), realizan trabajos remunerados de limpieza y cocina en uno de los campamentos mineros, y luego permanecen todo el día en la empresa. Retornan a sus hogares entre las 5 y 6 de la tarde, al filo de la noche, y continúan con su trabajo de cuidado del hogar.

En su reciente visita a Ecuador, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Afrodescendientes declaró que los afroecuatorianos

“sufren de racismo ambiental debido a la contaminación sistemática de sus fuentes de agua y del medio ambiente. Según Reid [miembro del grupo], existe una intimidación a sus comunidades y una respuesta insuficiente del Estado. “El Estado no debe permanecer indiferente ante los abusos y violaciones de derechos humanos cometidos por las industrias extractivas y por otras empresas, se debe poner fin a la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos y al racismo ambiental”¹¹⁵.



84

Esta declaración expone claramente el contenido de la categoría de racismo ambiental o la desproporcionada incidencia de afectaciones ambientales como la contaminación, en territorios racializados. En 1995 el Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia había establecido en su visita a los Estados Unidos que la cuestión ambiental también está cruzada por discriminación y racismo e hizo eco del estudio de la Commission for Racial Justice de la United Church of Christ, que “llegó a la conclusión de que el factor racial es un elemento decisivo en la elección de los lugares donde se depositan los desechos tóxicos”¹¹⁶ en ese país.

115 Reseñado por Naciones Unidas. Ecuador debe implementar planes para eliminar la discriminación contra afrodescendientes. Diciembre 23 de 2019. En: <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466981> . También: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25452&LangID=S>

116 Informe E/CN.4/1995/78/Add.1, párr. 89.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Veinte años más tarde, la CIDH manifestó preocupación por la cuestión en la región en su informe sobre industrias extractivas y pueblos indígenas y afrodescendientes, y expresó que “si bien actividades de esta naturaleza pueden responder a intereses legítimos, incluso de alcance nacional, no es aceptable que el impacto recaiga en forma tan desproporcionada en los pueblos indígenas y tribales, y las comunidades afrodescendientes, colectivos cuya diversidad étnica y cultural los Estados tienen obligación de proteger”¹¹⁷.

Dado que se trata de un fenómeno extendido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente incluyó en el tercero de los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente¹¹⁸ que corresponde a los Estados prohibir la discriminación y garantizar una protección igual y efectiva contra ella en la satisfacción del derecho al medio ambiente saludable. Más aún, especificó que la discriminación puede ser directa, en tanto se trate de medidas que impiden la participación o el acceso a la información de comunidades en contextos de decisiones que impactan el medio ambiente, y la indirecta como aquellas medidas aparentemente neutras pero que impactan desproporcionadamente a grupos históricamente discriminados, y cita como ejemplo “ciertas medidas que repercuten negativamente en los ecosistemas, como las concesiones mineras y madereras, [que] producen efectos desproporcionadamente graves en comunidades que dependen de los ecosistemas”¹¹⁹.

En Brasil, algunos estudios demuestran que las presas de relaves mineros están situadas prioritariamente en áreas donde viven afrodescendientes, poblaciones tradicionales u otros grupos vulnerados por su clase, origen o color. De hecho, un estudio sobre el perfil socioeconómico de la población afectada por las roturas de las represas de relaves de Vale arrojó datos significativos sobre una mayor presencia de la población negra, así como de bajos ingresos, en la trayectoria inmediata de la devastación producida por el lodo:

- El 84,5% de las víctimas inmediatas de la ruptura de la presa de Fundão en 2015, que vivían en el distrito de Bento Rodrigues, en Mariana, eran no blancos.
- En Córrego do Feijão y Parque da Cachoeira, lugares más afectados por la ruptura de la presa en Brumadinho, el 58,8% y el 70,3% de la población, respectiva-

117 Informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. 2015. Párr. 23.

118 Informe A/HRC/37/59 de 2018.

119 *Ibidem*. Párr. 9.



mente, se declaran no blancos, según el último censo del Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística de 2010. El ingreso promedio en Córrego fue de menos de 2 salarios mínimos.

La implementación de grandes proyectos mineros ha impactado permanentemente tradicionales y preexistentes formas de ocupación y usos de la tierra¹²⁰. Actualmente existen más de 4.000 solicitudes para la exploración minera en tierras indígenas en espera del consentimiento de la Agencia Nacional de Minería, una vez que se regule la minería en tierras indígenas.

En este país se vulnera el derecho a la salud, exponiendo a la población del asentamiento Roseli Nunes, uno de los casos presentados en este estudio, a intoxicaciones agudas y crónicas por contaminación del río Bugres, así como arroyos y manantiales del asentamiento. Además de la amenaza de la minería, el asentamiento también está rodeado de monocultivos de soja y caña de azúcar. Así, también se constata la vulneración del derecho a la soberanía y la seguridad alimentaria de las familias campesinas que se ven obligadas a consumir alimentos contaminados por pesticidas, esparcidos sobre sus cultivos, en el agua, el aire y el suelo, así como la pérdida de semillas de maíz tradicionales contaminadas por transgénicos que impedirá a la comunidad permanecer en el lugar por mucho más tiempo¹²¹.



86

En Colombia, la megaminería ha transformado la relación de las comunidades con la tierra y con el ambiente, pasando muchas de ellas de una economía de producción auto-suficiente a depender del flujo de dinero para la adquisición de los productos básicos, y de ser productoras a consumidoras. La pérdida de territorios cultivables y con acceso al agua y alimentos ha menoscabado el autoabastecimiento y la posibilidad de obtener ingresos derivados de la venta o intercambio de sus productos. En el megaproyecto Cerrejón, situado en el departamento de La Guajira, esta pérdida se presenta asociada a la de tradiciones alimentarias y de conocimientos ligados a usos medicinales según costumbres del pueblo Wayuu. La explotación minera debilitó las relaciones de comercio e intercambio

120 Según el artículo 231 de la Constitución Federal, la minería en la franja fronteriza y en tierras indígenas debe tener un tratamiento especial y regulaciones específicas. Aunque la minería en las zonas fronterizas fue regulada en 1979, la regulación de la actividad en tierras indígenas aún no ha sido aprobada por el Congreso.

121 También hay una pérdida de semillas de maíz tradicionales contaminadas por transgénicos. Se viola el derecho a la salud, exponiendo a la población del asentamiento a intoxicaciones agudas y crónicas. El derecho al agua también es violado por los agricultores que no respetan los múltiples usos de este bien común; contaminar el río Bugres, arroyos y manantiales del asentamiento; degradan las fuentes utilizadas por los hogares para el consumo doméstico y productivo. Permanecer en tierra es cada vez más difícil.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

que se llevaban a cabo entre la alta Guajira y la Sierra Nevada de Santa Marta, y también con poblaciones asentadas en la Serranía del Perijá, entre las cuales se cultivaba la mayoría de los alimentos del departamento, y donde la cuenca del río Ranchería garantizaba el abastecimiento del agua para toda la región.

El Cerrejón ha impactado la vida colectiva de las personas y comunidades, más de veinte mil forzadas a abandonar sus territorios ancestrales para cederlo a la explotación minera, en tanto que la mayoría de las comunidades étnicas de este departamento sufren el impacto social, cultural y económico de ese megaproyecto. Por una parte, la pérdida de territorios para la movilidad humana y animal ha ocasionado profundos impactos en las formas de vida pastoril wayuu. La mayoría de las comunidades desalojadas o reasentadas han perdido la cohesión social y la habitabilidad territorial que les permitía subsistir sin tener que buscar trabajos afuera de su entorno. Muchas de las personas se vieron forzadas a migrar a zonas urbanas para obtener trabajos en condiciones de suma precariedad económica, social y cultural.

En la comunidad indígena de Provincial, una de las más cercanas a los tajos y botaderos mineros, la contaminación ambiental por el material particulado de la mina impide que los niños y las niñas puedan jugar al aire libre en adecuadas condiciones de salubridad y como es costumbre en esta etnia. Uno de los niños de la comunidad que enfermó gravemente, luego del diagnóstico tuvo la recomendación médica de salir del territorio como medida de salubridad¹²².

En Bolivia, la expedición de una nueva ley minera¹²³ contrasta con los postulados de la Ley de la Madre Tierra, principalmente en lo referente a la explotación de recursos mineros en áreas protegidas y glaciares y al uso de los recursos naturales por parte de los concesionarios mineros. En este país se han denunciado los efectos ambientales causados por las actividades mineras, fundamentalmente en cercanías a las subcuencas Huanuni, Desguadero, los Lagos Poopó y Uru Uru y Antequera¹²⁴.

122 Vídeo “El Mal Vecino”: Historia de Moisés Daniel Guette niño indígena Wayuu a quien la contaminación de la mina Cerrejón le impide habitar su territorio <https://www.youtube.com/watch?v=voqAWT-NjICk>

123 Castro, M., Ferrufino, R., Taucer, E., & Zeballos, H. (2014). El estado del medio ambiente en Bolivia. La Paz: Fundación Milenio-Konrad Adenauer Stiftung.

124 Se constituye en un espacio de denuncia frente a las operadoras mineras que usan reactivos químicos que afectan su hábitat natural, también se constituyen en un espacio de interpelación, concertación y propuesta del respeto a la madre tierra y la concreción del qamaña (vivir bien-vivir en equilibrio-vivir con dignidad).



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

En Chile, la Ley orgánica Constitucional de Concesiones Mineras señala que los titulares de estas concesiones tienen pleno derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en los terrenos en cuestión, conocidas como “las aguas del minero”, siempre que dichas aguas sean necesarias para los trabajos de exploración y explotación.

Por su parte, el Instituto Nacional de Derechos Humanos reporta que el 79% de los conflictos involucra la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el 45% de los conflictos reporta la vulneración a disfrutar la salud física y mental así como un 44% de los conflictos reporta que se está vulnerando su derecho al agua¹²⁵. Asimismo, esa institución indica que de 117 conflictos registrados, el 66% son producidos por el sector minero-energético.

En México, el proyecto energético central eólica Gunaá Sicarú pretende desarrollarse en tierras que pertenecen a comunidades indígenas. Además de las violaciones a los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, el derecho a un medio ambiente sano en su vertiente procedimental tampoco ha sido garantizado, pues las comunidades de Juchitán y Unión Hidalgo no participaron en la elaboración de los estudios de impacto ambiental sobre el proyecto, a pesar de la especial importancia de dichos estudios en tanto atienden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos¹²⁶ y del reconocimiento de su derecho a la participación en los mismos¹²⁷. Esta omisión es especialmente grave pues el proyecto pretende desarrollarse en una región donde operan al menos 31 parques eólicos de gran escala, sin que se conozcan los impactos acumulativos¹²⁸ causados por los mismos y, en consecuencia, las afectaciones al medio ambiente sano para la comunidad.



88

125 De acuerdo al Instituto Nacional de Derechos Humanos.

126 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

127 En términos del artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

128 Son acumulativos aquellos impactos en el medio ambiente que resultan del impacto incremental de una acción o actividad cuando se agrega a otras acciones pasadas, presentes y futuras razonablemente previsibles, independientemente de qué agencia o persona lleve a cabo tales otras acciones. Los impactos acumulativos pueden resultar de acciones individualmente menores, pero colectivamente significativas, que tienen lugar durante un período de tiempo. International Association for Impact Assessment, *Cumulative Effects Assessment And Management*.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

En Perú, la Defensoría del Pueblo presentó el Reporte de Conflictos Sociales N° 190, correspondiente al mes de diciembre de 2019, el cual da cuenta –entre otros aspectos– de 184 conflictos sociales registrados (133 activos y 51 latentes). En cuanto a la tipología, los casos socioambientales continúan siendo los más numerosos (69.0%). Este tipo de conflicto mantiene esta ubicación desde abril de 2007. Respecto a los conflictos vinculados a la minería, su porcentaje con relación a los socioambientales es de 65.4% y de 45.1% del total de conflictos sociales¹²⁹.

2. En cuanto a la vida e Integridad personal

En Bolivia, el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, en su visita de 2007 escuchó denuncias sobre la contaminación producida por las concesiones mineras “Muchas de estas actividades incluyen a empresas mineras (a veces a cielo abierto) de metales pesados como oro, plata, plomo y zinc, cuyos procesos de extracción son altamente contaminantes. El deterioro del medio ambiente se traduce en la pérdida de tierras para el cultivo, la contaminación de acuíferos subterráneos, ríos y lagos, y la muerte del ganado y de la fauna silvestre. En muchos casos se denuncia la falta de cumplimiento de las condiciones de la licencia ambiental de estas explotaciones, así como la ausencia de todo tipo de compensaciones”¹³⁰. Esta constante implica falta de fiscalización y sanción de las empresas mineras y un incumplimiento de la normatividad ambiental¹³¹.

Las mismas constataciones fueron realizadas por la CIDH en el informe de país de 2007, “observó con preocupación la grave contaminación ambiental que han generado algunos de estos proyectos de desarrollo y los efectos nocivos que han tenido para la continuidad de las actividades básicas de subsistencia y la salud de los miembros de los pueblos indígenas y comunidades campesinas que se encuentran en los territorios en los que se llevan a cabo dichos proyectos”¹³².

Ante tal panorama, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) recomendó que “un organismo independiente lleve a cabo estudios de impacto antes de

129 Reporte de Conflictos Sociales N° 190. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad. Defensoría del Pueblo. <https://www.defensoria.gob.pe/la-defensoria-del-pueblo-registro-184-conflictos-sociales-al-mes-de-diciembre-2019/>

130 Informe A/HRC/7/5/Add.2, párr. 17.

131 Informe A/HRC/11/11 del 18, párr. 78.

132 Párr. 246.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos y naciones indígena originario campesinos y afrobolivianos”¹³³.

Los problemas con los Estudios de Impacto Ambiental son una constante en la región. En el caso de Honduras el CERD también recomendó “que, como parte del proceso de consulta previa, entidades independientes e imparciales realicen estudios sobre el impacto social, ambiental y cultural que puedan tener los proyectos de desarrollo económico y de explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas y afrohondureños, asegurando la debida participación de pueblos indígenas y afrohondureños a fin de proteger sus formas tradicionales de vida y de subsistencia”¹³⁴.

En el caso de México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe anual, reportó 500 denuncias sobre violaciones a derechos humanos cometidas por el Estado mexicano, en su mayoría referidas a la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales y ofensas a defensores y defensoras de derechos humanos y periodistas¹³⁵. Dichas cifras lo sitúan como el Estado con mayores violaciones a derechos humanos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Así mismo, el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas manifestó preocupación porque “estas evaluaciones se aprueban antes de realizarse las consultas, y presentan deficiencias en la identificación de los verdaderos impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas¹³⁶”, por lo anterior, el CERD recomendó en 2019 que “como parte integral de tales procesos [de consulta] se realicen estudios independientes e imparciales sobre el impacto ambiental y sobre los derechos humanos que puedan tener los proyectos de desarrollo en territorios de pueblos indígenas¹³⁷”.

De igual manera, tal como se enunció en el acápite 1.7.3, el contexto ha sido caracterizado como de violación sistemática de los derechos de pueblos y comunidades indígenas

133 CERD/C/BOL/CO/17-20, párr. 20.

134 CERD/C/HND/CO/6-8, párr. 23.

135 Programa Universitario de Derechos Humanos, Disponible en: <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?cat=690>

136 Informe A/HRC/39/17/Add.2, párr. 38.

137 CERD/C/MEX/CO/18-21, párr. 21. En el mismo sentido CERD/C/MEX/CO/15, párr. 20.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

en México que se ve exacerbado con la implementación de megaproyectos extractivos en sus territorios.

En el caso de Ecuador la “Contraloría General del Estado señaló, entre otros serios problemas, la inadecuación de los estudios de impacto ambiental en relación con los proyectos Mirador y San Carlos Panantza”¹³⁸, situación que no detiene su ejecución y sus impactos ambientales y sociales. En el caso del proyecto Mirador, en 2015 el Ministerio del Ambiente instauró un proceso administrativo contra la empresa Ecuacorriente tras detectar que ésta no cumple con lo establecido en los planes de manejo ambiental aprobados por el propio MAE para la exploración avanzada y la explotación. Ejemplos de ello, los siguientes: de un ancho de 7.2 metros establecidos en el EIA para caminos, la empresa los construyó con un ancho entre 4.0 y 5.5 metros; igualmente, abrió caminos no considerados en el EIA; inexistencia de rehabilitación y revegetación de taludes y caminos, material de apertura de caminos ubicados en quebradas y bordes de vías; inexistencia de medidas ambientales de mitigación y control de impactos para evitar la afectación a las fuentes de agua¹³⁹. Ante tal situación la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁴⁰ recomendó realizar los estudios “con la plena participación de los pueblos indígenas, y considerando el impacto integral acumulado a nivel territorial. Deberán realizarse estudios de impacto en derechos humanos, incluyendo los derechos consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio núm. 169 de la OIT”¹⁴¹, y el CERD recomendó igualmente “llevar a cabo estudios de impacto, mediante un organismo independiente, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios”¹⁴².

La misma recomendación fue hecha a Perú por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, quien en su informe de visita de 2004 y ante la magnitud de los daños ambientales y en la salud de las comunidades, instó a velar “porque se haga una evaluación independiente del impacto medioambiental y social, teniendo en cuenta los derechos antes de poner en marcha todo

138 Relatora sobre los derechos de los pueblos indígenas, informe A/HRC/42/37/Add.1, párr. 27.

139 Memorando Nro. MAE-SCA-2015-0132 y Proceso Administrativo de Calidad Ambiental Nro. Z-03-2015.

140 Relatora sobre los derechos de los pueblos indígenas, informe A/HRC/42/37/Add.1, párr. 27.

141 *Ibidem.*, párr. 84.

142 CERD/C/ECU/CO/23-24, párr. 19.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

proyecto minero o industrial que pueda desvirtuar el derecho a la salud”¹⁴³. Uno de los conflictos relacionados con la modificación del informe de evaluación de impacto es el del proyecto minero de Las Bambas, en Apurímac:

“las comunidades afectadas por el proyecto minero de Las Bambas no fueron consultadas en relación con la modificación que se introdujo en la evaluación del impacto del proyecto. La modificación se refería a un cambio en el modo de transporte del concentrado de cobre, que sería trasladado por vía terrestre y no a través de un minero-ducto. Como consecuencia de esa modificación, 300 camiones diarios cargados con concentrado de cobre y productos químicos debían recorrer una distancia de cerca de 500 km por carreteras sin pavimentar atravesando comunidades rurales remotas, provocando temblores del terreno y los edificios, levantando polvo y poniendo en peligro al ganado. El hecho de que no se hubiera consultado a las comunidades afectadas por el aumento del tráfico contribuyó, en 2015, a la intensificación de los disturbios sociales, durante los cuales se produjeron cuatro muertos y varios heridos”¹⁴⁴.

El Comité contra la tortura ha expresado su preocupación por el número de personas muertas y heridas en situaciones de conflicto con motivo de la realización de proyectos extractivos:

“El Comité expresa su preocupación por el número de personas muertas y heridas como consecuencia de la acción de las fuerzas de seguridad en respuesta a las acciones de protesta, en ocasiones violentas, contra proyectos mineros y otras industrias extractivas que se han sucedido en distintas regiones del país. Si bien observa un marcado descenso de este tipo de incidentes en los últimos años, el Comité lamenta que el Estado parte no haya proporcionado la información solicitada sobre las investigaciones y las actuaciones penales conexas llevadas a cabo respecto de todas las muertes de manifestantes por disparos de efectivos de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas durante el período objeto de examen. Por otra parte, aunque toma nota de las explicaciones ofrecidas por la delegación sobre el alcance del fuero militar y la legislación de excepción aplicable, el Comité mantiene su preocupación ante el recurso abusivo que hace el Estado parte de los estados de emergencia y la consiguiente restricción y/o

143 Informe E/CN.4/2005/51/Add.3, párr. 56.

144 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, informe A/HRC/38/48/Add.2, párr. 31.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

suspensión de derechos y libertades fundamentales para sofocar, incluso de manera preventiva, este tipo de protestas (arts. 2, 12, 13 y 16)¹⁴⁵.

En Brasil, el Grupo Opportunity –propiedad del banquero Daniel Dantas– fue acusado de utilizar prácticas violentas de coerción y hostigamiento a las familias campesinas en el territorio, con el apoyo del gobierno y las agencias gubernamentales.

En el informe de visita de 1996 del Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, destacó “Los indios sufren graves problemas de discriminación, exclusión y exterminación por los colonos, los garimpeiros y los madeireros (prospectores de minerales y explotadores de la madera) que invaden sus tierras. En 1993 hubo 43 homicidios, 83 tentativas de homicidio y 600 casos de amenazas de muerte”¹⁴⁶.

Ante las barreras para acceder a la tierra, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes recomendó en su informe de visita de 2014 que los procesos de titulación se hicieran más expeditos, como una manera, además, de evitar la violencia que impregna la resistencia a tales reivindicaciones¹⁴⁷.

En Colombia, luego de los acuerdos de paz firmados con la guerrilla de las Farc, se develan con mayor claridad que los ataques a personas y grupos que defienden la tierra y los territorios en medio de conflictos socio-ambientales son un patrón independiente de la existencia del conflicto armado. En 2019 diecinueve activistas ambientales perdieron la vida de manera violenta, lo que sitúa a Colombia en uno de los lugares más peligrosos en el mundo para la defensa del ambiente. Este tipo de ataques suele estar acompañado de amenazas y desplazamientos de defensoras y defensores de los derechos asociados a estas actividades.

De acuerdo con la Defensoría (2016) existe un común denominador en los municipios mineros visitados: gran parte de las comunidades viven con temor de ser señaladas por oponerse a que entren retroexcavadoras y dragas a su territorio¹⁴⁸.

145 Comité contra la Tortura. 20 de noviembre del 2018. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Perú. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Naciones Unidas. CAT/C/PER/CO/R.7. Párr. 20

146 Informe E/CN.4/1996/72, párr. 60.

147 Informe A/HRC/27/68/Add.1, párr. 107, lit. c.

148 Introducción de prácticas violentas en la resolución de conflictos (desapariciones, amenazas a líderes, asesinatos, cobros ilegales impuestos por grupos al margen de la ley, etc.).



De igual manera, el anuncio o implementación de megaproyectos mineros en los territorios colombianos está asociado a las alteraciones del orden público¹⁴⁹, inestabilidad social y miedo en la comunidad por la militarización y tránsito de grupos al margen de la ley, que imponen controles a la libre circulación y movilidad, extorsiones, hostigamiento, amenazas y represión. El desplazamiento y pérdida de espacios de vida y labor por parte de la población minera nativa y tradicional es uno de los aspectos que con recurrencia se denuncia.

Los organismos internacionales han caracterizado la cuestión como un “desastre ecológica implicado en [las] aceleradas transformaciones del medio ambiente de los pueblos indígenas, en los cuales se mueven miles de millones de dólares de inversiones e intereses económicos transnacionales, superado solamente por la catástrofe humana que ello ha significado para las comunidades y pueblos indígenas directamente involucrados”¹⁵⁰. El CERD recomendó en 2020 la urgencia de que entidades “imparciales e independientes realicen estudios sobre el impacto ambiental y sobre los derechos humanos que pueden tener los proyectos de desarrollo económico y de explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes”¹⁵¹, y el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales (CESCR) recomendó en 2019 que se adoptaran las medidas necesarias “para asegurar que el uso del agua en la industria de la minería no perjudique el acceso al agua potable, particularmente de las comunidades que pueden verse afectadas” además de adoptar medidas para el procesamiento de las aguas utilizadas en la minería¹⁵².



94

Así también, se destaca que “en muchas ocasiones, la implementación de proyectos a gran escala tales como operaciones mineras y la extracción de recursos naturales ha provocado la violación de derechos fundamentales por medio de asesinatos, secuestros y desplazamientos masivos”¹⁵³ en los territorios étnicos. Así lo corroboró la Experta independiente

149 No obstante, el gobierno nacional colombiano ha argumentado reiterativamente que la minería es, y puede ser, un “motor para el desarrollo” y el crecimiento económico de Colombia. Ha sido presentado como un sector de interés nacional y, según lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo Minero en Colombia ha una década (UPME 2009), se han tomado medidas para maximizar la producción minera.

150 Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, informe E/CN.4/2005/88/Add.2, párr. 57. En el mismo sentido el CESCR, informe 2011, E/C.12/1/Add.74, párr. 12.

151 CERD/C/COL/CO/17-19, párr. 19, lit. b.

152 E/C.12/COL/CO/6, párr. 59

153 Relatora Especial sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos. Informe E/CN.4/2002/106/Add.2, párr. 119.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

sobre las cuestiones de las minorías en su visita de 2010, quien coincidió con la propia Corte Constitucional en que una de las causas del desplazamiento forzado de comunidades afrocolombianas es “la existencia de procesos mineros y agrícolas que imponía fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que había favorecido su despojo”¹⁵⁴, en una dinámica permanente:

“Se informa reiteradamente de que los grupos armados actúan en connivencia con empresas nacionales y extranjeras (incluidas empresas de aceite de palma y mineras) y a menudo con las autoridades y los empresarios de la zona para apoderarse de las tierras y los recursos y controlarlos. Las comunidades negras casi nunca se benefician de esos megaproyectos y están muy preocupadas por la injerencia en sus derechos sobre las tierras y por los efectos ambientales adversos. Asimismo, la manipulación o cooptación de los líderes de la comunidad y de los consejos comunitarios crea divisiones en el seno de las comunidades afrocolombianas con el objetivo de apropiarse de las tierras”¹⁵⁵.

En el informe de la CIDH de 2013, dedicado a la verdad, la justicia y la reparación en Colombia, se caracterizó a los megaproyectos como otras formas de violencia, además de la desatada por los actores armados¹⁵⁶. Las cifras de violencia contra defensores ambientales son alarmantes, “el 30% de los ataques se producen en zonas con proyectos mineros a gran escala (en particular de oro)”, como pudo constatarlo el Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en su informe de 2019¹⁵⁷. De cualquier manera, los pueblos caracterizan esta violencia étnico territorial como derivada del “control del acceso a los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas que en ocasiones constituyen “rentas de guerra que usufructúan directamente los actores armados” y en otros casos, éstos se convierten en “intermediarios al servicio de empresarios y comerciantes asociados con la extracción forestal, la minería, la pesca y las redes de mercado de ciertos productos”¹⁵⁸.

En Honduras, informes internacionales dan cuenta de extremas limitantes existentes para el ejercicio de derechos cuando se trata de proyectos extractivos a gran escala. Así,

154 Informe A/HRC/16/45/Add.1, párr. 65.

155 *Ibidem.*, párr. 68.

156 Párr. 544.

157 Informe A/HRC/43/51/Add.1, párr. 63

158 CIDH, informe Verdad, Justicia y Reparación, párr. 760.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

la CIDH también ha expresado su preocupación expresamente por la criminalización de personas defensoras del medio ambiente y el territorio, y el uso indebido del derecho penal para limitar el ejercicio de su derecho a defender derechos humanos.

Honduras fue incluida por la Organización de Naciones Unidas en una lista de 29 países que castigan a las personas por su trabajo de defensa de derechos humanos y cuyos ataques en su contra son perpetrados o consentidos por funcionarios y funcionarias públicas.

Michel Forst, ha señalado que las personas defensoras de la tierra y el medio ambiente son víctimas de ataques, desalojos forzosos, golpizas, hostigamiento, estigmatización en campañas de desprestigio mediáticas y criminalización, situación que también ha sido constatada por la Corte Interamericana de Derechos en sus sentencias respecto de los asesinatos por su labor de los defensores ambientalistas Jeannette Kawas Fernández, Carlos Antonio Luna López y Carlos Escaleras Mejía.

Precisamente una de las medidas de reparación homologadas por la Corte IDH en el marco del caso Escaleras Mejía, fue el cambio del nombre del Parque Nacional Montaña de Botaderos por el de Carlos Escaleras Mejía, en reconocimiento de la lucha ambiental del defensor, y que ahora el riesgo que enfrentan los propuestos beneficiarios se deriva de sus labores en defensa de ese mismo Parque, el cual se encuentra gravemente afectado por actividades asociadas a proyectos mineros¹⁵⁹.



96

México ocupó el tercer lugar en asesinatos de personas¹⁶⁰ defensoras de derechos humanos en el continente americano, después de Colombia y Honduras¹⁶¹. Durante el 2019 se registraron 39 ataques a personas defensoras de los derechos de tierra, territorio y medio ambiente, 8 de los cuales están relacionados con proyectos de energía eléctrica, lo cual

¹⁵⁹ En su editorial del 8 de septiembre de 2020, el Equipo de Reflexión Investigación y Comunicación (ERIC-Sj), hace alusión directa a un mensaje de Twitter de parte de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Para los Derechos Humanos en Honduras, donde le recuerda al estado las recomendaciones realizadas recientemente por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas, así como también de arte del Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Declaraciones recuperadas de <https://eric-sj.org/np/los-complices-del-fiscal-5-estrellas-en-el-caso-guapinol/>

¹⁶⁰ Diversos hechos de violencia están relacionados con los proyectos eólicos que pretenden desarrollarse en la región, así como con la negativa al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la defensa de su territorio. En mayo de 2019, por ejemplo, en un ataque en las inmediaciones de Unión Hidalgo, seis personas fueron asesinadas (Imagen del Golfo, 2019); uno de los heridos fue una persona relacionada con ataques a personas defensoras de 2011. A nivel local, el ataque se identifica con las luchas entre diversos “sindicatos” para la contratación de personal para los parques eólicos.

¹⁶¹ Front Line Defenders, 2019.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

representa el 20.5% del total de las agresiones. De hecho, desde 2012 y hasta 2018 el sector que tuvo más agresiones fue el de energía hidroeléctrica y eólica¹⁶². Estos contextos de violencia han sido catalogados como sistemáticos y de discriminación estructural¹⁶³.

Existe una clara relación entre violencia, defensa de derechos humanos y pueblos y comunidades indígenas. Las graves violaciones a los derechos humanos en contra de los pueblos y comunidades indígenas en México se dan en dos áreas principales: violencia en el contexto de megaproyectos en tierras y territorios ancestrales autorizados sin el debido proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado; o en el marco de reivindicación de sus tierras y faltas al debido proceso penal¹⁶⁴. Muchos de dichos megaproyectos se desarrollan en territorios de los pueblos indígenas: por ejemplo, el 17% de las concesiones mineras existentes se encuentran dentro de algún territorio indígena¹⁶⁵.

En este país, en la visita de 2017 del Relator especial sobre los derechos de los defensores de derechos humanos, se puso de presente que es en “los proyectos a gran escala en relación con los cuales se había producido la mayoría de las agresiones contra defensores de los derechos sobre la tierra y el medio ambiente pertenecían a los sectores de la hidráulica (17), la minería (10), las infraestructuras (8) y la hidroelectricidad (7)”¹⁶⁶.

El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, fue también informado en su visita de 2016, de que en los contextos de operación de las empresas “cuando se producen violaciones de los derechos humanos, denunciarlas no es sencillo porque a menudo conlleva represalias, y acceder a las vías de recurso puede resultar difícil”¹⁶⁷, en tanto que “el Estado está sujeto a los intereses de las empresas y [...] en la práctica no se aplican los marcos de políticas ni se cumplen los compromisos”¹⁶⁸. Otro tanto suma la violencia derivada de “la presencia

162 CEMDA, 2019, pp. 20-24.

163 Muchos de dichos megaproyectos se desarrollan en territorios de los pueblos indígenas: por ejemplo, el 17% de las concesiones mineras existentes en México se encuentran dentro de algún territorio indígena, *ibíd.*, p. 125.

164 CIDH, 2015, p.124

165 De acuerdo con el informe, Oaxaca es la entidad federativa que registra el mayor número de agresiones en ese año, con 6 casos, concretamente los ataques se han suscitado en Juchitán de Zaragoza en el contexto de la construcción de proyectos de energía eólica, municipio que incluso en 2013 y 2014 registró 28 y 20 ataques, respectivamente, *ibíd.*: 125.

166 Informe A/HRC/37/51/Add.2, párr. 64.

167 Informe A/HRC/35/32/Add.2, párr. 8.

168 *Ibidem*.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

del crimen organizado en áreas donde también existen intereses mineros” y la militarización para, supuestamente, contenerla¹⁶⁹.

Ante tal panorama, la CIDH concluyó que “La violencia en el contexto de megaproyectos ha resultado en asesinatos, ejecuciones, hostigamiento y amenazas en contra de personas indígenas en muchos estados del país”¹⁷⁰.

A la violencia política sobre los defensores se suma la violencia de la contaminación ambiental. El Relator Especial sobre el derecho al agua insistió en que “es necesario reconocer el impacto de las actividades económicas en el agua y el daño potencial y real causado a la población local, que tal vez no tenga más remedio que utilizar fuentes de agua contaminadas. Se requiere una acción pronta para abordar esa situación”¹⁷¹.

Por su parte Chile, según el informe “¿Enemigos del Estado?” de Global Witness de 2019, aparece en el listado de países reportando dos víctimas fatales de defensores de la tierra y el medio ambiente para ese año. A la fecha de este informe se han abierto tres investigaciones por la muerte de defensores de la tierra y la naturaleza: Macarena Valdés, Alejandro Castro y Camilo Catrillanaca.



98

Chile reporta aumento en los procesos de criminalización de defensores de la tierra y el ambiente.

En Perú, los organismos internacionales han mapeado quizá los más terribles impactos en la salud de las comunidades, derivados de la contaminación de ríos por operaciones de procesamiento de minerales¹⁷² o como consecuencia de actividades mineras como el caso de la Oroya, cuyos habitantes “han venido haciendo frente a una grave crisis sanitaria debido a la contaminación procedente del complejo metalúrgico perteneciente a una empresa multinacional. Según un estudio realizado por el Ministerio de Salud en 1999, los efectos del envenenamiento por plomo en la región eran tales que el 18,3% de los niños estudiados tendrían que haber sido ingresados de urgencia en un hospital y sus hogares sometidos a un control ambiental. Además, el 67% de los niños examinados deberían

¹⁶⁹ Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/39/17/Add.2, párr. 60.

¹⁷⁰ Párr. 254.

¹⁷¹ Informe A/HRC/36/45/Add.2, párr. 35

¹⁷² Relatora sobre el derecho a la vivienda, informe E/CN.4/2004/48/Add.1 del 2003, párr. 43.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

de haber sido objeto de una evaluación y observación médica”¹⁷³; el caso del Callao en el que “la entrada y salida y el almacenamiento de mineral de plomo en grandes depósitos han provocado el saturnismo. Un estudio reciente descubrió que más del 50% de los niños presentaban una concentración sanguínea de plomo más de dos veces superior al límite tolerable definido por la OMS”¹⁷⁴ o el caso de San Mateo de Huanchor, en el que la comunidad sufre las consecuencias de desechos mineros tóxicos, de arsénico, plomo, mercurio y cadmio¹⁷⁵.

También han trascendido casos de impacto transnacional, como el de la contaminación generada en Bolivia en el distrito de Cojata, en razón a actividades mineras: “resultado en contaminación del río Suches, afectando los pastizales y generando la muerte de las alpacas, aves y otros animales. Se alega que ni Bolivia ni Perú actúan para remediar esta contaminación. Las mujeres indígenas expresaron al Relator Especial que la contaminación les afecta en particular por los cambios ocasionados en la calidad y disponibilidad de agua, los efectos sobre la producción ganadera (única fuente de trabajo para muchas mujeres) y los efectos negativos sobre la salud”, como lo constató el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas en su informe de visita de 2013¹⁷⁶.

3. En cuanto a las resistencias: libertades físicas y de pensamiento y criminalización

En Ecuador, a la falta de protección legal, las deficiencias en los procesos de consulta y la violencia en la contención de las manifestaciones en contra de los proyectos, se suma el ejercicio activo de la criminalización contra los defensores y disciplinamiento de los funcionarios públicos, como pudo constatarlo la Relatora sobre los derechos de los pueblos indígenas en su visita de 2019:

“[...] Las concesiones mineras se han multiplicado en todo el país. En la asamblea con pueblos indígenas de la Sierra en Victoria del Portete, la Relatora Especial se reunió con representantes de las comunidades de la parroquia de Molleturo afectadas por el proyecto Río Blanco, concesionado actualmente a Ecuagoldmining South America

173 *Ibidem.*, párr. 44

174 Relator Especial sobre el derecho a la salud, informe E/CN.4/2005/51/Add.3

175 *Ibidem.*

176 Informe A/HRC/27/52/Add.3, párr. 20.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

S.A. La concesión está dentro del bosque protector Molleturo-Mollepungo y de la Reserva Mundial de la Biosfera de Cajas. La falta de un proceso adecuado de consulta generó división en las comunidades, que ha derivado en violencia, enfrentamientos y la criminalización de más de 30 opositores al proyecto. También hubo impactos ambientales, como el secado de la laguna Cruz Loma o la contaminación de los ríos. La Corte Provincial de Azuay aceptó la acción constitucional por vulneración del derecho a la consulta de la comunidad de Molleturo en relación con el proyecto y ordenó su suspensión. El Ministerio de Energía y Recursos No Renovables solicitó medidas disciplinarias contra el juez del caso. Se informó también sobre graves impactos, enfrentamientos y criminalización de las comunidades afectadas por el proyecto minero de Quimsacocha (Azuay). Muchas comunidades de la Sierra, como los saraguros de la Cordillera de Fierro Urco, expresaron especial preocupación por los impactos en las fuentes de agua de los páramos andinos y las dificultades de acceso y control sobre este recurso fundamental¹⁷⁷.

El CERD ha manifestado preocupación por los abusos y violencia de las fuerzas armadas “contra algunos pueblos indígenas para asegurar los intereses de las empresas petroleras, mineras y madereras” que operan en sus territorios¹⁷⁸ y por las “detenciones arbitrarias y acusaciones infundadas cuando organizan o participan en protestas sociales, esencialmente en el contexto de leyes y políticas que regulan el uso de los recursos naturales y el derecho a la consulta efectiva con vistas a obtener el consentimiento¹⁷⁹, por lo que recomendó “proteger a personas indígenas contra ataques físicos e intimidación en lo relativo a recursos que se encuentren en sus territorios¹⁸⁰”.

Entre tanto, el CDESCR ha recomendado clarificar “el ámbito de aplicación de los tipos penales de sabotaje y terrorismo, y restrinja su aplicación en contextos de manifestaciones sociales. Unas comisiones de investigación independientes podrían realizar recomendaciones sobre la procedencia o no de la acción penal frente a la protesta social¹⁸¹”.

En Chile, en el 2020, en medio de la pandemia del covid 19, hubo protestas de la comunidad de Putaendo por cuanto el gobierno aprobó el proyecto de ampliación de sondajes

177 Informe A/HRC/42/37/Add.1, párr. 26.

178 CERD/C/ECU/CO/19, párr. 14.

179 CERD/C/ECU/CO/20-22, párr. 17.

180 *Ibidem*.

181 E/C.12/ECU/CO/3.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

de la minera, en una sesión telemática, sin información, sin publicitar, sin participación ni presencia de la comunidad. Ante las manifestaciones generadas, y en estado de excepción, el gobierno militarizó la comuna aplacando las protestas sin atender los reclamos que las generaron.

En Honduras, en septiembre de 2018 el Ministerio Público presentó acusación contra 18 personas por los delitos de usurpación y daños en perjuicio de la Empresa Los Pinares, y por el delito de Detentación del Espacio Público en perjuicio del Estado de Honduras. El Ministerio Público presentó un segundo Requerimiento el 17 de enero de 2019 acusando a 31 miembros del Comité Municipal de Defensa de Bienes Comunes y Públicos de Tocoa, por los delitos de privación injusta de la libertad, incendio agravado y robo en perjuicio de Santos Hernández Corea, y por el delito de incendio agravado en perjuicio de la empresa “Lo Pinares” y por el delito de asociación ilícita en perjuicio de la seguridad interior del Estado de Honduras. Los Defensores se presentaron voluntariamente y recibieron sobreseimiento definitivo al quedar demostrado que su labor se circunscribió a su ejercicio como defensores del ambiente y, por ende, defensores de Derechos Humanos. No obstante, en agosto 2020, se recibió notificación que una corte de apelaciones había revocado el sobreseimiento.

En este país, en su reciente visita de 2018 el Relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos advirtió que “El delito de usurpación del nuevo Código Penal podría resultar en la criminalización de quienes ejercen el derecho de reunión pacífica, de ser aplicado en contextos de manifestaciones pacíficas y desalojos, pese a no haber intención de apropiación”¹⁸², se trata de un tipo penal que puede aplicarse específicamente en el contexto de resistencias a los desalojos por motivos de desarrollo o imposición de proyectos mineros.

Esta no es una situación extraña, la CIDH constató en su informe de país de 2015 que “Por el temor a ser víctimas de violencia y como consecuencia de las amenazas recibidas debido a su labor de oposición a diversos proyectos mineros, algunos dirigentes y líderes indígenas habrían tenido que abandonar sus comunidades”¹⁸³, lo que ratificó en su informe de 2019, en particular con el desplazamiento de los miembros del Comité Municipal

¹⁸² Informe A/HRC/40/60/Add.2, párr. 20.

¹⁸³ Párr. 83.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

de Defensa de Bienes Comunes de Tocoa, en resistencia frente a un proyecto minero¹⁸⁴. Se trata de un doble hostigamiento, uno normativo a través de la criminalización y otro de facto a través de la violencia física.

Finalmente, en Perú, la situación de conflictividad social queda reflejada en múltiples episodios, como lo recuerda el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas”

“Entre los casos más emblemáticos relacionados con las protestas contra industrias extractivas en años recientes figuran: el caso de los sucesos de Bagua de 2009, que resultó en la muerte de numerosas personas indígenas y no indígenas, y que fue el motivo de una anterior visita del Relator Especial al Perú; la oposición por parte de comunidades aymaras a la concesión otorgada a la empresa Bear Creek para llevar adelante el proyecto de minería Santa Ana, la cual resultó en investigaciones contra docenas de personas aymaras; y las protestas sobre el proyecto minero Conga en la región de Cajamarca, las cuales suscitaron la declaración de dos estados de emergencia, en 2011 y 2012, y sucesos de violencia entre los manifestantes y fuerzas de seguridad en julio de 2012 que resultaron en cinco comunitarios muertos y decenas de personas lesionadas”¹⁸⁵.



102

En todos estos episodios el Estado ha respondido con exceso de fuerza y criminalización.

Para contener estas violencias, el CERD ha recomendado adoptar “medidas para prevenir el uso excesivo de la fuerza, los malos tratos y el abuso de autoridad contra miembros de pueblos indígenas y afroperuanos, entre otras cosas garantizando el respeto del principio de proporcionalidad y de estricta necesidad en el uso de la fuerza y llevando a cabo capacitaciones dirigidas a agentes del orden sobre el uso de la fuerza y el restablecimiento del orden utilizando mecanismos convencionales; [y asegurar] que la actuación de la Policía Nacional del Perú sea completamente independiente e imparcial y considere la eliminación de convenios de prestación de servicios a empresas privadas, particularmente a empresas mineras que desarrollan actividades en territorios indígenas”¹⁸⁶.

184 Párr. 306.

185 Informe A/HRC/27/52/Add.3, p. 25

186 CERD/C/PER/CO/22-23, párr. 25.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Según las informaciones que obtuvo el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en su visita de 2017 a Perú, se habían adoptado algunos textos legislativos que agravaban la situación de los defensores de los derechos humanos en el país, entre ellos, una ley sobre la lucha contra las organizaciones delictivas, que ampliaba el plazo de detención preventiva y endurecía las penas que podían imponerse a los miembros de tales organizaciones. Los líderes comunitarios dijeron que les habían imputado cargos penales por extorsión, al haber supuestamente perturbado la prestación de servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, mientras participaban en protestas para exigir el respeto de los derechos humanos¹⁸⁷.

Un claro ejemplo, es el caso de Walter Aduviri, dirigente del Frente de Defensa de Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno, quien fue condenado por el delito contra la Tranquilidad Pública-Disturbios, a 6 años de pena privativa de libertad, a pesar de que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo recomienda que cuando se trate de miembros de pueblos indígenas se debe optar por penas distintas al encarcelamiento. En el marco de acciones de protesta en medio de los cuales se desencadenaron hechos violentos, se iniciaron procesos judiciales contra varios líderes y lideresas aymaras acusados de cometer delitos de extorsión agravada con lo cual “habrían obligado al gobierno a derogar el D.S. N° 083-2007-EM”, y por generar disturbios y entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos.

Tal vez el caso de criminalización que más ha trascendido a nivel internacional es el de Máxima Acuña de Chaupe, en resistencia contra la Minera Yanachocha, quien tuvo que atravesar por un proceso penal de 5 años hasta que se determinara que no había ocupado ilegalmente la tierra reclamada por la empresa.

Máxima y su familia informaron al Grupo de Trabajo que habían sido objeto de reiterados actos de intimidación, amenaza y hostigamiento. Como consecuencia de ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había solicitado la adopción de medidas cautelares para brindar protección a Máxima Acuña de Chaupe, su familia y otros

187 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú. (10 al 19 de julio de 2017). Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. 9 de mayo del 2018. A/HRC/38/48/Add.2. Párr. 71



46 dirigentes comunitarios locales que participaron en las protestas contra el proyecto minero¹⁸⁸.

4. En cuanto a la participación, la consulta y el consentimiento

Emerge un aspecto que se repite y está relacionado con la unilateralidad en la manera como le dan contenido a lo que es de utilidad pública. Si bien utilidad pública y otros conceptos análogos aparecen desde las constituciones mismas y muy ligados a los procesos de independencia de las primeras décadas del siglo XIX, se mantienen con el paso del tiempo, aunque las cartas políticas muten como síntesis de las crisis políticas vividas y de los poderes políticos que emergen de las mismas, conceptos cuya interpretación y aplicación depende fundamentalmente de quien detente el poder.

Si bien otros bienes son protegidos constitucionalmente a través de la figura de la utilidad pública u otros conceptos análogos, en proyectos minero-energéticos existe un énfasis en la concreción de esas figuras así como en la brevedad de los procedimientos para su implementación, lo que contrasta con el uso y los mecanismos de protección para otras prioridades que incluso gozan de especial protección constitucional como la producción de alimentos, la diversidad biológica, social-cultural, entre otras.



104

Esta conceptualización se concreta de diversas maneras dependiendo del país y la materia, pero en todo caso pasando por procesos de participación formal que según arroja la documentación hasta ahora examinada suelen invisibilizar, desconocer o tergiversar la voluntad de personas y colectividades que tendrían que estar involucradas en la toma de decisiones.

Aquí nos topamos entonces con dos grandes vertientes de la participación, como uno de los elementos que refleja la agudeza que van adquiriendo los conflictos socioambientales en la región ya que, a pesar de la existencia de mecanismos tanto para los trámites colectivos como individuales, los megaproyectos terminan imponiéndose de manera unilateral y excluyendo otras formas de entender lo que para pueblos y comunidades puede ser “útil”, “estratégico”, valioso o de bienestar general. Los actos gubernamentales que prescinden de la gente no sólo en la toma de las decisiones sino en la fotografía que toman de los

¹⁸⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú. (10 al 19 de julio de 2017). Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. 9 de mayo del 2018. A/HRC/38/48/Add.2. Párr. 36

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

territorios que parecieran vacíos, espacios de la nada en los que no existen tejidos sociales, culturales, ambientales, economías alternativas, etc, ponen en cuestión aspectos sustanciales de las democracias de la región cuando se topa con el desarrollismo extractivista.

Las formas especiales de participación que contemplan los estándares internacionales para pueblos indígenas y comunidades étnicas suelen recortarse de diversas formas, entre otras marginando del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la garantía de tales derechos, las llamadas actividades de exploración y prospección que son la puerta de entrada a los territorios de grandes intereses empresariales.

En Bolivia, las normas relacionadas con la actividad extractiva y de explotación de recursos naturales flexibilizan parámetros y procedimientos de protección ambiental, permea espacios territoriales de protección ambiental, reduce o finamente tergiversa mecanismos relacionados con la consulta previa y sus fines de precautelar los derechos de pueblos indígenas en lugar de establecer salvaguardas de especial protección como derivaría del reconocimiento constitucional existente.

El Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, manifestó inquietud en su visita de 2012 por “el gran número de concesiones otorgadas a empresas privadas para la exploración minera y maderera sin haber consultado previamente a las poblaciones indígenas y otras comunidades afectadas”¹⁸⁹. En sus observaciones finales de 2011 el CERD manifestó preocupación por la falta de regulación del derecho a la consulta, con excepción del sector de hidrocarburos, y que incluso cuando se realiza “dicha consulta no se aplica de manera sistemática en relación con proyectos de explotación de recursos naturales, y regionales de infraestructura”¹⁹⁰, como ocurrió en el proyecto metalúrgico de Coro Coro.

En el último periodo de informes, el CESCR incluyó específicamente la pregunta por “las medidas para armonizar la normativa para las actividades extractivas y el derecho a la consulta y al consentimiento libre”¹⁹¹.

189 Informe A/HRC/23/56/Add.1, párr. 58.

190 CERD/C/BOL/CO/17-20, párr. 20.

191 Lista de cuestiones, E/C.12/BOL/Q/3, párr. 5



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

En Chile, la desposesión de derechos sobre el subsuelo ha privado a los pueblos de incidir en las decisiones sobre la explotación de recursos en sus territorios, por ello el CERD manifestó preocupación porque “los pueblos indígenas se ven afectados por la explotación de los recursos del subsuelo de sus territorios tradicionales y que en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que se proceda a la puesta en marcha de proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios no se respeta plenamente”¹⁹².

El CDESCR ha manifestado su preocupación por “la falta de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y por la falta de un mecanismo legal que garantice la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas con relación a la toma de decisiones que pudieran afectar al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales”¹⁹³, por lo que ha recomendado incluir los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución, disponer formas de consulta para obtener el consentimiento ante decisiones susceptibles de afectarlos y aumentar “sus esfuerzos para garantizar el derecho que tienen los pueblos indígenas a disponer libremente de sus tierras, territorios y recursos naturales, incluso mediante el reconocimiento legal y protección jurídica necesaria”¹⁹⁴.

Se evidencia, claramente, una sistemática negación a la participación ciudadana, establecida en la ley ambiental para el otorgamiento de permisos ambientales a la minera. La Corte, anuló el último permiso y obligó a incorporar la participación de la comunidad.

En Colombia, a través de diversos mecanismos jurídicos el gobierno ha buscado celeridad y simplificación de los procedimientos de participación social en asuntos relacionados con la explotación minero energética lo cual se evidencia en diferentes instrumentos normativos y de políticas públicas como el CONPES¹⁹⁵ que crea los PINES¹⁹⁶, las leyes de Plan Nacional de Desarrollo así como diversos proyectos de ley para reformar las consultas previas a pueblos étnicos. Por su parte, de las reglas para el licenciamiento ambiental han desmontado progresiva y sistemáticamente los requisitos básicos que cualquier

192 CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 22.

193 E/C.12/CHL/CO/4, párr. 8

194 *Ibidem*.

195 “El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) fue creado por la Ley 19 de 1958. Ésta es la máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.

196 Proyectos de Interés Nacional y Estratégico



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

proyecto debe surtir para lograr su licenciamiento y operar con legalidad en el país, como lo es la Consulta previa¹⁹⁷ libre e informada¹⁹⁸.

Se vulnera la participación y en particular la Consulta y el Consentimiento libre previo e informado cuando el Estado adjudica títulos mineros en territorios étnicos, desconociendo los derechos de los grupos protegidos sobre sus territorios. Pero también el desarrollo jurisprudencial¹⁹⁹ que ha exigido este mecanismo en las etapas del proceso de concesión, exploración y explotación. Adicionalmente, cuando en los territorios de las comunidades étnicas se realizan actividades mineras sin control, se afecta la dinámica social y económica de estos territorios.

El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, encontró en su visita de 2004 que la consulta no se aplicaba por igual en todas las regiones del país²⁰⁰, por lo que recomendó que no se alentarán “los proyectos de inversión, infraestructura, extracción y explotación de recursos naturales, desarrollo productivo, etc. sin previa, amplia y legítima consulta y participación de los pueblos indígenas”²⁰¹, para lo cual se debía establecer una metodología consensuada²⁰².

El CDESCR ha manifestado preocupación por los borradores de reglamentación de los procedimientos de consultas²⁰³ y el CERD encontró lamentable en su informe de 2015 las “declaraciones realizadas por funcionarios públicos de alto nivel considerando el derecho a la consulta previa como un obstáculo para los proyectos de desarrollo e infraestruc-



197 El desarrollo de la minería ilegal y la titulación indiscriminada, sin tener en cuenta los límites de los territorios colectivos, violan los cánones constitucionales y los tratados internacionales que obligan al Estado a respetar el derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa.

198 Estos trámites consisten en procesos relacionados con aprobaciones y autorizaciones para la adquisición de predios, procedimientos de consultas previas y trámites ambientales, entre otros, que inciden en los plazos de formulación y ejecución de los proyectos, que, de acuerdo con la institucionalidad, se termina afectando negativamente la gestión de las entidades públicas y repercute en el mejoramiento de la infraestructura del país y de la inversión en el sector minero energético.

199 La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T530 de 2016 determinó el reconocimiento de la propiedad colectiva de territorios ancestrales cuyos títulos datan de la época de la colonia (1627). A través de la sentencia además de reconocer los derechos a la Consulta y Consentimiento Libre previo e informado, determinó el carácter de autoridades ambientales y mineras de los Resguardos y ordenó que el estado colombiano suspendiera todo proceso de titulación minera en esos territorios hasta tanto el territorio no gozara de seguridad jurídica sobre su territorio colectivo.

200 Informe E/CN.4/2005/88/Add.2, párr. 55.

201 *Ibidem*. Párr. 108.

202 En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator indígenas, en su informe de seguimiento 2010 (A/HRC/15/37/Add.3), párr. 41, el CERD en su informe de 2009, CERD/C/COL/CO/14, párr. 20.

203 Informe de 2010, E/C.12/COL/CO/5, párr. 9.



tura”²⁰⁴. En el último informe del CDESCR, de 2019, éste organismo advirtió la necesidad de que “los resultados de las consultas populares sean debidamente valorados y tomados en cuenta por las autoridades competentes”²⁰⁵.

En Ecuador, se documentó como el vicepresidente de la Cámara de la Minería expresó públicamente la necesidad “de limpiar obstáculos como la consulta previa”²⁰⁶. Claramente apreciar como obstáculo la participación de personas y grupos interesados en ello no solo impide el ejercicio de derechos consagrados constitucionalmente, sino que tales manifestaciones provenientes de la institucionalidad estigmatizan a quienes desarrollan legítimas actividades enmarcadas en el estado de derecho.

En relación con el acceso a la información, que a su vez constituye la base para una adecuada participación, una de las personas que lideran el proceso de Machinatza Alto se quejaba de la precariedad de la información que se socializó en el marco de un proceso formal de participación. Al respecto manifestó que “la empresa dice para lo que sirve el cobre, no habla de los impactos. Esa es la socialización”²⁰⁷. En este sentido, es necesario entender que los procesos de socialización son mecanismos formales que en principio deberían hacer parte de protocolos en el marco de la debida diligencia y la garantía de derechos, como los de información y participación.

De igual manera se han otorgado en este país concesiones para “la extracción de recursos naturales a empresas internacionales sin el pleno consentimiento de las comunidades interesadas”²⁰⁸, y la ampliación de la actividad minera ha causado preocupación en los organismos internacionales de derechos humanos por “el incumplimiento del deber del Estado de asegurar y proteger el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la posesión de las tierras y territorios ancestrales y el derecho a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren



204 CERD/C/COL/CO/15-16, párr. 23.

205 E/C.12/COL/CO/6), párr. 16

206 Declaraciones al respecto constan en Diario El Comercio. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/regimen-afianza-mineria-economia-ecuador.html>

207 Entrevista a líder de Machinatza Alto, 5 de agosto de 2009, en: Cedhu, Intervención minera a Gran escala y Vulneración de Derechos Humanos, caso Mirador, 2010.

208 CDESCR, informe E/C.12/1/Add.100, párr. 12.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

en sus tierras y de participar de los beneficios de esos proyectos, en cumplimiento de la normativa Constitucional y los estándares internacionales”²⁰⁹.

De hecho, se ha llegado a denunciar que “el Gobierno ha otorgado concesiones mineras mientras se reunía con los representantes indígenas en las mesas de diálogo”²¹⁰, por lo que el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas ha recomendado “asegurar que los derechos de los pueblos indígenas garantizados en la Constitución no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o dentro de otras leyes o decretos que afectarían los derechos e intereses de los pueblos indígenas. De esta manera, el Estado asimismo ayudaría a generar la confianza necesaria para agilizar las consultas pre-legislativas que deben llevarse a cabo”²¹¹.

Así mismo, se ha recomendado reformar o abolir “todos los instrumentos legislativos y políticas adoptados sin consulta adecuada con los pueblos indígenas y que afectan sus derechos humanos” y en particular, derogar “el Decreto 1247 y establecerse un proceso de diálogo con los pueblos indígenas (“consulta sobre consulta”) para adoptar todas las medidas legales, administrativas y de políticas que se consideren conjuntamente necesarias para el disfrute del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado”²¹².

En Honduras, en relación a la Concesión en Guapinol, el Estado no informó ni consultó a las comunidades previo al otorgamiento de los títulos mineros y licencia ambiental, ni en el proceso de declaración de Interés Público. Las concesiones se otorgaron en 2014 y las comunidades apenas se enteraron en 2015. La ley de minería (Art. 67) plantea consultas excepcionales en los casos que “exista oposición” y previo al otorgamiento de la concesión de explotación, es decir, cuando ya existe una obligación contractual del Estado con las empresas. Esto genera un tratamiento desigual entre las partes al autorizar la celebración de una nueva consulta cuando el resultado fuese de oposición al proyecto, imponiendo plazos que contravienen el artículo 5 constitucional.

El consentimiento es un concepto jurídico que referencia la exteriorización de la voluntad entre dos o más sujetos para aceptar derechos y obligaciones. En su configuración se

209 Relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, informe A/HRC/11/9/Add.1, párr. 32.

210 Relator especial sobre los pueblos indígenas, informe A/HRC/15/37/Add.7, párr. 25.

211 *Ibidem.*, párr. 39. En el mismo sentido el CERD, informe CERD/C/ECU/CO/23-24, párr. 18.

212 Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, informe A/HRC/42/37/Add.1, párrs. 89 y 90.



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

exige el cumplimiento de algunos requisitos, como son: la capacidad para la toma de la decisión, así como que esté exento de vicios, siendo estos: el error, la violencia o intimidación, y el dolo.

Dado que uno de los aspectos jurídicos fundamentales en la declaratoria de utilidad pública de las actividades extractivas minero-energéticas es la posibilidad de expropiación de territorios en los que habitan personas con derechos constitucionales, resulta pertinente adentrarnos en el examen de aspectos que subyacen a la configuración del consentimiento, ya sea en los procesos de negociación de personas particular sobre sus predios o de las colectividades en la manifestación de aceptación de la actividad minera sobre sus territorios colectivos.

Entre los elementos que emergen del análisis en los procesos de socialización y negociación ya sean previos, durante o posteriores a los procesos administrativos o judiciales para transmisión de la propiedad a favor del proyecto minero se encuentran diversas circunstancias que impiden concretar la voluntad y consentimiento de las personas o colectividades intervinientes en esos procesos de negociación, consulta o consentimiento.



110

En México la comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo Oaxaca ha sufrido la vulneración del derecho a la libre determinación, consulta y consentimiento previo, libre e informado. Tales violaciones se basan en un entramado de normas e instituciones que son aplicados por agentes estatales y privados, haciendo uso de conceptos y mecanismos establecidos en el marco jurídico mexicano.

Son recurrentes las quejas por vulneración a los derechos relacionados con la Consulta Previa, y en el caso de la Comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo Oaxaca se manifiesta que durante el proceso de Consulta Previa se ha observado que la empresa promotora del proyecto Gunaá Sicarú, EDF y su filial Eólica de Oaxaca, S.A.P.I. de C.V., omitió el cumplimiento de las obligaciones contenidas en diversos principios y estándares internacionales en materia de obligación corporativa y debida diligencia, tales como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas, originando violaciones a derechos humanos al ejecutar acciones que interfieren en las decisiones intracomunitarias que única y exclusivamente le conciernen a la comunidad.

En este país el CERD encontró en su informe de 2019, que “en la mayoría de casos, los procesos de consultas con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado no

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

son realizados de manera previa, no toman en cuenta los usos, costumbres, cultura y debida representación de los pueblos afectados, no se proporciona información clara, precisa y culturalmente adecuada y, además, con frecuencia son llevados a cabo en contextos de amenazas, criminalización y hostigamiento, perjudicando su carácter libre²¹³.

El Relator sobre el derecho a la alimentación, preocupado por la dinámica de desalojos y los defectos de las consultas acotó que éstas “no deberían servir simplemente para tratar las modalidades de los desalojos o las indemnizaciones con las comunidades afectadas, sino que también deben permitir el diálogo sobre si los desalojos deberían tener lugar o no y si realmente debería llevarse adelante el proyecto previsto”²¹⁴ y que los procedimientos deberían abrirse incluso a otras poblaciones locales²¹⁵.

En México resuena uno de los casos de contaminación de ríos más grave de la región, el Sonora, considerado “el mayor desastre ambiental en la historia de la industria minera del país. El 6 de agosto de 2014, Buenavista del Cobre, filial del Grupo México, vertió 40.000 m³ de sulfato de cobre y metales pesados en un arroyo que desembocaba en el río Sonora. Este desastre ambiental impactó directamente a cerca de 22.000 personas, con efectos también para el ganado y los cultivos, y de manera indirecta a 250.000 personas de siete municipios situados a orillas del citado río: Arizpe, Banamachi, Huepac, Aconchi, San Felipe, Baviácora y Ures”²¹⁶.

En este caso, la planeación de las formas de remediación ambiental no fue consultada con las comunidades, la indemnización se estandarizó sin observar los daños diferenciados de los afectados, la empresa no construyó las plantas de tratamiento de agua que debía construir y el Estado continuó con su ineficiencia para adoptar medidas oportunas; como es sabido, las autoridades carecen de capacidad para controlar la contaminación ambiental.

Ante tal estado de cosas el CERD recomendó al Estado, más allá de los escenarios de consulta a pueblos indígenas, ampliar los escenarios de concertación: “que se intensifiquen las mesas de diálogo donde representantes gubernamentales participen activamente en diferentes espacios de interlocución con los pueblos indígenas, garantizando que en las mismas se produzcan acuerdos concretos, viables y verificables, que sean efectiva-

213 CERD/C/MEX/CO/15, párr. 20. En el mismo sentido CERD/C/MEX/CO/15, párr. 20.

214 Informe A/HRC/19/59/Add.2, párr. 35.

215 *Ibidem.*, párr. 36.

216 Informe A/HRC/35/32/Add.2, párr. 45.



mente implementados; asimismo recomienda que se favorezcan los métodos alternos de resolución de conflictos de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas”²¹⁷.

En Perú, tanto la declaración de necesidad pública de la actividad minera de la empresa Bear Creek, como el otorgamiento de las concesiones mineras, fueron otorgadas de manera unilateral²¹⁸ por parte del Poder Ejecutivo, como respuesta a la solicitud empresarial²¹⁹ y sin dar lugar a la participación de las comunidades involucradas. Por parte de la empresa y el gobierno el único punto de consideración fue el análisis económico y social.

La implementación del proyecto minero Santa Ana vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades reconocido a nivel nacional con la ratificación desde 1995 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, generando a su vez la afectación a su territorio, organización y autodeterminación (artículo 88, 89 de la Constitución Peruana 88).

En Perú el cerrado espacio de participación ha buscado ser abierto con mecanismos de participación propia, iniciativa en la que destacan las comunidades de Tambogrande que en 2002 llevaron a cabo “una consulta con apoyo de ONG nacionales e internacionales, con el resultado de que el 98,7% de quienes participaron en la consulta desaprobaban proyectos mineros en zonas agrícolas, como el proyecto de Tambogrande. Aun así, se está obligando a la gente a vender sus tierras a las empresas mineras, y continúan las amenazas y la violencia contra los miembros de las organizaciones contrarias a las actividades mineras. Aunque el Presidente Toledo prometió revisar las concesiones, se afirma que otras diez empresas han recibido concesiones en la región”²²⁰.

Para hacer frente a la cuestión, el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas ha insistido en que “tanto el proceso como los acuerdos a que se lleguen deben ser compatibles con los estándares internacionales de derechos de los pueblos indígenas”²²¹, para frenar la arbitrariedad y el abuso. Aún más:

217 CERD/C/MEX/CO/16-17, párr. 17, lit. b.

218 En la época en que sucedieron estos hechos, no existía La Ley de Consulta Previa (sí el derecho, pues el Perú ratificó el Convenio de la OIT 169 en 1995) que fue emitida con ocasión de este caso. La normativa en cuanto a participación estaba prevista en el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, que regula el proceso de participación ciudadana en cada una de las etapas de la actividad minera.

219 Pinto Herrera, Honorio, *op. cit.*, p. 210.

220 Relatora sobre el derecho a la vivienda, informe E/CN.4/2004/48/Add.1, párr. 43.

221 Informe A/HRC/12/34/Add.8, párr. 41. En el mismo sentido CERD, informe CERD/C/PER/CO/14-17, párr. 15; CERD, informe CERD/C/PER/CO/18-21, párr. 14 y CERD, informe CERD/C/PER/CO/22-23, párr. 20.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

“la consulta debe funcionar como ‘una salvaguardia de los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas que suelen verse afectados por las actividades extractivas realizadas en sus territorios’ (A/HRC/24/41, párr. 85) y no solo como un mecanismo para lograr la autorización de la medida legislativa o administrativa consultada. Además, en el contexto de consultas relacionadas con industrias extractivas, el Estado debe asegurar ‘que se respeten también todas las demás salvaguardas pertinentes, en particular que se adopten medidas para reducir o compensar la limitación de los derechos mediante evaluaciones de impacto, medidas de mitigación, compensaciones y la participación en los beneficios’²²².

El problema, en relación a las actividades mineras, como lo señala el Relator, es que “Hasta la fecha [2013] la ley de consulta no ha sido implementada en relación con los proyectos mineros y aún no queda claro el procedimiento de consulta que se aplicaría en ese contexto dentro del nuevo régimen legislativo”²²³, en tanto no se contempla previa a la concesión minera, por cuanto el Estado considera que en ese momento aún no se autoriza realizar explotaciones.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas destacó, en su informe de visita de 2009 a Brasil, que en el país los procedimientos de consulta sobre proyectos de desarrollo, como los de minería a gran escala, no suelen realizarse de forma efectiva, conforme a los estándares en la materia²²⁴.

5. En relación a los fenómenos de corrupción e impunidad

En los países estudiados es ostensible el –fenómeno de– aprovechamiento de vicios del consentimiento de las comunidades. En Ecuador, se denuncia que las “ventas” que terminaron traspasando la propiedad a la empresa Ecuacorriente no fueron voluntarias sino inducidas por la empresa para sus necesidades. A pesar de la existencia de tejidos comunitarios las compras fueron individualizadas, con precios diferenciados, utilizando intermediario, bajo presión y engaño, sin diferenciar espacios comunitarios que constituían bienes de uso común de la colectividad, formalizando e individualizando tierras indígenas, logrando la empresa apropiarse de aproximadamente 4.000 hectáreas de la zona de

222 Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, informe A/HRC/27/52/Add.3, párr. 35.

223 *Ibidem.*, párr. 4..

224 Informe A/HRC/12/34/Add.2, párr. 55.



influencia del proyecto Mirador²²⁵. El acaparamiento de tierras por parte de la empresa se profundiza aún más cuando ésta, ante la negativa de otras familias de vender sus tierras, solicita la declaratoria de constitución de servidumbres sobre 47 predios, en todas sus extensiones, por el tiempo que duren las concesiones (30 años en este caso), y con la posibilidad de continuar solicitando más servidumbres sobre otras concesiones colindantes, en áreas libres y en áreas arqueológicas, sin ninguna posibilidad de que las familias puedan resistirse. Al contrario, de acuerdo con la normativa minera, quien se oponga a cumplir con la constitución de servidumbre podrá ser desalojado por la fuerza policial y la empresa deberá denunciarlo penalmente por “no cumplir orden de la autoridad pública”. Más aún, en una de las cláusulas del contrato de explotación firmado entre Estado y empresa consta que éste otorgará las servidumbres mineras que la empresa requiera²²⁶.

Así mismo, relucen falacias en la negociación de la propiedad colectiva. En *México*, se denuncia cómo en la comunidad de Unión Hidalgo los contratos de arrendamiento para el parque eólico Piedra Larga, que ya opera en la comunidad, fueron redactados unilateralmente por la empresa, quien les negó el acceso a los firmantes a dichos documentos una vez formalizados, mismos que nunca fueron traducidos al zapoteco. Además de contravenir disposiciones de la Ley Agraria respecto a su autorización, la empresa formalizó los contratos con la intervención de notarios públicos para poder inscribirlos ante el Registro Público de la Propiedad, cambiando así –de facto– el carácter social de la tierra. Incluso, gravó dichas tierras como garantía para contratos de crédito ante instituciones financieras, a pesar de que, por disposición de la ley, las tierras comunales son inalienables e inembargables. Como se aprecia, estas acciones no hubieran podido ser llevadas a cabo sin la participación y la connivencia de notarios públicos (quienes ejercen una función pública que le es delegada por el Estado) y otras autoridades registrales.

En Bolivia, se denuncia la falta de carácter vinculante de las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa²²⁷.

225 Información proveniente de Expediente Negociación de Tierras Proyecto Mirador, Gualaquiza, Morona Santiago, 28-01-2010, P.18; de entrevistas a Ian Harris, ex vicepresidente de la empresa Ecuacorriente, 9-11-2009 y a Juan Javier Trejo, abogado contratado por esa empresa para la compra de tierras, 10-11-2009, registrada por Cedhu. Intervención Minera a Gran Escala y Vulneración de Derechos Humanos, en Ecuador. Caso proyecto Mirador, 2010, pp. 81, 84, 85,86.

226 Contrato de explotación entre el Estado ecuatoriano y la Empresa Ecuacorriente, marzo de 2012, cláusula 4.5.

227 El gobierno no está obligado a cumplir los acuerdos a los que llega con los indígenas. Este artículo tendría que haberse consultado a los indígenas pero no se hizo.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Los procedimientos a través de los cuales se determinan los daños y afectaciones tanto en las personas como en el ambiente de entrada excluyen múltiples aspectos personales, comunitarios, ambientales, económicos y políticos que deberían hacer parte del análisis integral en el costo de la implementación del proyecto minero energético.

En primer lugar, suele reducirse el área de influencia del megaproyecto desconociendo el carácter sistémico y las relaciones bioculturales así como la conexión existente entre los diferentes componentes del territorio (personas, comunidades, espacios geográficos, espiritualidad, economías alternativas).

De allí que la manera como se determinan los sujetos cuyos derechos particulares y colectivos pudieran quedar afectados con los megaproyectos, es uno de los momentos y mecanismos de exclusión de las voces y derechos de quienes tendrían algo que decir en la toma de esas decisiones. Al ser mecanismos procedimentales generalmente mixtos (entre las empresas y el gobierno) de entrada adolecen de la imparcialidad necesaria pues se definen por quienes ya tienen interés en la implementación de los proyectos y por ello mismo de reducir las dimensiones tangibles y no tangibles de los daños. Es así como quedan excluidas voces disidentes, opositoras o que simplemente quieren exponer otra mirada de lo que puede ser de utilidad pública en los territorios impactados.

En Honduras, informes internacionales basados en investigaciones sobre el terreno como el de Global Witness demuestran que algunas industrias respaldadas por élites políticas y empresariales han incumplido leyes, han sobornado a funcionarios y han pasado por alto las exigencias de los pueblos de ser consultados sobre los proyectos que afectan a su tierra. Por su parte el informe alternativo del Grupo asesor de personas externas (GAIPE) en el caso del asesinato de Berta Cáceres, mostró la participación de la empresas privada, la Policía y el Ejército en la planificación y ejecución de asesinatos en contra de defensores²²⁸.

En Bolivia, la CIDH recomendó fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral y tributaria de las empresas mineras y la revisión de las condiciones laborales en relación a derechos laborales, a partir del caso de las minas Amayapampa y Capasirca; sobre la primera se trató de la toma y recuperación policial de la Mina de Amayapampa²²⁹.

228 Informe del Grupo Asesor de personas Expertas en relación con el asesinato de Bertha Cáceres. Recuperado de <https://www.gaipe.net/wp-content/uploads/2017/10/Represa-de-Violencia-ES-FINAL-.pdf>

229 Informe de país de Bolivia de 1996. Conflicto del mismo año



IMPACTOS, DISPUTAS Y CONTRAPESOS

En Brasil se ha denunciado la injerencia del sector minero en toma de decisiones: “puertas giratorias”, aporte a campañas electorales²³⁰.

En Chile, según las investigaciones realizadas por el medio de comunicación Ciper (2011), a partir de la información liberada por Wikileaks²³¹, se descubrió que luego de la suspensión de la construcción²³² de la central termoeléctrica, con base en carbón, “Campiche”²³³, se adaptó una ley de aplicación nacional con el fin de favorecer específicamente este proyecto en desmedro de la protección ecológica del orden nacional.

Las investigaciones muestran como el presidente y el gerente general de la empresa multinacional de origen estadounidense AES Gener, se reunieron con el embajador de Estados Unidos en Chile con el propósito de presionar al gobierno de turno (primer período de Michelle Bachelet) para reanudar la obra, tras lo cual se modificó la ley General de Urbanismo y Construcciones permitiendo con ello la reanudación de la construcción de la central termoeléctrica.

Todas estas situaciones están protegidas por el velo de la impunidad. Una particular característica asociada a las actividades extractivas minero-energéticas es la elevada impunidad en hechos de graves violaciones a los derechos humanos y sobre los daños socio ambientales. La falta de respuestas institucionales de justicia al desplazamiento forzado, las intimidaciones, ataques y persecución de líderes y lideresas de procesos organizativos que defienden derechos sindicales, así como el ambiente y territorios, constituyen en sí misma un incentivo a la repetición de esos hechos.

En Brasil la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), luego de su visita en noviembre de 2018, afirma que el país tiene altos índices de impunidad y muchos límites en el acceso a la justicia, especialmente para los más pobres y vulnerables.

230 <https://blogs.oglobo.globo.com/bernardo-mello-franco/post/porta-giratoria-liga-mineradoras-ao-governo.html>

231 <https://www.latercera.com/noticia/cables-de-wikileaks-revelan-gestiones-entre-aes-gener-y-gobierno-de-bachelet-por-central-campiche/https://www.ciperchile.cl/2011/03/01/las-gestiones-conjuntas-de-los-gobiernos-de-chile-y-ee-uu-para-salvar-a-termoelectrica-de-aes-gener/>

232 Suspendida en el 2009 por orden de la Corte Suprema

233 “Campiche” es la cuarta central de la empresa emplazada en el Complejo Industrial Ventanas, en la comuna de Puchuncaví (Región de Valparaíso). Este sector es considerada una de las zonas de sacrificio del país.



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

En Colombia, en el marco de la explotación minera que lleva a cabo la empresa minera estadounidense Drummond fueron asesinados varios miembros del sindicato que reclamaba mejores condiciones laborales para los trabajadores. A pesar de emitirse diversas condenas contra paramilitares, y uno de los empresarios que suministraba la alimentación, hasta la fecha de este informe graves denuncias de los mismos victimarios condenados en cuanto a la participación del dueño de la empresa Gary Drummond, así como funcionarios de la embajada de los Estados Unidos en Colombia, sobre la participación en la decisión de “acabar con el sindicato”, se encuentran en la impunidad²³⁴.

En Ecuador, la firma de un convenio entre la empresa minera y la Federación shuar de Zamora Chinchipe de la zona de influencia del proyecto Mirador (en 2009), fue la forma en que Estado y empresa evadieron la consulta indígena, previa, libre e informada, a la que estaba obligado el Estado. Ecuacorriente entregó dinero para fortalecimiento organizativo, programas de salud, educación, proyectos productivos, así como puestos de trabajo (varios de ellos como guardianes de la empresa que intervinieron para presionar la salida de familias campesinas de las tierras requeridas por la empresa y/o como fuerza de choque para enfrentar protestas y movilizaciones antimineras. La Federación se comprometió, entre otras cosas, a cuidar “las tierras de la empresa”, respaldar sus actividades y cuidar de imagen y reputación²³⁵. Algunos indígenas fueron testigos en juicios de tierras instaurados por la empresa contra poseionarios de tierra sin títulos formales de propiedad.

Queda en evidencia así una clara tendencia al impulso de las actividades minero energéticas frecuentemente acompañadas por mecanismos de injerencia indebida, presiones y prebendas que en su conjunto hacen parte de procesos de corrupción, dirigidas a abreviar y viabilizar las actividades extractivas. Como se ve, las esferas en medio de las cuales se desarrollan tales comportamientos van desde los procedimientos mismos al interior de la institucionalidad para la producción de normas para permitir y agilizar los pasos hacia la legalización de los proyectos, las concesiones, licenciamientos, permisos y autorizaciones, hasta el acercamiento a las mismas comunidades afectadas en el desarrollo de consultas, consentimientos, acuerdos y de licencia social.

234 <https://verdadabierta.com/contratista-de-la-drummond-acusa-a-la-empresa-minera-de-financiar-a-los-paramilitares/>

235 Cedhu, Intervención Minera a Gran Escala em Ecuador y Vulneración de Derechos Humanos, Caso Mirador, p. 69.





5. CONCLUSIONES GENERALES

Luego de ocuparnos en extenso del examen de la manera como opera la implementación de las figuras UPYCA, consideramos pertinente esbozar algunos rasgos comunes de su uso e implementación, y de las consecuencias que conlleva sobre personas, grupos y comunidades afectados con la imposición de megaproyectos extractivos en los territorios. Más allá de eso, es urgente resignificar el sentido que orienta el empleo de los conceptos de utilidad pública y análogos en los ocho países bajo estudio y en la región en general.

Avanzando tras este propósito, puede reconocerse al menos tres sentidos de la utilidad pública en las constituciones de los países estudiados: a) el de ser, junto a otros elementos como la previsión legal y la indemnización, un elemento de procedibilidad que deriva en expropiaciones, b) el de la caracterización de los recursos naturales como tal con fines de explotación y c) el que establece agendas prioritarias como la reforma agraria en Brasil y Honduras, los servicios públicos en Chile y México, la producción de alimentos en Colombia, la seguridad social en Honduras, y el desarrollo agrario en Perú.

De lo estudiado, resulta evidente que hay un desequilibrio entre la utilidad pública como fundamento de expropiaciones y explotación de recursos y la utilidad pública para fortalecer esos otros elementos reconocidos constitucionalmente como de utilidad pública o interés social. Una realidad que desnuda intereses y privilegios. Mientras existen enormes dificultades para consolidar políticas públicas que atiendan las problemáticas agroalimentarias de la región, la seguridad social o los servicios básicos para una vida digna, la explotación de recursos y los desalojos que requieren los megaproyectos extractivos minero-energéticos son viabilizados diligentemente.

1. UPYCA. Del patrón colonial extractivista a la imposición desarrollista

En la base de las dificultades para concretar un uso adecuado de las figuras de Utilidad Pública y otros conceptos análogos se encuentra la tendencia desarrollista extractivista en todos los países bajo estudio que aún con particularidades propias de sus contextos

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

comparten un origen colonial y en parte por ello una tragedia común: la continuidad de ese patrón a través del desarrollismo extractivista.

En efecto, tal como aparece documentado, la introducción de la utilidad pública se remonta al nacimiento mismo de las repúblicas y las ideas liberales cuyas principales características fueron la independencia, una mayor integración social y el establecimiento de Estados de derecho y democracias. No obstante, la integración social y la igualdad eran solamente formales y se basaban en las nociones occidentales del individuo, que de entrada excluían la plena ciudadanía a indígenas, afrodescendientes y a las mujeres.

Este elemento de nacimiento de los Estados nación, con ciertos matices, se ha mantenido en la perspectiva de prácticas que desconocen la manifiesta e importante existencia de formas de vida comunitarias y colectivas. No menos significativa ha sido la continuidad de la premisa y creencia de una infinitud de la naturaleza y de un mandato convertido en derecho de su explotación sin consideración de aspectos ambientales, reconocimiento a la existencia ni respeto a las culturas ancestrales

El aumento de la conflictividad socio-ambiental en la región da cuenta de hondas tensiones frente a la capacidad reorganizativa espacio-temporal del capitalismo sobre la territorialidad, en disputa, y el ordenamiento social. Una disputa en la cual las luchas sociales intensifican su voz y fuerza en una perspectiva que amplía el horizonte de la protección de lo público hacia la defensa de lo común, por medio de movilizaciones que cuestionan modelos desarrollistas-extractivistas y que propugnan por un modelo respetuoso del medio ambiente y de las formas de vida comunitarias.

En contra de ello, se observa una tendencia a la reducción de la participación social en la toma de decisiones. Los escenarios, posibilidades y términos en los procesos de diálogo con las comunidades afectadas tienden a convertirse en meras formalidades que dejan por fuera sus voces y propuestas.

2. UPYCA opera políticamente como Razón de Estado

Políticamente la UPYCA se comporta como razón de Estado, esto es, con esa “actitud autojustificatoria de un poder político que [...] pretende operar situándose con independencia y por encima de las leyes y/o de la ética, haciendo caso omiso los gobiernos



CONCLUSIONES GENERALES

y los gobernantes de las normas morales y/o de las normas jurídicas que, sin embargo, imponen y exigen a sus subordinados”²³⁶.

Subyace a esta razón de Estado, no obstante, un poder económico que determina el contenido y formas de las leyes estatales, instrumentalizando la capacidad de regulación y coerción con que éste cuenta, para favorecer la acumulación de capital mediante la privatización de lo público.

Así es como se observan importantes contrastes institucionales entre las demoras para resolver las peticiones de las comunidades, como el saneamiento de sus títulos de propiedad y la celeridad para remover los obstáculos normativos para la realización de las operaciones y otorgan beneficios tributarios y de otra índole para favorecer al sector interesado en el megaproyecto. Mientras se retrasa y complejiza el trámite de las demandas judiciales de las comunidades respecto al comportamiento de las empresas en litigios que pueden durar hasta dos décadas o más²³⁷, la actuación del poder punitivo de los Estados a través de la criminalización y judicialización de los opositores de los proyectos anda a pasos acelerados, proveyendo seguridad jurídica a los proyectos a través de la neutralización judicial de las caras más visibles de resistencia.

La otra cara de la moneda es la articulación “en un sentido general un conjunto de objetivos superiores y edificantes que legitiman el obrar del político²³⁸” que se materializan en la promoción de la idea de que el desarrollo de muchos faculta a afectar el bienestar de pocos, y que de cualquier manera esa afectación puede ser compensada, para lo cual se basan en las propias cláusulas constitucionales que contienen mandatos de desarrollo como en Colombia, que establece como fin del Estado la promoción de la prosperidad general (art. 2) o Brasil en donde propende como objetivo garantizar el desarrollo nacional (art. 3), al igual que en México (art. 25), o en Honduras, en donde un fin del Estado es garantizar el bienestar económico y social de la población (art. 1). Todos estos mandatos operan en la práctica

236 Elías Díaz. “Razón de Estado y razones del Estado”. En: *Revista de filosofía moral y política* ISEGORÍA No. 26 (2002).

237 Un ejemplo de las dificultades de acceso a la justicia, es el caso que comunidades indígenas y campesinas de la Amazonía ecuatoriana han tramitado alegando responsabilidad de Chevron-Texaco por contaminación ambiental conocida como el “Chernóbil de la Amazonía”. Ver: “Chevron vs Ecuador: arbitraje internacional e impunidad corporativa”. <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/chevron-vs-ecuador-arbitraje-internacional-e-impunidad-corporativa/>

238 Leonardo Curzio (2004). La forja de un concepto: la razón de Estado. Estudios políticos no.2. May/ago 2004. En: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162004000200027&lng=es&cnrm=iso



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas

Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

como imperativos que no admiten contrapesos, y por ello la UPYCA es el vehículo perfecto para imponer esa razón de Estado.

3. UPYCA opera jurídicamente como una Presunción

Las presunciones juegan un papel importante en los sistemas jurídicos. Posibilitan que algunos asuntos sobre los que la experiencia y la técnica proyectan cierto grado de certeza no sean sometidos a la crítica y se acepten, en principio, sin poder ser objetados. Por otra parte, contribuyen a agilizar procesos ya que ellos eximen de debate probatorio.

Dada la connotación que adquieren las presunciones podemos concluir que una de las consecuencias de la declaratoria de UPYCA es que opera en la práctica como una de ellas. No obstante, la característica fundamental de este fenómeno jurídico es que debe existir explícitamente por medio de una ley que así lo reconozca. De allí que las presunciones legalmente admitidas estén claramente determinadas en normas que las enuncian y regulan de acuerdo al ámbito jurídico en medio del cual han de aplicarse.

La manera como se despliega y aplica la utilidad pública y conceptos análogos frente a actividades minero-energéticas en los ocho países de la región toma de la presunción su beneficio del ámbito probatorio, impidiendo la controversia clara y transparente para desvirtuar lo que se tiene por cierto sin ser probado. Al no asumirse claramente como presunción, crea un limbo que le permite operar de manera similar a la vez que obtiene las mismas consecuencias de la presunción sin ofrecer las posibilidades que el derecho exige para garantizar un adecuado debate alrededor del uso de UPYCA e imposibilitando el examen jurídico y social sobre su aplicabilidad en cada caso.

En estas circunstancias, las declaratorias UPYCA en la actualidad escapan al debate sobre su efectiva utilidad. Una actitud transparente y de respeto a la democracia participativa en la toma de decisiones que afectan actuales y futuras generaciones demandaría desmotar esta presunción de facto y, por el contrario, establecer la exigencia legal de pruebas sostenibles sobre la conveniencia social, ambiental y cultural de cualquier actividad minero-energética, caso a caso, que pretenda esta declaratoria.

Inclusive, en razón de los hallazgos sobre los graves impactos negativos generados por los proyectos analizados en este informe –todos declarados o reconocidos legalmente en sus



CONCLUSIONES GENERALES

países como de utilidad pública o conceptos análogos– resultaría más provechoso establecer una presunción de refutación a la utilidad pública. Esto es, la consideración de que un proyecto o actividad minero-energética es prima facie lesivo del medio ambiente, los bienes o los derechos de los pueblos o comunidades en donde pretende ser desarrollado, con la consecuente exigencia para la administración, y principalmente para las empresas que lo promueven, de la carga de probar que el proyecto no afectará la garantía, el respeto y la protección a tales bienes y derechos. Tal proceder contribuiría al mayor escrutinio público y la rendición de cuentas de las actividades extractivas minero-energéticas, así como respeto y una verdadera protección de los bienes comunes.

4. UPYCA confrontan aspiraciones constitucionales en los países, como el bien común y el buen vivir:

El incremento de la conflictividad socioecológica, así como los debates sociales y políticos abordados en los últimos años en el continente, ponen de manifiesto importantes tensiones en la determinación de las prioridades de la sociedad y de los estados en torno a la política pública y gestión gubernamental de los bienes comunes en perspectiva de atención a los derechos de las actuales y futuras generaciones. Así, discusiones constituyentes surgidas de exigencias sociales y comunitarias han enfatizado en el reconocimiento y cuidado de la naturaleza y las relaciones bioculturales que de ella se derivan. Ejemplo de ello son los procesos suscitados en Ecuador, Bolivia y actualmente en el constituyente en trámite que se da en Chile.



122

Conceptos como el buen vivir, el bien común, los derechos de la naturaleza y de la madre tierra, entre otros, se ven supeditados a través de la imposición de los conceptos UPYCA cuando se trata de la implementación de actividades extractivas minero-energéticas en la región. Tales tensiones se revelan en las protestas sociales, el abuso de la fuerza en respuesta a los reclamos sociales y la creciente violación de derechos humanos, ataque y criminalización a quienes defienden la tierra y el territorio.

Por su parte, gran parte de la arquitectura jurídico política de los países bajo estudio está marcada por acuerdos, tratados o pactos de libre comercio o de asociación que imponen obligaciones a los estados mermando sustancialmente su soberanía y posibilidades de diseñar de manera autónoma las políticas de desarrollo social/territorial en materia minero-energética.

6. RECOMENDACIONES:

Este informe evidencia que el uso de los conceptos de Utilidad Pública y análogos viabilizan la implementación de proyectos extractivos a gran escala en el continente, sin que cuenten con la información, el debate y los requisitos propios de sociedades democráticas. Estas ausencias a la vez son fuente de conflictividad social, ambiental y jurídica que involucra la ocurrencia de graves daños a la convivencia y el goce de derechos humanos en la región, así como de ataques a las personas y grupos que trabajan por la protección de derechos humanos, de la tierra y de los territorios.

Con el objetivo de contribuir a superar estas consecuencias y entramados de conflicto y violencia evidenciadas en el informe, ponemos a consideración las siguientes recomendaciones:

1. A las sociedades de Bolivia, Ecuador, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú

- Desarrollar procesos previos de acopio de información relacionada con la riqueza social, cultural, ecológica y política de los territorios que se pretenden intervenir.
- Examinar los procesos históricos de intervención extractiva en los territorios que permitan analizar la dimensión de los daños, el comportamiento de las empresas y de los Estados en situaciones concretas de implementación de proyectos extractivos.
- Generar procesos de reflexión, análisis y propuestas sociales y comunitarias que contemplen las diversas dimensiones de afectación por la intervención extractiva.
- Generar procesos de reflexión e investigación para la recuperación de la memoria histórica y colectiva de los pueblos y comunidades que permitan la reconstrucción del presente y la planeación del futuro.
- Informarse y hacer uso de las herramientas de participación existentes y que se consideren adecuadas para que la voz de las comunidades y organizaciones sociales sean efectivamente escuchadas.
- Contemplar con especial énfasis los derechos de las futuras generaciones en materia de disponibilidad de bienes comunes como el agua, el ambiente, el suelo, el aire, los bosques y ligados a ellos, las de disfrute de derechos en su integridad.



RECOMENDACIONES

- Producir políticas de recuperación y restauración de territorios que han sido dañados por el extractivismo minero energético.

2. A los Estados que autorizan e implementan megaproyectos en sus territorios

- Trascender el foco de análisis económico de los impactos de los proyectos extractivos hacia las dimensiones sociales, políticas y ambientales en perspectiva intergeneracional.
- Garantizar la participación efectiva de las poblaciones y comunidades en la elaboración de los estudios de impacto ambiental y social de dichos proyectos, los que deben ser elaborados por organismos independientes.
- Admitir la vinculación legal de procesos internos de participación y toma de decisiones, en ejercicio de la libre determinación de las poblaciones y comunidades, en torno a dichos proyectos.
- Reconocer constitucionalmente el acceso, uso y aprovechamiento preferente de tierras, aguas y bienes comunes de pueblos y comunidades indígenas, incluyendo el reconocimiento de criterios de corrección y rectificación de la discriminación estructural de pueblos y comunidades indígenas.
- Dotar de herramientas adecuadas y eficientes a sus poblaciones para el efectivo acceso a la información, la participación y la justicia frente a la implementación de proyectos extractivos.
- Observar estas situaciones antes de declarar un proyecto como de utilidad pública.
- Homologar su marco constitucional y legal para asegurar la correspondencia entre los procedimientos administrativos relacionados con el análisis y autorización de los proyectos extractivos, y los derechos de sus pueblos y comunidades.
- Establecer legalmente obligaciones y responsabilidades en materia de reporte y debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, así como un régimen administrativo sancionador frente al incumplimiento de sus obligaciones.
- Establecer una presunción legal de refutabilidad de los proyectos declarados o identificados como de utilidad pública u otros análogos, que imponga la carga de la prueba a las empresas que los promueven y entes reguladores sobre la no afectación al medio ambiente, los bienes, derechos y modos de vida de los pueblos y comunidades donde los proyectos o actividades minero-energéticas pretendan



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

ser desarrollados; presunción que, de no ser superada, autorizaría la negativa al desarrollo de aquellos.

- Adoptar políticas eficaces para proteger a defensoras y defensores de tierra, territorio y medioambientales, tanto en áreas de operación de los proyectos como en zonas de riqueza ambiental, cultural y territorios de pueblos y comunidades indígenas. Asegurar el acceso a beneficios compartidos justos y razonables derivados de la utilidad generada por los proyectos realizados en los territorios, cuando estos sean aprobados por las poblaciones, así como a mecanismos de monitoreo y sanción frente a incumplimientos, reconociendo que tales beneficios no suplen las obligaciones de los Estados en materia de derechos sociales.
- Ejecutar políticas de monitoreo, veeduría y control efectivo de los proyectos en cuestión, garantizando la restitución y/o recuperación de los territorios afectados.

3. A los Estados de origen de las empresas interesadas en proyectos extractivos

- Poner en marcha legislaciones en materia de debida diligencia empresarial, que incorporen obligaciones vinculantes de respeto de derechos humanos en toda su estructura corporativa y su cadena de suministro, así como procedimientos de reporte y supervisión, y de acceso a la justicia mediante procedimientos de derecho público con cargas probatorias diferenciadas.
- Ratificar los convenios y tratados internacionales en materia de debida diligencia obligatoria, derechos de los pueblos y comunidades indígenas y participación pública en asuntos medioambientales.
- Establecer políticas de financiamiento que incorporen perspectivas sustanciales de derechos humanos y procesos de cancelación de financiamientos frente a violaciones denunciadas en los países de destino de las inversiones.

4. A los organismos internacionales de Derechos Humanos

- Incorporar en sus análisis sobre los impactos en derechos humanos de las actividades extractivas, el uso de las figuras de utilidad pública y conceptos análogos que viabilizan y legitiman procesos de desposesión de derechos, territorios y bienes comunes en beneficio de corporaciones.



RECOMENDACIONES

- Visibilizar como incumplimiento de obligaciones de los Estados, en materia de adecuación del orden interno a las disposiciones convencionales y de progresividad de derechos, el uso de UPYCA en detrimento de Derechos Humanos y beneficio exclusivo de las corporaciones interesadas en megaproyectos extractivos.
- Promover que en las legislaciones de los Estados Parte se establezcan presunciones que, prima facie, reconozcan el potencial lesivo de los proyectos extractivos que puedan ser calificados como de utilidad pública, así como obligaciones reforzadas de respeto y garantía de los derechos humanos de los pueblos y comunidades concernidos.
- Desarrollar y aplicar jurisprudencia sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados por actividades minero-energéticas, que promueva el acceso a la justicia en los países de origen de las empresas y/o de tránsito de sus capitales, incluyendo la reparación de los daños y el acceso a garantías de no repetición.



7. TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

Como resultado de la investigación ha quedado claro que se necesita considerar diversos elementos hasta ahora ausentes de la perspectiva gubernamental previos a la viabilización del tipo de proyectos que aquí nos ocupan.

Como aporte a la reflexión y resignificación de las medidas que podrían considerarse de utilidad pública en contextos de implementación de megaproyectos minero-energéticos en el continente, dejamos a disposición de personas, grupos e instituciones las siguientes cuestiones. Esperamos sean punto de apoyo en la construcción de sus propios ejercicios de análisis para la toma de decisiones.

Asumiendo que todo proyecto debería ser examinado caso a caso antes de su puesta en ejecución, este test condensa algunas preguntas que nacen de los debates sociales, políticos y jurídicos que se ventilan en Latinoamérica alrededor de los efectos de la implementación de megaproyectos minero-energéticos y de los daños que producen en la sociedad, la naturaleza y las relaciones bioculturales. De allí que incorpore elementos tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de las exigencias y agendas sociales en el continente. Incorpora aspectos sobre la manera cómo se afectan los territorios en concreto, las poblaciones que lo habitan y a la sociedad en su conjunto.

Aunque las preguntas podrían ser generales, en el formulario propuesto se enfocan desde diferentes perspectivas de afectación, sin que se trate de un cuestionario acabado sino sujeto a modificación o complemento de quien lo considere de utilidad:

Preguntas respecto al proyecto que se pretende desarrollar o que está en desarrollo:

Desde el Sumak Kawsay, buen vivir, o vida en plenitud:

- ¿Cómo contribuye a la armonía social de las comunidades que habitan el territorio?
- ¿Cómo garantiza que las futuras generaciones podrán seguir disfrutando de los mismos recursos?
- ¿Cómo mejora el bienestar humano y la felicidad personal y colectiva?
- ¿?



TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

Desde la riqueza de la diversidad social y biológica:

- ¿Se ha tenido en cuenta la diversidad social, étnica y cultural que habita el territorio?
- ¿Se contempla el reconocimiento, respeto y fortalecimiento de la diversidad lingüística en el territorio?
- ¿Se cuenta con análisis adecuados sobre el impacto a la diversidad biológica y ecosistémica existente en el lugar?
- ¿Se ha incorporado un análisis exhaustivo del aporte al cambio climático y calentamiento global de la actividad extractiva propuesta?
- ¿Existen mecanismos eficientes para la vigilancia, monitoreo, investigación, denuncia, y juzgamiento de hechos que atentan contra la diversidad biológica y social existente en el territorio?
- ¿?

Desde la concreción de los procesos democráticos:

- ¿Se ha contado con oportuna, objetiva, clara y suficiente información sobre los impactos del proyecto?
- ¿El proyecto ha sido suficiente, oportuna y ampliamente debatido?
- ¿Ha habido auténtica participación de las organizaciones comunitarias, sociales y ambientales en el debate, consulta y socialización del proyecto?
- ¿Implica el fortalecimiento o debilitamiento de las organizaciones sindicales, sociales, ambientales y/o comunitarias?
- ¿El proyecto es respetuoso de la autonomía de las organizaciones sociales o contribuye a su fragmentación?
- ¿Se ha tenido en cuenta y aplicado mecanismos especiales de participación frente a la diversidad cultural, étnica y lingüística de comunidades afectadas con el proyecto?
- ¿Existen mecanismos institucionales eficientes para garantizar, monitorear y promover la participación social y la autonomía de las comunidades?
- ¿Existen mecanismos institucionales eficientes para garantizar el acceso a los beneficios compartidos del proyecto, así como a las indemnizaciones correspondientes?
- ¿Se ha garantizado la vida, integridad y libertad de las poblaciones en los procesos de deliberación y participación?
- ¿Se ha privilegiado la obtención de decisiones mediante consenso?
- ¿?



UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Desde la lucha contra el racismo ambiental:

- ¿El proyecto genera o profundiza cargas excesivas sobre comunidades étnicas?
- ¿Se contemplaron otras opciones de ubicación del proyecto que no afectarían desproporcionadamente a comunidades étnicas?
- ¿Existen mecanismos de vigilancia, denuncia, investigación y juzgamiento eficientes para la atención a situaciones de racismo, discriminación o injerencia indebida asociadas al proyecto?
- ¿?

Desde la posibilidad y fortalecimiento de economías alternativas:

- ¿Se han tenido en cuenta otras formas de producción y economía existentes en el territorio? ¿de qué forma pueden verse afectadas?
- ¿Con el proyecto se fortalece la gran propiedad o la colectiva y pequeña?
- ¿Se estimula la pequeña y mediana empresa?
- ¿Se contempla el apoyo a formas asociativas, comunitarias, solidarias y cooperativas artesanales de producción?
- ¿Qué porcentaje de mano de obra local involucra?
- ¿Implica transferencia tecnológica y capacitación de mano obra?
- ¿Se ha cuidado el reconocimiento a los derechos económicos de las mujeres como parte de la comunidad, integrantes de organizaciones, familias o cabezas de hogar?
- ¿Existen mecanismos eficientes y asequibles para la vigilancia, monitoreo, denuncia, investigación, juzgamiento y sanción a comportamientos que atenten contra la autonomía económica local?
- ¿?

Desde el disfrute del territorio de los pueblos que lo habitan:

- ¿El proyecto impone limitaciones al acceso a bienes comunes como agua, bosques, caminos, playas, etc?
- ¿En qué magnitud afecta el medio ambiente sano, el agua, el aire limpio y la salud pública?
- ¿Pone en riesgo el cuidado de las semillas, la fertilidad y sanidad del suelo?
- ¿Existen mecanismos eficientes de vigilancia, monitoreo y atención en salud y epidemiología sobre factores asociados con la actividad extractiva?



TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

- ¿Existen mecanismos eficientes de vigilancia, denuncia, investigación, monitoreo y juzgamiento a situaciones de daño a derechos territoriales de las comunidades que lo habitan?
- ¿Han existido fenómenos de interferencia indebida y polarización comunitaria?
- ¿Se ha criminalizado, estigmatizado o violentado a personas defensoras del territorio?
- ¿?

Desde la historia extractivista en los territorios:

- ¿Existe un adecuado historial de intervenciones extractivas en el territorio?
- ¿Se conocen, se han monitoreado y se han tenido en cuenta las intervenciones sufridas en el territorio por megaproyectos extractivos, así como sus efectos acumulativos y residuales?
- ¿Las comunidades, personas y organizaciones que habitan en el territorio han contado con adecuados mecanismos de acompañamiento, interlocución y atención a sus quejas en intervenciones anteriores?
- ¿Se ha garantizado el acceso a la justicia, así como a una reparación integral adecuada tanto a las comunidades como al territorio por impactos sufridos con anterioridad?
- ¿?



130



Desde la manera en que la afectación a las minorías impacta a las mayorías:

- ¿Han cuantificado el aporte real al PIB del país, teniendo en cuenta exenciones, descuentos, beneficios fiscales, etc?
- ¿Cuáles son los costos (actuales y acumulativos) sociales, ambientales, hidrológicos, culturales para la nación?
- ¿Han cuantificado el impacto del proyecto en la soberanía alimentaria nacional?
- ¿Existen mecanismos institucionales y sociales adecuados para vigilar la debida diligencia en el desarrollo del proyecto y la equitativa redistribución de las eventuales ganancias del mismo?
- ¿Existen riesgos de pérdidas acumulativas que no serán asumidas por la/s empresa/s?
- ¿Existen garantías frente a la responsabilidad por daños en las clausuras o cierre de los proyectos (salud, ambiente, economías alternativas, etc) ?

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

- ¿Qué fortaleza tiene la política minera en el país? ¿Existe planificación o definición de los ritmos y/o tasas de extracción? ¿Cómo se verifica que las empresas no sacan más de lo permitido? ¿Las generaciones futuras tendrán acceso a tales bienes minerales? ¿Cómo garantiza el Estado que no se agota una mina con la explotación que aprueba?
- ¿Se han tenido en cuenta las tasas de pobreza en territorios ya explotados en el país para verificar el impacto en los indicadores sociales?
- ¿Han evaluado el impacto en el país de la desarticulación o destrucción de procesos comunitarios con arraigo en sus territorios (cultural, social, político, democrático)?
- ¿?

Desde el historial del sector empresarial interesado:

- ¿Existe información suficiente y adecuada sobre el origen, composición, capital y propiedad de la/s empresa/s interesadas en el megaproyecto?
- ¿Existen registros e información pública, accesible y adecuada de la/s empresa/s interesadas en el proyecto sobre antecedentes, sanciones, violaciones a la ley en el país de origen o en el que pretende operar?
- ¿Existen jurisdicciones adecuadas (asequibles a las víctimas) para la recepción, trámite y resolución de las quejas o denuncias relacionadas con el comportamiento y debida diligencia empresarial?
- ¿Existen mecanismos de vigilancia, monitoreo, juzgamiento y sanción para delitos o involucramiento en violaciones a los derechos humanos por parte de las personas naturales directivas de la empresa?
- ¿?

Desde la lucha contra la corrupción:

- ¿Existen mecanismos adecuados para la atención, vigilancia, monitoreo, investigación, juzgamiento y sanción de comportamientos relacionados con corrupción?
- ¿Existen mecanismos de prevención adecuada a la injerencia, cooptación y corrupción de funcionarios estatales y personas que ejercen liderazgos comunitarios?
- ¿En el país de origen de la/s empresa/s involucradas o interesadas en el proyecto, existen mecanismos adecuados de prevención, atención, investigación, juzgamiento y sanción a situaciones de corrupción?



TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

- ¿Existen mecanismos para prevenir, investigar, juzgar y sancionar evasiones empresariales a la tributación, fraudes relacionados con la adquisición de créditos, ventas simuladas, manipulación y/o distorsión de información financiera sobre balances, ventas ficticias o subvaloradas y en general manejos que generen pérdidas económicas a los países de operación, como los paraísos fiscales o estaciones intermedias que facilitan y legalizan tales comportamientos?.
- ¿Existen denuncias o sentencias e información sobre su cumplimiento por casos de corrupción relacionados con la actividad extractiva en particular?
- ¿?

Sobre estándares internacionales en materia de Derechos Humanos:

Adicionalmente, proponemos tener en cuenta los siguientes elementos dentro del juicio de proporcionalidad que se haga a toda medida derivada de la UPYCA:

- Necesidad: Cuál es el interés público imperativo e imperioso que se requiere satisfacer (no basta con que el propósito sea útil u oportuno)
- Proporcionalidad: Verificación de que la restricción de los derechos no es exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con la limitación, a través del juicio de proporcionalidad:
 - Determinación del grado de afectación de uno de los bienes en debate, precisando si la intensidad de dicha afectación es grave, intermedia o moderada (involucrando análisis sobre la supervivencia física o cultural de un pueblo, el daño a la naturaleza o daño a derechos ambientales intergeneracionales)
 - Determinación de la importancia de la satisfacción de los intereses esgrimidos a favor de la declaración de la utilidad pública
 - Determinación de si la satisfacción de tales intereses justifica la restricción de los intereses de los sujetos y comunidades a quienes se les limita su propiedad y otros derechos asociados a ella.
 - En casos susceptibles de afectación al medio ambiente, también tendría que considerarse el principio de precaución cuando no se tenga certezas científicas sobre el impacto de una actividad²³⁹.
- Descripción del objetivo (legítimo en una sociedad democrática)



²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 23/17. Párr. 175

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

La aplicación del juicio de proporcionalidad, sin embargo, no puede abstraerse de los contextos históricos de discriminación racial y estructural que padecen partes considerables de las poblaciones de Latinoamérica, por lo que frente a posibles colisiones entre derechos, bienes o principios considerados con el mismo peso o importancia, resultaría necesario establecer criterios preventivos, compensatorios o promocionales (tales como acciones afirmativas o medidas especiales²⁴⁰) que otorguen prevalencia a los derechos de tales poblaciones.

Para la Corte Interamericana el Estado podrá limitar el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones “a) hayan sido previamente establecidas por ley, b) sean necesarias; c) proporcionales y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”²⁴¹.

¿Qué significa que la restricción haya sido establecida por la ley? Pues, se requiere de una ley en los términos que referimos en la sección anterior, es decir, emitida por el legislativo y sujeta a los controles políticos, constitucionales y legales pertinentes.

¿Qué significa que sean necesarias? Implica que las restricciones estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo: no es suficiente demostrar que la ley que limita la propiedad indígena cumple un propósito útil u oportuno, para la CIDH “el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna”. Para que la restricción a un derecho sea legítima debe establecerse claramente la necesidad social cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos involucrados”²⁴².

¿Qué significa que las restricciones sean proporcionales? Se trata de un ejercicio de ponderación propiamente dicho, de verificar si el sacrificio inherente a la restricción del dere-



240 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, pp. 79-80.

241 Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 127 y Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015, Párr. 154.

242 CIDH. Informe Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 2010, Párr. 85.

TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

cho no resulta “exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”²⁴³, esto es, que la restricción sea proporcional al interés que la justifica.

Por ejemplo al examinar restricciones al derecho a la libertad de expresión, la Corte ha sugerido evaluar tres elementos en el juicio de proporcionalidad: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”²⁴⁴.

¿Qué significa que las restricciones tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática? La Corte ha considerado que “la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido [...] para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”²⁴⁵.

¿Cuáles son los estándares establecidos para la realización de las consultas? Fundamentalmente en el SIDH se entiende que las consultas deben responder a un proceso de participación plena, “esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”²⁴⁶.



134

El procedimiento de las consultas debe ser i) previo, esto es, llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente²⁴⁷, ii) culturalmente adecuado o desarrollarse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones²⁴⁸, iii) informado, esto es que la comunidad conozca los riesgos a todo nivel que tiene el proyecto o medida, a fin de que lo acepten o no, con pleno conocimiento²⁴⁹, iv) de buena fe, ser una

243 Caso Kimer Vs. Argentina. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Párr. 83.

244 *Ibidem.*, Párr. 84

245 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Párr. 145

246 CIDH (2009). Párr. 277.

247 *Ibidem.*, 302

248 *Ibidem.*, párr. 305.

249 *Ibidem.*, párr. 308.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

consulta genuina y no meramente un asunto de forma y estar desprovista de coerciones²⁵⁰, v) orientarse a llegar a un acuerdo, en tanto las partes sean flexibles para acomodar los distintos derechos e intereses en juego, lo que se conoce como deber de acomodo²⁵¹ y vi) llevar a adoptar decisiones razonadas, lo que significa que el Estado tome en cuenta la postura de los pueblos en las decisiones que se tomen o caso contrario “proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho”²⁵².

¿Cuáles son las características que deben tener los Estudios Previos de Impacto Ambiental –EIAs–? La cláusula general es que “Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”²⁵³ y que los EIAs debería servir para preservar la relación especial de los pueblos con sus territorios y garantizar su subsistencia²⁵⁴. Por lo tanto, su contenido se refiere a la evaluación y mitigación de impactos ambientales, pero también a la identificación de “los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia”²⁵⁵, incluyendo impactos espirituales y culturales.

Deben ser independientes, imparciales, participativos y previos a la ejecución de los proyectos, y guiar todo su desarrollo. Esto concuerda con la obligación de “disponer de datos desglosados sobre los efectos concretos del daño ambiental en distintos sectores de la población, para lo cual deben realizar investigaciones adicionales, según sea necesario, a fin de proporcionar una base para asegurar que sus leyes y políticas protegen debidamente contra ese daño”²⁵⁶.

250 *Ibidem.*, párr. 317

251 *Ibidem.*, párr. 324

252 *Ibidem.*, párr. 324

253 CIDH (2009) Párr. 289.

254 CIDH (2015), Párr. 213.

255 *Ibidem.*, 214.

256 Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Principio marco 17. Párr. 43. De hecho, en este principio se establece que los EIAs deben estar en consonancia con las Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, desarrolladas por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.



TEST DE UTILIDAD PÚBLICA

¿Qué significa acceder a beneficios razonables? Para la Corte implica que los pueblos se vean beneficiados por la explotación de sus territorios y recursos, conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales, para que sus condiciones de vida mejoren²⁵⁷, así “el concepto de compartir los beneficios [...] es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención y se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad²⁵⁸”.

Así, la determinación de la utilidad de un megaproyecto debería implicar un balance propio desde las comunidades y sectores sociales interesados en profundizar sobre estos conceptos, que permita integrar elementos no contemplados en sus declaratorias. De esta manera aspectos que van desde las economías propias, los tejidos sociales y comunitarios, la biodiversidad y la diversidad cultural, los derechos humanos, los ejercicios democráticos que se constituyen en los territorios, así como la garantía de derechos bioculturales y de otros derechos en riesgo frente a las actuales y futuras generaciones, han de jugar un rol fundamental en el ejercicio de ponderación sobre la utilidad pública de las decisiones sobre los territorios.



136

257 CIDH. Informe Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. 2015, Párr. 222.

258 *Ibidem.*, Párr. 219.

8. ESCRITO ESPEJO:

UTILIDAD PÚBLICA PARA UTILIDAD PRIVADA

O la (i)lógica del mundo al revés

Alberto Acosta²⁵⁹

“El principio del uso común de los bienes creados para todos es el primer principio de todo el ordenamiento ético-social, es un derecho natural, originario y prioritario. Todos los demás derechos sobre los bienes necesarios para la realización integral de las personas, incluidos el de la propiedad privada y cualquier otro, no deben estorbar, antes al contrario, facilitar su realización”.

Papa Francisco

Encíclica “Todos somos hermanos”

3 de octubre 2020

Cuando hablamos de la utilidad pública deberíamos referirnos a aquellas actividades, obras, bienes o servicios que provocan un beneficio a la colectividad o son de interés del conjunto de una sociedad o al menos de un grupo mayoritario de la misma. Es más, para que esa utilidad sea realmente pública no se tendría que atropellar derechos y si esto fuera del caso debería haber procedimientos adecuados que aseguren que quienes son afectados sean debidamente consultados e inclusive indemnizados. Entonces podríamos decir que, por contraposición, la utilidad pública supera o es en esencia contraria al beneficio privado o particular. Esa debería ser la lectura que caracteriza la utilidad pública.

Pero no es así. La utilidad pública y sus análogas expresiones, en tanto concepto jurídico indeterminado, está sujeta a diversas interpretaciones y manipulaciones. Como se ha demostrado en este detallado estudio, detrás del discurso y de la práctica de la utilidad pública se ocultan, casi siempre, otros intereses que terminan por menoscabar los intereses públicos, es decir los de la colectividad. En realidad, la figura de la utilidad pública ha servido y sirve para conseguir o asegurar beneficios privados, muchas veces a través de violaciones abiertas o encubiertas de los mismos marcos jurídicos establecidos. Y no solo

²⁵⁹ Economista ecuatoriano. Profesor universitario. Autor de varios libros. Compañero de luchas de los movimientos sociales. Exministro de Energía y Minas (2007). Expresidente de la Asamblea Constituyente (2007-2008). Candidato a la Presidencia de la República del Ecuador (2012-2013). alacosta48@yahoo.com



eso, hay inclusive disposiciones legales que autorizan esas violaciones... para justificar la utilidad pública.

De las experiencias expuestas en estas páginas constatamos que la utilidad pública –en cualquiera de sus acepciones–, enarbolada para justificar proyectos extractivistas mineros, petroleros o agroindustriales, provoca sistemáticamente una serie de vulneraciones a derechos humanos y de la naturaleza. Así, incluso en contra de claras disposiciones constitucionales y legales, para impulsar dichos extractivismos en primer lugar declaran de “utilidad pública” a todas las tierras ubicadas dentro de las concesiones o áreas de influencia necesarias para cristalizar los proyectos extractivistas. Esta distorsión del interés público es suficiente para que, por ejemplo, el otorgamiento de una concesión minera provoque un potencial conflicto entre los propietarios de la tierra y los concesionarios del subsuelo, que es de propiedad del Estado. Esta norma afecta directamente a los derechos de propiedad, sean individuales o colectivos. La declaratoria de utilidad pública permite en efecto a las empresas contar con diversos mecanismos legales para hacerse del control de la tierra sobre el subsuelo que les interesa.



138

Uno de esos tantos mecanismos es el establecimiento de servidumbres, que terminan por forzar a que personas y comunidades permitan el uso de sus tierras durante la explotación de minerales a cambio de compensaciones económicas restringidas al valor de cambio de la tierra, sin considerar otras pérdidas materiales o inmateriales ni reparaciones integrales por los derechos humanos vulnerados. Otro mecanismo consiste en lo que se conoce como los “acuerdos voluntarios” a los que puedan llegar las empresas con las personas y familias para abandonar sus propiedades y viviendas; estos acuerdos usualmente constituyen compra-ventas de terrenos forzadas y en muchas ocasiones fraudulentas, sin considerar la afectación a tierras campesinas y territorios indígenas, así como tampoco a ecosistemas sensibles y protegidos; como son aquellos de alta sensibilidad compuestos por páramos, manglares, humedales y bosques tropicales. No sorprende entonces que este tipo de afectación se registre también en áreas protegidas, zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas y bienes declarados de utilidad pública²⁶⁰.

²⁶⁰ Como complemento de lo expuesto detalladamente en este estudio, se pueden recuperar muchas otras experiencias como las que se recogen en el libro de Acosta, Acosta, Cajas-Guijarro, John, Hurtado, Francisco, Sacher, William (2020); *El festín minero del siglo XXI. ¿Del ocaso petrolero a una pandemia megaminerá?*, Serie Debate Constituyente, Abya-Yala, Quito.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Empecemos ubicando el tema en el tiempo, sobre todo refiriéndonos al empleo de “la utilidad pública” para extraer los recursos del subsuelo.

La utilidad pública, desde antes de Simón Bolívar hasta el siglo XXI

La discusión sobre la utilidad pública y el usufructo de los bienes comunes, con todos los conflictos que esto conlleva, tiene mucha historia. Basta revisar las normativas coloniales para garantizar el usufructo de los minerales preciosos por parte de la corona o también para “proteger” la sobrevivencia de la población indígena, con estatutos de tutela permanente a través de los conocidos como el “protector de naturales” o los “juzgados de indios”, instituciones aparentemente bienintencionadas pero que no fueron óbice efectivo para la explotación inmisericorde de dichos recursos y dichas poblaciones. Tan es así que, fray Bartolomé de las Casas lo explicó sin rodeos: “La causa [final] porque han muerto y destruido tantas y tales y tan infinito número de ánimas los cristianos, ha sido solamente por tener por su fin último el oro y henchirse de riqueza en muy breves días y subir a estados muy altos y sin proporción a sus personas. (La causa ha sido) por la insaciable codicia y ambición que han tenido”. Y así, para proteger a los indígenas incluso se abrió la puerta a la esclavitud de población africana²⁶¹.

El mismo libertador Simón Bolívar, quien no dio paso a la emancipación de los esclavos, inspirado en las normativas coloniales de control del subsuelo por parte del monarca, el 24 de octubre de 1829, en la ciudad de Quito, planteó en un decreto la base del control estatal sobre los recursos del subsuelo. En su artículo primero, esta disposición expresa que las minas pasaban del dominio de la Real Corona española al dominio de la República: “conforme a las leyes, las minas de cualesquiera clase, corresponden a la República”²⁶². De esta manera, en las nacientes repúblicas se incorporó el espíritu de las disposiciones coloniales que tenían como su referente más inmediato las Reales Ordenanzas para la Minería de la Nueva España, año de 1783.

261 Un tema abordado en clave la realidad presente en el libro de Gómez Nadal, Paco (2017); *Indios, negros y otros indeseables - Capitalismo, racismo y exclusión en América Latina y el Caribe*, Serie Debate Constituyente, Abya-Yala, Quito.

262 Al respecto se puede consultar en “‘Las minas de cualesquiera clase, corresponden a la República’ - Hace 185 Bolívar impulsó el manejo soberano de los recursos minerales latinoamericanos”, Correo del Orinoco, 25 de octubre 2014. Disponible en <http://www.correodelorinoco.gob.ve/hace-185-bolivar-impulso-manejo-soberano-recursos-minerales-latinoamericanos/>



Esta declaración de las tempranas horas republicanas sintetiza el control estatal de los recursos en la época republicana. Esto se traduciría en la ratificación constitucional de que los minerales y el petróleo son del Estado, es decir del pueblo que es el soberano. Así, desde entonces, se desarrolló toda una jurisprudencia orientada al control estatal de dichos recursos. Y alrededor de este principio básico se han producido, una y otra vez, tensiones de diversa índole, sobre todo por el afán de los particulares en ampliar su participación en la renta minera o petrolera o, inclusive, por los intentos del Estado de obtener una tajada mayor de dicha renta, sacrificando comunidades y naturaleza, cabría añadir. Una realidad que ha dependido y depende aún de diversos momentos históricos en cada uno de los países, permanentemente tironeados por las lógicas extractivistas, es decir por su inserción sumisa en el mercado mundial en tanto exportadores de materias primas. En este constante tira y afloja, el uso y el abuso de “la utilidad pública” han estado siempre presentes.

Desde entonces son cada vez más notables y preocupantes los límites de estilos de vida sustentados en la ideología del progreso clásico. Los recursos naturales han sido asumidos como una condición exógena para el crecimiento económico, como un objeto de las políticas de “desarrollo”. Dicho crecimiento –en esencia capitalista– se alimenta de naturaleza, la cual luego incluso recibe los desechos del capital. Por tanto, enfrentar esta civilización antropocéntrica, que sofoca la vida de humanos y no humanos, es el reto para asumir a cabalidad la cuestión de la utilidad pública. Una tarea que pasa por superar los extractivismos.



140

La imposible utilidad pública en los extractivismos

Tan arraigadas son estas lógicas extractivistas que es casi imposible discutir en opciones para organizar estas economías sin contar con la renta de la naturaleza. En estas economías se mantiene una inhibidora “mono-mentalidad exportadora” que ahoga la creatividad y los incentivos para construir inclusive otro tipo de sociedades. En el seno de los gobiernos, e incluso en amplios segmentos sociales, se difunde esta “mentalidad pro-exportadora” de forma casi patológica. Se impone una suerte de ADN-extractivista en toda la sociedad, empezando por sus gobernantes, todo lo cual lleva a despreciar las potencialidades humanas, colectivas y culturales disponibles en el país, asumiendo como indispensable o inevitable la subordinación de la naturaleza a las metas del progreso. Y de allí se derivan todo tipo de distorsiones o aberraciones como aquella de plantear como de utilidad pública la expropiación y hasta la destrucción de bienes comunes.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Es evidente que no basta con proclamar al Estado como propietario de los minerales o el petróleo. Hemos visto hasta la saciedad que esa proclama muchas veces se queda en el simple discurso, y no solo eso, inclusive en los casos en que a través de sus empresas el Estado controla la extracción de esos recursos, recurre una y otra vez a las mismas prácticas que las empresas transnacionales, atropellando el marco jurídico y todo tipo de derechos, y lo que resulta más perverso aún es que lo hace esgrimiendo un discurso nacionalista. Es evidente, entonces, que no es suficiente blandir el interés colectivo para proceder sin más a la extracción de minerales o petróleo.

Es una realidad que nos invita a no perder de vista que los Estado-nación son funcionales al sistema-mundo, en tanto son dependientes de la lógica de acumulación capitalista global, en la cual nuestras economías han sido forzadas a asumir el papel de suministradoras de materias primas. El problema radica en que este tipo de Estado, propio de naciones subalternas, con las normas que adopta, de una u otra manera reproduce relaciones económicas que le fuerzan a transferir bienes comunes al sector privado.

Así, de facto, se planifican territorios de sacrificio en aras del gran objetivo nacional que es el desarrollo. Dicho de otra manera, el atropello de derechos de comunidades y naturaleza sería una condición necesaria para atender las demandas de la colectividad en su conjunto, de acuerdo al discurso dominante. Una situación que, a la luz de la historia, conduce casi siempre a favorecer a grupos reducidos mientras que la gran mayoría de la población apenas recibe algunas migajas de los esfuerzos extractivistas. Para lograrlo –en el marco de diversos desarrollismos, sea con gobiernos neoliberales o progresistas– la violencia e inclusive la corrupción son una condición necesaria para la cristalización de los extractivismos.

En correspondencia con ello, a lo largo del trabajo que inspira estas líneas se han demostrado los diversos impactos negativos de estas actividades extractivistas, como son, por ejemplo, los provocados por el racismo ambiental que afecta a territorios de pueblos originarios o afrodescendientes; los duros impactos a la vida e integridad de las personas, particularmente a las mujeres y a la niñez; el debilitamiento sistemático de los grupos y movimientos que resisten a los extractivismos; la limitación sistemática de los derechos de participación y decisión. En este marco es común la criminalización y persecución de quienes defienden sus derechos, al tiempo que se tergiversan las normas que podría viabilizar mecanismos adecuados para discutir democráticamente el uso de los recursos del subsuelo.



No sorprende para nada que, como resultado de estas prácticas, cada vez más insertas en los Tratados de Libre Comercio (TLC), se hayan afectado inclusive las capacidades de autoabastecimiento de alimentos. Minería y petróleo, por ejemplo, copan cada vez más espacios territoriales, inclusive desplazando otras formas de extractivismo como lo es en gran medida la producción agroexportable; de facto se sustituyen unos extractivismos por otros, una contaminación por otra, un atropello por otro. Además, con estos TLC, que no son para nada libres y que no solo son de comercio, estas economías primario exportadoras se han visto forzadas a profundizar su condición de simples suministradoras de determinadas materias primas, al tiempo que, perversamente, se han transformado en mercados para productos agrícolas importados, casi siempre productos excedentarios provenientes de los países capitalistas metropolitanos, en donde la agricultura es altamente subsidiada. A la postre, en toda la región se registra un peligroso incremento de importación de alimentos con la consiguiente pérdida de la soberanía alimentaria.

Con todo esto se configura una suerte de tenaza entre el discurso del interés nacional o colectivo y la lógica de los extractivismos que termina por legitimar los comportamientos más brutales del gigantismo minero, por ejemplo. En ese marco la soberanía estatal, aviesamente, termina por colaborar con la generación de constantes ocasiones para la mercantilización y privatización de los bienes comunes, que normalmente se dan atropellando derechos.



142

Estas reflexiones son oportunas sobre todo para los casos minero y petrolero, pero sin duda tienen validez para otros extractivismos, pues, en la práctica, la sumisión del Estado a los intereses del capital transnacional consolida la privatización de la naturaleza, afectando los bienes comunes. Privatización que, además, provoca la devastación del suelo, subsuelo, territorios y ecosistemas que el capital extractivista usualmente no está dispuesto a remediar o reparar, menos aún a restaurar.

Finalmente, los gobernantes y los empresarios, en la cotidianidad, pretenden impedir que las personas y comunidades directamente afectadas por dicha privatización puedan decidir participativamente en consultas que deberían servir para preguntar a las comunidades afectadas si aceptan o no la explotación de los recursos y la consiguiente devastación de sus territorios.

De esta crítica, no se puede derivar como solución la jurisprudencia anglosajona que establece que el dueño del suelo lo es también del subsuelo.

UTILIDAD PRIVADA, DESPOJO PÚBLICO

Utilidad pública y conceptos análogos relacionados con actividades minero energéticas
Análisis en Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, Colombia, México y Perú

Utilidad pública y bien común, en clave de derechos

De lo anterior se desprende que es crucial que las decisiones sobre los bienes comunes se democratizen, de tal forma que las comunidades tengan el derecho a decidir y garantizar su propia existencia²⁶³. El punto de partida se centra en la garantía de sus derechos humanos, tanto como de la vida en armonía con la naturaleza –ésta como sujeto de derechos–, más aún cuando la megaminería o el petróleo arrasan con bienes comunes como el agua, los boques y los páramos. Cuando, por ejemplo, se destrazan las zonas de recarga hídrica, es muy difícil –o hasta imposible– repararlos y menos aún restaurarlos.

La obligación del Estado debería ser asegurar que las comunidades puedan decidir sobre dichos bienes comunes, en especial sobre el agua y los ecosistemas, garantizando simultáneamente los derechos de la naturaleza. Esta posibilidad es indispensable si asumimos a la tierra –superficie y subsuelo– no como un simple factor de producción y damos paso al territorio como base para la vida de las comunidades, concepción que puede empatar con una concepción plurinacional del Estado, en donde los pueblos y nacionalidades indígenas pueden y deben tener mecanismos potentes para decidir sobre su territorio. La jurisprudencia debería no solo reconocer, sino viabilizar precisamente el estrecho vínculo entre el derecho a la consulta, la autodeterminación y el territorio, entendiendo a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que conlleva a considerar los derechos humanos en términos amplios como complementarios de los derechos de la naturaleza y viceversa, puesto que todos estos derechos son inseparables y necesarios de garantizar.

En línea con lo planteado en las conclusiones de este estudio hay que identificar a los diversos actores con el fin de ubicarlos en el marco jurídico de cada país. De esta manera puede conocerse mejor la realidad concreta con el fin descubrir los puntos oscuros o contradictorios existentes, para así poder proponer los ajustes legales que sean necesarios. Igualmente asoma como recomendable fortalecer los mecanismos que posibiliten un me-

263 Aquí emerge el tema de la consulta previa, libre e informada, que debe complementarse con el consentimiento libre e informado. Esta cuestión tiene ya mucha historia. Se afina en la misma Organización Internacional del Trabajo (OIT), que emitió en 1989 el Convenio 169 ratificado por las Naciones Unidas como uno de los instrumentos de protección de los pueblos vía consulta previa, libre e informada, lo que incluso está en varios cuerpos constitucionales. Los pueblos a los que se va a afectar –incluyendo su espacio más amplio de reproducción–, deben ser parte de un proceso para la consulta, aunque hay que reconocer que la decisión no es estrictamente vinculante. Y por cierto, en la práctica no todas las experiencias son satisfactorias, a la postre este mecanismo de participación puede incluso servir para la dominación. Se recomienda las reflexiones presentadas en la Revista Ecuador Debate Número 106, 2019, del CAAP, Quito. Disponible en <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/16228?mode=simple>



por conocimiento de dichos marcos jurídicos por parte de las distintas comunidades y de los mismos movimientos sociales que puedan verse afectados por los extractivismos. Y aquí cobra fuerza la necesidad de transparencia en este tipo de relaciones y actividades vinculadas a los extractivismos, pero no como un pretexto para lesionar los derechos de las colectividades y de la naturaleza en nombre de un ficticio interés público.

Entre los muchos aspectos por sugerir está el tema de la propiedad que no puede subordinar ninguno de los derechos fundamentales a la vida de seres humanos y no humanos. Por eso es preciso viabilizar las funciones sociales y ambientales de la propiedad –sobre todo de la privada– en hechos concretos. En este punto prima la importancia de la genuina utilidad pública. Sostener proyectos en marcha e incluso concesiones entregadas afectando las normas constitucionales y legales, por no impactar intereses particulares que perjudican a la colectividad humana y natural sería una aberración; sería como justificar el mantenimiento de la esclavitud para no afectar a los esclavistas... Bastaría recordar que cuando se liberó a los esclavos no faltaron quienes reclamaron por las “pérdidas” sufridas por sus “propietarios”, a quienes les restringían “su libertad” para comercializarlos, utilizarlos, explotarlos...



Dicho todo lo anterior, una genuina utilidad pública, desde una perspectiva de seguridad jurídica integral, tiene que asumir en todo momento el bien común de las colectividades y no los intereses particulares, incluyendo, por cierto, la vigencia plena de los derechos de la naturaleza.

Siglas y abreviaturas:

AE: Áreas Estratégicas

CERSC: Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CNPI: Coordinación Nacional de Pueblos Indígenas (México)

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

IP: Interés público

IS: Interés social

OP: Orden público

SG: Secretaría de Gobernación (México)

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SN: Soberanía nacional

SNIE: Sistema Normativo de la Industria Eléctrica (México)

SUDH: Sistema Universal de los Derechos Humanos

UP: Utilidad pública

UPYCAPABE: Utilidad pública y conceptos análogos en los países bajo estudio

UPYCA: Utilidad pública y conceptos análogos

US: Utilidad social

ZRM: Zonas de Reservas Mineras (México)



Para la diagramación se utilizaron los caracteres
Adobe Caslon y Ronnia
Octubre de 2021

El conocimiento es un bien de la humanidad.
Todos los seres humanos deben acceder al saber.
Cultivarlo es responsabilidad de todos.