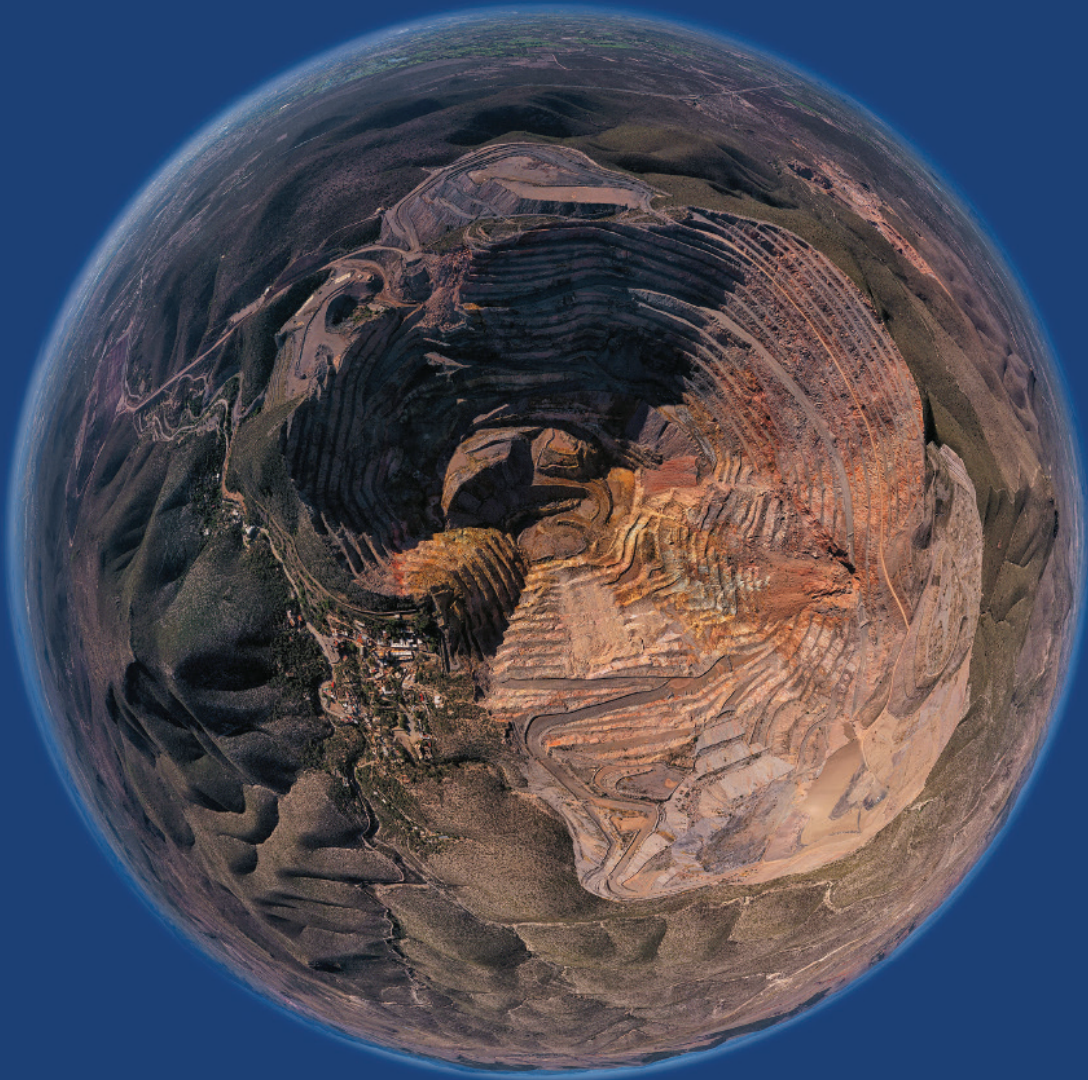


ÍCONOS | 72

Revista de Ciencias Sociales • FLACSO Ecuador • cuatrimestral • ISSN: 1390-1249 • enero-abril 2022



**Extractivismo minero en América Latina:
la juridificación de los conflictos socioambientales**

**Mining extractivism in Latin America:
the juridification of environmental conflicts**

ÍCONOS

REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES

N.º 72, vol. XXVI (1er. cuatrimestre)
ISSN 1390-1249 / e-ISSN: 1390-8065
www.revistaiconos.ec



FLACSO
ECUADOR

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
Sede Ecuador

Íconos. Revista de Ciencias Sociales es una publicación de FLACSO Ecuador. Fue fundada en 1997 con el fin de estimular una reflexión crítica desde las ciencias sociales sobre temas de debate social, político, cultural y económico del país, la región andina y América Latina en general. La revista está dirigida a la comunidad científica y a quienes se interesen por conocer, ampliar y profundizar, desde perspectivas académicas, estos temas. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* se publica cuatrimestralmente en los meses de enero, mayo y septiembre.

Íconos. Revista de Ciencias Sociales es parte de las siguientes bases, catálogos e índices:

Academic Search Premier Magazines and Journals EBSCOhost. Estados Unidos
Actualidad Iberoamericana. Centro de Información Tecnológica (CIT). Chile
CABELL'S. Directory of Publishing Opportunities. Estados Unidos
CIRC. Clasificación Integrada de Revistas Científicas. EC3metrics. Universidad de Granada. España
CLASE. Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales. UNAM. México
DIALNET. Universidad de la Rioja. España
DOAJ. Directory of Open Access Journal. Lund University Libraries. Suecia
ERIHPLUS. European Reference Index for the Humanities and Social Science
ESCI. Emerging Source Citation Index. Web of Science. Clarivate Analytics
FLACSO Andes. FLACSO Ecuador
Fuente Académica Plus EBSCOhost. Estados Unidos
HAPI. Hispanic American Periodical Index. UCLA. Estados Unidos
IBSS. International Bibliography of the Social Science. ProQuest. Estados Unidos
ICI Journals Master List. Index Copernicus International. Polonia
Informe Académico Thompson Gale. Estados Unidos
I2OR. International Institute of Organized Research. India, Australia
LatAm-Studies. International Information Services. Estados Unidos
LATINDEX. Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas, de América Latina, el Caribe, España y Portugal. México
MIAR. Matriz de Información para el Análisis de Revistas. Universitat de Barcelona. España
Political Science Complete. EBSCOhost. Estados Unidos
REDALYC. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. UAEM. México
REDIB. Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico. CSIC. España
SciELO. Scientific Electronic Library Online. Ecuador
SCOPUS. Elsevier. Países Bajos
SJIF. Scientific Journal Impact Factor. Estados Unidos
Sociological Abstracts. CSA-ProQuest. Estados Unidos
Social Science Journals. Sociology Collection. ProQuest. Estados Unidos
Ulrich's Periodical Directory. CSA-ProQuest. Estados Unidos
WPSA. Worldwide Political Science Abstracts. ProQuest. Estados Unidos

Los artículos que se publican en la revista son de responsabilidad exclusiva de sus autores y autoras; no reflejan necesariamente el pensamiento de *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*.



<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/deed.es>

CONSEJO DE EDITORES (EDITORIAL BOARD)

Editoras en jefe (Editors-in-chief)

- María Fernanda López. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador
- Jenny Pontón. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador

Editores asociados (Associate editors)

- Anthony Bebbington. Clark University. Estados Unidos
- Víctor Bretón. Universitat de Lleida. España
- Carlos De La Torre. University of Florida. Estados Unidos
- Cristóbal Kay. International Institute of Social Studies. Países Bajos
- Liisa North. York University. Canadá
- Sarah Radcliffe. University of Cambridge. Reino Unido

Editoras del dossier 72 (Editors of dossier 72)

- Ainhoa Montoya. University of London. Reino Unido
- Rachel Sieder. CIESAS. México
- Yacotzin Bravo. CIESAS. México

COMITÉ CIENTÍFICO (SCIENTIFIC ADVISORY BOARD)

- Javier Auyero. University of Texas, Austin. Estados Unidos
- Bruce Bagley. University of Miami. Estados Unidos
- Adrián Bonilla. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador
- Carolina Curvale. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador
- Carmen Diana Deere. University of Florida. Estados Unidos
- Flavia Freidenberg. Universidad Nacional Autónoma de México
- Roberto Follari. Universidad Nacional de Cuyo. Argentina
- Andrés Guerrero. Honorary Research Fellow. University of Saint Andrews. Reino Unido
- Hernán Ibarra. Centro Andino de Acción Popular. Ecuador
- Catalina León. Universidad de Cuenca. Ecuador
- Magdalena León. Universidad Nacional. Colombia
- Joan Martínez Alier. Universitat Autònoma de Barcelona. España
- Carlos de Mattos. Pontificia Universidad Católica. Chile
- Cecilia Méndez. University of California, Santa Bárbara. Estados Unidos
- Lorraine Nencel. Centro de Estudio y Documentación Latinoamericana. Holanda
- Pablo Pellegrini. Universidad Nacional de Quilmes. Argentina
- Juan Ponce. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador
- Joan Pujadas. Universitat Rovira i Virgili. España
- Luca Queirolo. Università degli Studi di Genova. Italia
- Francisco Rojas. University for Peace. Costa Rica
- Silvia Vega. Universidad Central del Ecuador
- Rob Vos. International Institute of Social Studies. Holanda

GESTIÓN TÉCNICA (TECHNICAL MANAGEMENT)

Asistente editorial: María Dolores Vaca

Correctora de estilo: Bárbara Sáez

Traducción al inglés: Angus Lyall

Imagen de portada: Octavio Ramos Castillo. Minera San Javier. México.

Muestra: "Así se ve la minería en México". <https://adobe.ly/3kiRoOk>

Diseño y diagramación: Antonio Mena / Shiti Rivadeneira

Impresión: V&M Gráficas

Información o solicitud de canje:

revistaiconos@flacso.edu.ec

©FLACSO Ecuador

Casilla: 17-11-06362

Dirección: Calle La Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro

Quito, Ecuador

Teléfono: +593 2 294 6800 Fax: +593 2 294 6803

CDD 300.5, CDU 3, LC: H8 .S8 F53

Íconos. Revista de Ciencias Sociales. –Quito: FLACSO Ecuador, 1997–

v. : il. ; 28 cm.

enero-abril 1997-

Cuatrimestral: enero, mayo, septiembre

ISSN: 1390-1249

1. Ciencias Sociales. 2. Ciencias Sociales Ecuador. I. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Ecuador)

Contenido/Content

Dossier de investigación/Research dossier

Presentación del dossier

Extractivismo minero en América Latina:

la juridificación de los conflictos socioambientales 7-12

Introduction to dossier

Mining extractivism in Latin America:

The juridification of environmental conflicts

Rachel Sieder, Ainhoa Montoya y Yacotzin Bravo-Espinosa

01. Experticias y juridificación comunitaria:

defensa del subsuelo y tierras comunales en Oaxaca, México 13-32

Expertise and community juridification:

Defense of subsoil and communal lands in Oaxaca, Mexico

Salvador Aquino-Centeno

02. Procesos de juridificación y defensa del agua en

el sur andino del Ecuador 33-56

Processes of juridification and defense of water in the southern

Andean region of Ecuador

Carlos Quizhpe e Ivette Vallejo

03. Juridificación multiescalar frente a la industria minera:

experiencias de Centroamérica y México 57-78

Multiscale juridification of the mining industry:

Experiences in Central America and Mexico

Ainhoa Montoya, Rachel Sieder y Yacotzin Bravo-Espinosa

04. Comunidades indígenas y extracción de litio en Argentina:

juridificación y estrategias de acción 79-96

Indigenous communities and lithium extraction in Argentina:

Juridification and action strategies

Deborah Pragier, Mariano A. Novas y Lucas G. Christel

05. Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros	97-116
<i>Towards the decolonization of the extractive regime: Patterns and limits of judicialization in mining conflicts</i>	
María Ximena González-Serrano, Digno Montalván-Zambrano y Lieselotte Viaene	

Temas/Topics

06. La designación de jueces en Ecuador: en búsqueda de una nueva legitimidad	119-137
<i>The appointment of judges in Ecuador: In search of a new legitimacy</i>	
Miguel Herrera	

07. Ciudades intermedias y parque automotriz en Chile. ¿En jaque la sustentabilidad territorial?	139-159
<i>Intermediate cities and automobile parks in Chile. Territorial sustainability in check?</i>	
Francisco Maturana, Mauricio Morales, Ulises Sepúlveda y Johana Maldonado	

08. Convivencia negociada y gobernanza ambiental en áreas naturales protegidas del Perú	161-183
<i>Negotiated coexistence and environmental governance in protected nature areas of Peru</i>	
Mattias Borg Rasmussen	

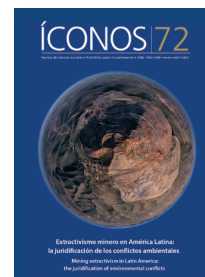
09. Afecto y subjetividad de trabajadoras de la política de infancia en Chile	185-203
<i>Affect and subjectivity of child welfare policy workers in Chile</i>	
Javiera Garcia-Meneses y Giazú Enciso-Domínguez	




10. La situación del tercer sector en Ecuador: supervivencia de las ONG en un entorno adverso	205-228
<i>The situation of the third sector in Ecuador: Survival of NGOs in an adverse environment</i>	
Bernardo Gortaire-Morejón, Andrés Matute, Valeria Romero y Juan Pablo Tinajero	

dossier

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

Towards the decolonization of the extractive regime: Patterns and limits of judicialization in mining conflicts



-  Mgtr. María Ximena González-Serrano. Candidata a doctora. Universidad Carlos III de Madrid (España). (mariaxgo@clio.uc3m.es) (<https://orcid.org/0000-0003-1373-3310>)
-  Mgtr. Digno Montalván-Zambrano. Investigador. Universidad Carlos III de Madrid (España). (dmontalv@clio.uc3m.es) (<https://orcid.org/0000-0002-6050-1777>)
-  Dra. Lieselotte Viaene. Profesora. Departamento de Ciencias Sociales. Universidad Carlos III de Madrid (España). (lviaene@clio.uc3m.es) (<https://orcid.org/0000-0001-8507-4006>)

Recibido: 10/05/2021 • Revisado: 09/08/2021
Aceptado: 07/10/2021 • Publicado: 01/01/2022

Resumen

En el presente artículo nos ha motivado la necesidad de abordar un punto poco estudiado sobre el extractivismo en América Latina: los fundamentos coloniales del marco regulatorio de la minería corporativa y los límites de la judicialización de los derechos humanos para lograr su transformación. Nuestro análisis se sustenta en referentes teóricos del campo del litigio estratégico, el origen del derecho internacional y los estudios decoloniales. Empleamos una metodología multiescalar que tomó como estudios de caso, en el plano nacional, a Guatemala y Colombia, y en el internacional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. A su vez, tejimos un diálogo interdisciplinar entre autores con trasfondos diferenciados e integramos una variedad de fuentes académicas y resoluciones judiciales. Así construimos, a partir de los hitos más relevantes, una genealogía colonial de la normativa minera y su continuidad en las regulaciones republicanas y contemporáneas en los países de estudio. Además, identificamos patrones comunes en la judicialización de los conflictos mineros a nivel doméstico e interamericano y evidenciamos su ineficacia en la modificación de las normativas que rigen la minería. Concluimos con una reflexión sobre nuevos caminos teóricos y metodológicos tanto en la práctica jurídica como en la investigación teórica aplicada, posibles horizontes para la descolonización del derecho y en particular del derecho minero.

Descriptores: derecho minero; descolonización del derecho; judicialización; Guatemala; Colombia; Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Abstract

In this article, we have been motivated by the need to address a little-studied aspect of extractivism in Latin America: the colonial foundations of the regulatory framework of corporate mining and the limits of the judicialization of human rights in order to achieve transformation. Our analysis draws on theoretical references from the field of strategic litigation, the origins of international law and decolonial studies. We used a multiscale methodology that took Guatemala and Colombia as case studies at the national level and the Inter-American System of Human Rights at the international level. At the same time, we wove an interdisciplinary dialogue between authors with different backgrounds and integrated a variety of academic sources and judicial sentences. Thus, we constructed from the most relevant sources a colonial genealogy of mining regulations and their continuity in the republican and contemporary regulations in the countries in question. In addition, we identify common patterns in the judicialization of mining conflicts at the domestic and inter-American levels and demonstrate their ineffectiveness in the modification of the regulations governing mining. We conclude with a reflection on new theoretical and methodological paths both in legal practice and in applied theoretical research, possible horizons for the decolonization of law and, in particular, mining law.

Keywords: mining law; decolonization of law; judicialization; Guatemala; Colombia; Inter-American System of Human Rights.

1. Introducción

La expansión minera en América Latina ha provocado múltiples conflictos socioambientales y disputas territoriales en las que la violación sistemática de derechos humanos ha sido la regla general, en especial, respecto de comunidades, pueblos indígenas y otros pueblos étnicamente diferenciados. Ante esta realidad, el litigio en materia de derechos humanos frente a proyectos mineros se ha incrementado, con resultados que, en líneas generales, podríamos calificar como positivos para los derechos de las comunidades y pueblos afectados (Gilbert 2020, 302; Sieder y Vivero 2017; Kirsch 2012). Sentencias de cortes nacionales e internacionales se han convertido en herramientas importantes para el cuestionamiento sociopolítico del extractivismo en la región, sin embargo, el peso simbólico de dichos fallos parece no ser correlativo a su efectividad. Con este artículo se busca dar cuenta de lo anterior y demostrar que la judicialización de los derechos humanos, agenciada por las comunidades afectadas, ha tenido alcances limitados, en específico, para transformar y reconfigurar normativas y políticas mineras. A pesar de sentencias favorables obtenidas en Altas Cortes nacionales y en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, permanecen incólumes e invariables, dada la continuidad silenciada de sus orígenes, pilares y conceptos coloniales.

El colonialismo no solo universalizó los valores eurocéntricos de desarrollo y crecimiento económico (Chakrabarty 2000; Pahuja 2011), sino también la concepción de la “naturaleza como mercancía para la explotación humana” (González 2015, 11). La objetivación y expolio de tierras, seres y mundos por parte de los centros europeos es producto de la conceptualización y positivización del suelo, subsuelo, minerales, ambiente e incluso humanos como bienes inertes objeto de apropiación y dispuestos para satisfacer la demanda de materias primas de las economías dominantes (Benton 2002; Pahuja 2011; Miles 2010; Lyons 2020). Estas doctrinas, principios e instituciones se trasladaron al derecho internacional e hicieron también de este un producto del “encuentro colonial” (Anghie 2005; Garzón 2016, 2018). En tal marco, diversos autores han hecho una llamada crítica, principalmente teórica, sobre la necesidad de descolonizar el derecho internacional de los derechos humanos, dando cuenta de que solamente así se puede construir un paradigma más inclusivo y representativo (Darian-Smith y Fitzpatrick 1999; Benton 2002; Anghie 2005; Baxi 2002; Rajagopal 2006; Mutua 2007; Pahuja 2011). Estas propuestas han impactado en la labor jurisdiccional en materia de derechos humanos, logrando avances relevantes a nivel nacional e internacional.¹ Sin embargo, argumentamos que estos avances no han logrado desarticular los fundamentos coloniales del derecho minero.

¹ Uno de los ejemplos más interesantes al respecto es la ampliación y transformación del derecho de propiedad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH–, para incluir, dentro de la protección de este derecho típicamente liberal, concepciones como la propiedad comunal y la relación espiritual que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. Al respecto se puede ver Wences y Russo (2016).

Para demostrar lo anterior, efectuamos un análisis crítico fundamentado en un estudio multiescalar e interdisciplinar que entreteteje distintas fuentes de literatura, casos jurídicos y niveles legales. Analizamos estudios historiográficos en los campos del derecho y la economía, para identificar los hitos más relevantes de la genealogía colonial del sector minero y su incorporación constante en los sistemas jurídicos republicanos y contemporáneos de Colombia y Guatemala e, incluso, en los orígenes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Además, efectuamos un análisis jurisprudencial de casos de violaciones a derechos humanos provocadas por proyectos y políticas mineras a nivel doméstico, en Colombia y Guatemala, e interamericano para comprender la repercusión de los procesos de judicialización en el desmonte, permanencia o sofisticación de los marcos mineros.

Tabla 1. Número de casos para el análisis jurisprudencial

Organismo judicial	Documentos revisados	Número
Corte Constitucional de Colombia	Consideraciones y patrones de decisión	6
Corte Constitucional de Guatemala	Consideraciones y patrones de decisión	5
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Casos en distintas fases de trámite	19

Elaboración propia.

La selección de niveles y escenarios geográficos no es aleatoria. Por un lado, Colombia y Guatemala son países de la región que se destacan por la alta incidencia de conflictos mineros judicializados a nivel nacional e internacional. Así, con las sentencias seleccionadas en cada país buscamos evidenciar patrones comunes de judicialización, que nos permitan valorar el tipo de respuestas emitidas por las Cortes para transformar las normativas mineras. Además, los más recientes casos presentados ante el SIDH sobre estas cuestiones se refieren a conflictos mineros emblemáticos ocurridos en ambos países. Por otro lado, los casos de estudios nos permiten efectuar un diálogo entre nuestras experiencias profesionales y de investigación empírica, académica y aplicada en los campos de la antropología jurídica, los derechos humanos y el litigio estratégico.² Tejemos, de ese modo, un entramado analítico interdisciplinar y de múltiples niveles.

2 María Ximena González es abogada y trabajó durante 15 años en el litigio estratégico en Colombia y ante el SIDH en casos de graves violaciones a derechos humanos causadas por el conflicto armado y proyectos extractivos. Digno Montalván Zambrano, es abogado investigador especialista en el seguimiento, monitoreo y análisis de la jurisprudencia interamericana con énfasis en derechos humanos y derechos de la naturaleza. Lieselotte Viaene cuenta con más de 20 años de experiencia de trabajo etnográfico colaborativo con comunidades indígenas en América Latina, en los campos de derechos de los pueblos indígenas, justicia transicional y extractivismo, en particular, con comunidades maya en Guatemala.

2. La judicialización de normativas mineras en Guatemala y Colombia

En esta sección presentaremos un recorrido historiográfico por la normativa minera en América Latina, con énfasis en Colombia y Guatemala. Con el estudio de estos países buscamos evidenciar no solo coincidencias textuales en la legislación y jurisprudencia a lo largo del tiempo, sino la presencia de instituciones jurídico-políticas que delinear un sistema de explotación cuyas bases siguen mimetizadas con las de la época colonial.

Genealogía colonial de sus normativas mineras

La normativa colonial en materia minera implementada en América Latina retomó los pilares de la regulación medieval española, basada, a su vez, en las instituciones jurídicas del derecho romano³ que reconocieron un Derecho Minero Superior del Estado compatible con la existencia de derechos de explotación en manos de particulares (Poveda 2002, 1). En ese ámbito, la Corona emitió leyes especializadas⁴ que diferenciaron los derechos de propiedad y usufructo del suelo de aquellos del subsuelo, abrogándose el dominio exclusivo o compartido con particulares sobre estos últimos (Duarte 2012). Del mismo modo, se crearon otras instituciones jurídico-políticas⁵ que formalizaron el despojo de territorios a las poblaciones originarias y fortalecieron los derechos de dominio sobre el subsuelo en manos de la Corona, impulsando la explotación directa por parte de entidades privadas a cambio de contribuciones fiscales⁶ (Vanegas de la Torre 2015, 72). En los emprendimientos mineros, se destacó el funcionamiento de corporaciones, asociaciones de individuos con personería jurídica que accedían a privilegios fiscales, comerciales o de gobierno (Vanegas de la Torre 2015). En 1681 se emiten las Leyes de Indias, en cuyo Libro IV constan disposiciones sobre los descubrimientos, conquista territorial y minería, que unificaron los parámetros de explotación (Mahecha y Mazuera 2017, 37).

3 El Código de Justiniano y el Código de Teodosiano fueron dos cuerpos normativos fundamentales que sirvieron de base en la regulación medieval española de la minería.

4 Las Siete Partidas en 1256 consagraron derechos de usufructo en favor del soberano; el Ordenamiento de Alcalá de 1384 permitió la propiedad privada de minas en favor de terceros, reservándose para la Corona las minas de metales y las salinas; y las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno de 1584 incorporaron un sistema de adjudicaciones de derechos mineros a terceros a cambio del pago de un porcentaje de lo extraído.

5 Las Reales Cédulas fueron órdenes de la Corona, por medio de las cuales se concedía un privilegio, derecho o se adoptaban disposiciones particulares; los Reales de Minas fueron órdenes en las que la Corona se abrogaba la propiedad exclusiva de yacimientos; las Capitulaciones fueron acuerdos celebrados entre la Corona y particulares para la conquista y aprovechamiento económico de un territorio; y las Diputaciones Mineras fueron una figura de administración de explotaciones mineras locales que otorgaba beneficios o condiciones especiales a privados.

6 El Quinto Real fue el gravamen impositivo por excelencia que debían pagar los propietarios de minas a la Corona y que ascendía a la quinta parte de la producción agrícola y la quinta parte de la producción minera.

Ante el descenso productivo de la minería y las altas necesidades de financiación de la Corona, en 1783 el Rey Carlos III promulgó las Reales Ordenanzas para la Dirección y Régimen del Gobierno del Importante Cuerpo de la Minería, marco jurídico que otorgó beneficios económicos y políticos al gremio de mineros constituido bajo la figura de corporación. Con ello, se institucionalizaron cambios en el régimen de tecnificación, financiación y administración de justicia en torno a la extracción. Expedidas durante las reformas borbónicas, sirvieron de base para las futuras regulaciones mineras aprobadas en América Latina con impulso decisivo a la iniciativa privada (Vanegas de la Torre 2015, 74).

Durante la época de la República, los nuevos Gobiernos afianzaron los derechos de propiedad del Estado sobre el subsuelo y sus recursos explotables. En Guatemala este afianzamiento se evidencia en la consolidación del sistema extractivo a lo largo del tiempo, pues dicha cláusula ha sido plasmada en diferentes vértices del ordenamiento jurídico nacional. Se consagró a nivel constitucional a lo largo de todas las transiciones políticas (1879, 1945, 1956 y 1985), en leyes del sector minero (Ley de Bases de 1868, Códigos y reformas a las leyes de minería de 1908, 1934, 1955 y 1965) y en la legislación civil de 1933 (Joachin 2007, 5). Además, tanto la Constitución Política (1985) como la Ley Minera (Decreto n.º 48 de 1997) incorporaron la propiedad del Estado sobre los yacimientos mineros al declararla inalienable e imprescriptible, lo que habilita a la institucionalidad para otorgar licencias de explotación a particulares. Esta normatividad también incluyó, en los artículos 125 de la Constitución y 7 de la Ley Minera, la necesidad y utilidad pública de la minería, lo cual fortaleció la potestad del Estado para limitar el ejercicio de otros derechos y asegurar la realización de las operaciones extractivas, bajo la ficción de que estas constituyen un beneficio generalizado.

En la Ley Minera se consideran también como derechos reales a los derechos mineros entregados a terceros (art. 17). Esto significa que son derechos basados en la existencia de una relación física o jurídica entre “un sujeto y un objeto”. Este tipo de derechos se establecen por mandato legal y “confieren un poder inmediato y directo sobre el bien” que puede ser ejercitado sin necesidad de contar con el concurso de ninguna otra persona (Ternera y Mantilla 2006, 120). Además, los derechos reales suponen el surgimiento de deberes de abstención y una obligación pasiva generalizada de no importunar su ejercicio, conocida como la “oponibilidad *erga omnes*”. Ello supone que los demás miembros de la sociedad no tienen ningún derecho sobre el bien y no pueden interferir de ninguna forma en el poder directo que ostenta su titular (Ternera y Mantilla 2006, 121). La propiedad estatal del subsuelo y la entrega de licencias y concesiones a terceros para explotarlo se respalda, además, por las nociones de seguridad jurídica y derechos adquiridos, “instituciones contractualistas” con las cuales la inmutabilidad del derecho y, en este caso, de los derechos mineros es asegurada (Pérez Luño 2000, 27).

Por su parte, en Colombia, en la época republicana la minería continuó siendo uno de los ejes económicos estructurales, dando apertura a centros tecnificados de explotación de metales preciosos a manos de capital privado (Poveda 2002, 2). El régimen legal colonial de extracción se mantuvo vigente hasta 1823, año en que se expidió la primera Ley Minera de la República. El hito normativo más llamativo de este tiempo fue el Reglamento de Minas de 1829, que incorporó el principio de Dominio Eminente del Estado, que asume la potestad de entregar los depósitos en posesión o propiedad a particulares (Duarte 2012).

El país experimentó varias décadas de guerras civiles en el siglo XIX que dieron lugar a la creación temporal de un sistema político federal. Durante ese periodo, algunos Estados acogieron el principio opuesto, sumando al dominio sobre el suelo, el del vuelo y el subsuelo; no obstante, este cambio fue pasajero. Al retomar Colombia a la estructura de Estado centralizado, este recuperó el dominio de depósitos valiosos del subsuelo y se creó el sistema de concesiones y servidumbres mineras, vigente en la actualidad (Código Fiscal de 1873, Constitución de 1886, Ley 37 de 1931 y la Ley 160 de 1936).

Entre 1969 y 1989 se implementó un sistema pasajero de nacionalización en el que el Estado dejó de ser un operador de títulos mineros para ser un protagonista en el desarrollo de la actividad. Posteriormente, se aprueban la Constitución Política de 1991 y el Código Minero (Ley 685 de 2001), normatividad vigente que retomó la vieja receta del régimen de concesiones para incentivar la atracción de capital privado (art.37), amparada en el dominio estatal inalienable e imprescriptible del subsuelo y sus yacimientos (art. 5 y 6), y en la minería como una actividad de utilidad pública e interés social (art. 13).

Esta breve revisión de los principales hitos históricos de regulación minera en Guatemala y Colombia demuestra cuatro elementos que han definido el modelo de enclave exportador desde tiempos coloniales: 1) la conceptualización del suelo, el subsuelo y los minerales como bienes, objetos y recursos extraíbles que obvia otras posibles concepciones y entendimientos sobre su carácter, existencia o agencia; 2) la apropiación del subsuelo y de los minerales por parte de la Corona, la República y ahora del Estado nación moderno –institución jurídica originada en un régimen civil imperial y colonial– lo que, en la práctica, constituye una abrogación de derecho, es decir, un despojo regularizado por la normatividad; 3) la entrega de derechos mineros a inversores privados y corporaciones, tendencia que cobró fuerza desde la Colonia y que en la actualidad se ampara en la fórmula de derechos reales/seguridad jurídica/derechos adquiridos, categorías creadoras de obligaciones de no intervención oponibles a terceros, que consolidan una fragmentación material, simbólica y política del territorio; 4) con la utilidad pública e interés social de la minería se construyó una ficción sobre el beneficio general que representa tal actividad –sin tomar en cuenta sus impactos multidimensionales– para fortalecer el poder del Estado en la restricción de derechos y debilitar los cuestionamientos que la confrontan.

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

Estrategias para la judicialización de normativas mineras

Tanto en Colombia como en Guatemala, pueblos indígenas y afrodescendientes han acudido cada vez más a los tribunales nacionales para exigir la protección y garantía efectiva de sus derechos colectivos frente a proyectos mineros. Estos procesos de litigio, caracterizados por el uso de normativa internacional, requieren de “estrategias de defensa multifacéticas, conocimientos interdisciplinarios y compromisos a largo plazo” (Gilbert 2020, 302). Teniendo en cuenta esa complejidad, en el presente apartado analizamos algunos procesos de judicialización que se han activado en estos países, con el objetivo de valorar su alcance concreto en la modificación de la regulación minera colonial.

Consulta Previa: llave sin salida de los conflictos mineros

La Consulta Previa⁷ y el Consentimiento Previo Libre e Informado (CPLI)⁸ han ocupado un lugar prioritario en las agendas políticas y reclamaciones judiciales de movimientos sociales y pueblos afectados por proyectos extractivos.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la obligación gubernamental de garantía del derecho implica “propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación”, pero en caso de no llegar a acuerdos, “no es posible frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como la minería” (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-891/2002, párr. 20). Para la Corte, los pueblos indígenas no tienen derecho a vetar las iniciativas de desarrollo impulsadas por el Estado, pues el objetivo de la consulta debe ser la concertación, y si esta no es posible, la decisión recae exclusivamente en el Estado. Por parte de la Corte Constitucional de Guatemala se consideró que, al tratarse de una regulación general y abstracta, “la consulta debe observarse en el momento de su aplicación frente a proyectos específicos y no sobre leyes de contenido amplio”. Además, exhortó al Congreso para emitir una legislación procedimental del derecho a la Consulta (Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1008/2012, 297).

En ambos países se han emprendido acciones judiciales que ponen en cuestión el desarrollo de operaciones mineras específicas que afectan territorios indígenas y étnicos. En esa órbita se destaca el caso del proyecto Escobal, uno de los depósitos de plata más grandes del continente ubicado en el municipio de San Rafael de las Flores en Guatemala (Montoya et al. 2021). Se trató de la primera sentencia del país que

7 La Consulta Previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, étnicos y tribales con respecto a medidas administrativas, legislativas y proyectos que puedan afectarles directamente. Tal derecho se encuentra consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por ambos países (Colombia en 1991 y Guatemala en 1996).

8 El CPLI es un derecho fundamental de pueblos indígenas, étnicos y tribales, definido como un estándar reforzado en materia de Consulta Previa, que opera frente a medidas, planes, proyectos de desarrollo o inversión que tengan impactos profundos o que puedan poner en riesgo la pervivencia de un pueblo.

dispuso la suspensión de operaciones de un proyecto minero, ante la declaratoria de inexistencia de pueblos indígenas en el proceso de expedición de licencias mineras, sin la realización de estudios históricos y antropológicos especializados (Corte Constitucional de Guatemala Expediente 4785/2017).

En suma, las Altas Cortes de ambos países han consolidado precedentes robustos que conciben la Consulta y el Consentimiento como un doble estándar conectado con el respeto y la satisfacción de derechos fundamentales y colectivos de los pueblos étnicos que tiene como eje central el territorio y la vida. En la práctica este tipo de fallos han permitido suspender proyectos mineros o medidas administrativas por cierto tiempo, pero no han desvertebrado los fundamentos legales del modelo extractivo. Estos derechos se han construido en torno a los verbos informar, preguntar, socializar y negociar con poca incidencia de la acción decidir con autonomía. En esta jurisprudencia la voz comunitaria es reducida a un trámite formal destinado a escuchar opiniones, preguntas o exigencias que no tienen la entidad jurídica de alterar o cuestionar los derechos de extracción, sino de obtener el aval de los pueblos a proyectos y políticas que se conciben desde el centro del poder como inobjetable.

Efecto decorativo de las consultas ciudadanas

104

Una de las estrategias alternativas empleadas por comunidades y movimientos sociales en Colombia y Guatemala para pronunciarse ante la realización de proyectos extractivos ha sido la realización de Consultas Comunitarias de Buena Fe (Guatemala) o Consultas Populares (Colombia). En estos ejercicios la población que habita la zona de influencia de un proyecto minero vota Sí o No al desarrollo de la actividad (Dietz 2018; Mayén 2012). La naturaleza jurídica de este tipo de consultas ha sido uno de los asuntos más relevantes sometidos a la jurisdicción constitucional en ambos países y resuelto con criterios cambiantes, que finalmente descartan su validez frente a actividades y proyectos extractivos.

En Guatemala, la empresa Montana Exploradora demandó en 2005 tres acuerdos municipales que recogieron los resultados de la consulta realizada con y por las comunidades. En 2007, esta cuestión fue resuelta por la Corte Constitucional al considerar que las consultas “son mecanismos importantes de expresión de la voluntad y el pensamiento” pero que no pueden regular “asuntos que son competencia de otras instituciones del Estado”. El tribunal señaló que los resultados de tales consultas “solo son indicativos”, es decir, que sus efectos no tienen carácter regulatorio al tratarse de asuntos que competen a un órgano estatal diferente, esto es al Ministerio de Energía y Minas, “en tanto pueden afectar derechos de terceros legítimamente adquiridos”. Esta fue la primera de múltiples sentencias en las que esta Corte exhortó al Congreso para precisar el alcance de las consultas comunitarias y regular la Consulta Previa (Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1491/2007, 13).

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

Por su parte, en Colombia las Consultas Populares han sido un mecanismo de participación que se ha empleado ante la omisión de consultas previas o por poblaciones que habitan territorios no étnicos. En un primer momento, la Corte Constitucional de Colombia emitió varias decisiones que convalidaron estas consultas. En consecuencia, se ordenó al Gobierno la construcción de instrumentos para asegurar la participación ciudadana en coordinación y concurrencia con autoridades locales (Sentencia C-123/2014; Sentencia C-389/2016; Sentencia T-445/2016). En ese marco, el Gobierno creó dos procedimientos administrativos: la concertación con autoridades locales y las audiencias de participación minera previas al otorgamiento del título, los cuales fueron valorados positivamente por la Corte en 2018. En ese fallo, el Tribunal restó eficacia jurídica a las Consultas sobre asuntos relativos a la extracción de recursos naturales y reconsideró el papel de los Gobiernos locales en la materia, al determinar que “no cuentan con la competencia y la autonomía para prohibir el desarrollo de actividades extractivas, en tanto estas son de interés general y de trascendencia económica” (Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU-095/2018).

Moratorias: detención temporal a nuevas concesiones

Una última estrategia común de judicialización identificada son las decisiones que paralizaron la entrega de nuevas concesiones, al otorgar plazo a las instituciones para hacer adecuaciones en sus procesos de planificación y armonización de políticas.

En 2008 se decretó por orden judicial una moratoria minera en Guatemala que frenó el desarrollo de nuevos proyectos hasta 2012. Se ordenó después de una decisión de la Corte que declaró la inconstitucionalidad de ciertas expresiones de siete artículos de la Ley Minera relativos a la obligación de protección del agua y del ambiente. Esta acción se emprendió como parte de la estrategia jurídica para evitar el avance del proyecto Marlin,⁹ pero sus efectos se extendieron a las demás operaciones mineras activas y en particular a nuevas solicitudes de licencias (Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1491/2007).

En Colombia, organizaciones sociales y comunidades locales presentaron en 2013 una acción judicial para evitar la reapertura de la entrega de solicitudes y títulos mineros. En 2018 se emitió sentencia, en la que se solicitó a las instituciones estatales que concluyeran en tres años el proceso de ordenamiento ambiental del territorio “con base en estudios técnicos, idóneos, integrales y precisos, adecuados y eficaces que garanticen la preservación del ambiente” antes de continuar la entrega masiva de derechos mineros, lo que implicó mantener vigente una moratoria minera declarada por el Estado en 2012 frente a nuevas solicitudes. En la actualidad este fallo está

⁹ La mina Marlin es un proyecto minero de extracción de metales preciosos ubicado sobre el Cerro Blanco en la municipalidad de San Miguel Ixtahuacán y Sicapa en San Marcos, Guatemala. En la actualidad, el proyecto está suspendido, pero fue adquirido por la multinacional Newmont y se espera la reapertura de operaciones (Montoya et al. 2021).

en apelación ante el Consejo de Estado (Tribunal Administrativo de Cundinamarca 2018, 155).

Estos mecanismos no tienen la entidad de proponer cambios normativos o políticos significativos, tan solo reducen la velocidad de entrega masiva de títulos a terceros interesados, principalmente de empresas privadas.

Jurisprudencia “posthumana” y marcos mineros intactos

En Colombia, comunidades afrocolombianas emprendieron un proceso de judicialización para exigir la protección del río Atrato, así como la garantía de sus derechos afectados por la violencia estructural, el extractivismo y la contaminación. La Corte resolvió este caso a través del uso del marco legal transnacional emergente de los derechos de la naturaleza y los derechos bioculturales, para robustecer su argumentación sobre la protección del agua y del río. A pesar de la declaratoria del río como nuevo sujeto legal, la Corte se centró exclusivamente en los efectos adversos de la minería informal y descartó tomar medidas resolutorias sobre los derechos entregados a inversionistas privados en diversos frentes extractivos y sobre las políticas económicas diseñadas para la región desde los centros de poder (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-622/2016).

En Guatemala, colectivos mayas emprendieron un proceso de judicialización sin precedentes en el continente: una acción de inconstitucionalidad contra disposiciones dispersas que componen el régimen de agua en el país, entre ellas el art.71 de la Ley de Minería. Para los accionantes, las normas demandadas se orientan “a la privacidad de los derechos de propiedad, uso, goce y aprovechamiento, anteponiendo la comercialización y explotación para usos industriales, agropecuarios, extractivos y energéticos”. La novedad en su alegato fue controvertir los fundamentos que conciben el agua como bien, objeto y recurso, y proponer a la Corte que considerara las concepciones de los pueblos indígenas como criterio jurídicamente vinculante, solicitando una nueva normativa que incluya la idea de que “el agua es un ser vivo que tiene ciclos, que se conecta con el cosmos, que tiene un carácter sagrado, para los pueblos mayas”. La Corte alegó defectos en la formulación técnica procesal de los cargos, descartó la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos demandados, entre ellos el de la Ley Minera, y ordenó al Congreso la tramitación de una ley de agua que incorpore las visiones de los pueblos indígenas (Corte Constitucional de Guatemala Sentencia 452/2019, 4).

Las estrategias de judicialización emprendidas por comunidades y activistas en Colombia y Guatemala permiten advertir tanto la existencia de patrones comunes en la exigibilidad de derechos frente a conflictos mineros como los tipos de decisiones y argumentos adoptados por las Cortes. Además, se evidencia el alcance altamente restringido de la judicialización en la transformación de la normativa minera a nivel

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

doméstico, cuya falta de reformulación jurídico-política explica, en parte, la continuidad y agudización de las disputas y la insuficiencia del marco de derechos humanos para hacerle frente.

3. La internacionalización de la judicialización de los conflictos mineros

En esta sección, exploramos el origen normativo del marco interamericano y profundizamos en el análisis integrado de múltiples casos litigados ante el sistema y su incidencia en la adecuación de las normativas mineras regionales.

En línea con lo demostrado en el estudio por países, la normativa colonial en materia minera se reprodujo, también, en la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), organismo regional más antiguo del mundo. El artículo 26 del texto original de la Carta de la OEA, aprobada el 30 de abril de 1948, contempló el compromiso de los Estados para cooperar entre sí a fin de, entre otros objetivos, “intensificar su agricultura y su minería”. Aunque este objetivo sería eliminado diecinueve años más tarde,¹⁰ como pretendemos demostrar en este apartado, la esencia del modelo extractivo minero como paradigma de desarrollo continúa presente en la región.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha dado a conocer los peligros que para los derechos humanos de los pueblos indígenas, tribales y comunidades afrodescendientes ha representado la intensificación de la minería. Para la CIDH, la realidad que enfrentan estos pueblos a causa de estos proyectos “se encuentra caracterizada por afectaciones en la salud, alteración en las relaciones comunitarias, la calidad de vida, migraciones, desplazamiento de comunidades, cambios en patrones tradicionales de economía, entre otros” (CIDH 2015, 18).

Las cifras de casos sobre disputas mineras presentados al SIDH dan cuenta de lo anterior. Hasta el año 2020 se han tramitado cerca de 12 casos sobre contaminación ambiental relacionados con actividades mineras; todos ellos tienen como víctima a comunidades indígenas, pueblos tribales o comunidades afrodescendientes.¹¹ De estos, cinco han sido admitidos dentro de la CIDH (2004, 2009a, 2009b, 2014, 2019), dos se encuentran cerrados (CIDH 1985, 2002), dos han sido remitidos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2020b, 2020c) y tres cuentan con sentencia y están en etapa de supervisión (Corte IDH 2007, 2015a, 2015b).

10 Este artículo 26 sería eliminado mediante la reforma a la Carta de la OEA del 27 de febrero de 1967, con la cual se suprimió el objetivo de “intensificación de la minería” e incluyó el “desarrollo integral” como nueva meta dentro de la Carta.

11 Para la elaboración de este apartado recurrimos a los repositorios oficiales tanto de la CIDH como de la Corte IDH disponibles en sus páginas web. Para el caso de la Comisión, se efectuó una búsqueda y sistematización manual de resoluciones de admisibilidad, inadmisibilidad, fondo y archivo desde 1973 hasta el 2020. En el caso de la Corte, realizamos la búsqueda de los términos “mina”, “minería”, “minero”, “minera”, “ambiente”, “contaminación”, “pueblos indígenas”, “tribales”, “afrodescendientes” y “territorios” en su buscador automático. Los resultados fueron posteriormente filtrados y sistematizados manualmente.

Tanto la Comisión como la Corte IDH han consolidado estándares de aplicación obligatoria para la garantía de los derechos de los pueblos afectados por actividades mineras. Entre ellos destacan la garantía de la consulta previa y al consentimiento libre e informado, la obligatoriedad de la realización de estudios de impacto socioambiental y la participación de las comunidades en los beneficios que produzca el plan extractivo que se lleve a cabo dentro de sus territorios. Estos estándares constituyen, en palabras de la Corte, “salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad sobre sus tierras por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo” (2017, párr. 156). Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte han ido más allá de la creación y revisión del cumplimiento de estas salvaguardas. En todos los casos sobre cuestiones mineras aquí referidos la legislación fue un tema de especial atención para ambos organismos.

Así lo mostró la CIDH desde su primer caso sobre pueblos indígenas que, a su vez, es el primero sobre afectaciones a los derechos humanos producto de actividades mineras: el caso Pueblos Indígenas Yanomami Vs. Brasil del 5 de marzo de 1985. La Comisión argumentó cómo, si bien la legislación brasileña de aquel momento establecía que solo se podía dar paso a la explotación y concesión en tierras indígenas cuando se trate de minerales estratégicos necesarios para la seguridad y desarrollo nacional, en la práctica, esta normativa no era implementada. La razón de lo anterior era la obligatoria intermediación de un organismo estatal, adscrito al Ministerio del Interior del país, el cual actuaba como representante de los intereses y patrimonio cultural de los indígenas. Bajo la “tutela” de este organismo se encontraban los pueblos indígenas de Brasil en atención a lo establecido en el artículo 6 de su Código Civil, el cual, con claros rezagos coloniales, consideraba a los indígenas como “relativamente incapaces”.

Aunque la consideración de los pueblos indígenas como relativamente incapaces desapareció de la normativa de los países de la región, en materia minera se consolidó la clasificación de los recursos del subsuelo como de “interés nacional” sin excepciones ni matices. Este es un rasgo común en todos los cuerpos normativos que regulan la actividad minera en los doce casos que ha conocido y está conociendo el SIDH sobre el tema, los cuales constituyen la internacionalización de los conflictos mineros previamente expuestos sobre Colombia y Guatemala. Por esta razón, en los más recientes casos sobre cuestiones mineras la Comisión y la Corte IDH han puesto especial énfasis en la necesidad de adecuar el marco normativo de los Estados para asegurar la garantía de los derechos.

En el Informe de Fondo del Caso Pueblo Indígena U'wa y sus Miembros vs. Colombia, la CIDH ratificó el carácter fundamental de establecer un marco legislativo e institucional para prevenir y evaluar eficazmente los riesgos a los derechos humanos inherentes a la operación de actividades extractivas desde sus fases iniciales (2019,

párr. 129). Por otro lado, en el Informe de Fondo del Caso Comunidad Indígena Maya Q'eqchi' Agua Caliente vs. Guatemala del 3 de marzo de 2020, la CIDH dio cuenta de que la Ley de Minería concede la propiedad absoluta al Estado sobre todos los yacimientos que existan dentro de su territorio sin hacer referencia a los pueblos indígenas ni garantizar la “consulta previa” (párr. 24).

Del mismo modo, la CIDH se encuentra tramitando casos relacionados con dos grandes proyectos mineros en Guatemala y Colombia: el proyecto “Mina Marlin I” de Guatemala (2014) y la producción minera del Departamento La Guajira de Colombia (2020). En el primero se demanda, entre otros, la inadecuada regulación de la Ley de Minería respecto de derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa (2014, párr. 37). Por su parte, el segundo caso expone la importancia de atender y vigilar la creación normativa, aún después de garantizadas las salvaguardas a favor de los pueblos indígenas frente a proyectos mineros. En específico, se refiere a la salvaguarda de participación en los beneficios del plan extractivo que se lleve a cabo dentro de su territorio (Corte IDH 2007, párr. 129; 2015b, párr. 201). Así, en este caso, se demandó la aprobación, sin consulta previa, de una reforma al régimen de regalías derivadas de la explotación de recursos naturales que modificó la distribución de los ingresos afectando de manera directa a la comunidad wayú y sus programas de salud, educación y alimentación (CIDH 2020b, párrs. 1-3).

La Corte IDH, por su parte, ha dictado hasta el año 2020 tres sentencias sobre cuestiones mineras y medio ambiente. La primera sentencia es el caso del pueblo saramaka¹² vs. Surinam. En este se evaluó la legislación minera y se evidenció que la misma solo permitía acudir ante el poder judicial si el poseedor de un derecho de explotación minera y un “demandante legítimo” o “tercero” no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización solicitada. La concesión minera no era cuestionable, pues los intereses sobre la tierra de los saramaka no estaban reconocidos como derechos subjetivos ni colectivos (2007, párr. 105). A su vez, ello suponía trabas en el acceso a la justicia, en tanto para calificar como “demandante legítimo” o “tercero”, la legislación establecía que el pueblo saramaka solo poseía un “derecho fáctico” en lugar de un derecho real individual, registrable, reconocido y emitido por el Estado (2007, párr. 109).

La segunda sentencia de la Corte IDH es el caso Comunidad Afrodescendiente Garífuna de Punta Piedra¹³ y sus Miembros vs. Honduras de 8 de octubre de 2015. En este caso la Corte examinó la reglamentación minera del país constatando que, si bien esta reconoce a los pueblos indígenas y afrohondureños el derecho a la consulta, las disposiciones reglamentarias en materia de minería supeditan su realización a la fase inmediatamente anterior a la autorización de la explotación. Por lo expuesto, la

12 El pueblo saramaka es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII.

13 El origen del pueblo garífuna data del siglo XVIII, de la unión de africanos provenientes de barcos españoles que naufragaron en la isla San Vicente en 1635 y los amerindios que habitaban la zona desde antes de la colonización.

Corte IDH concluyó que dicha regulación carecería de la precisión necesaria para cumplir con los estándares sobre el derecho a la consulta, según los cuales esta debe realizarse en las primeras etapas del proyecto (2015a, párr. 222).

La última sentencia emitida por la Corte IDH es el caso de los pueblos kaliña y lokono¹⁴ vs. Surinam de 25 de noviembre de 2015. En este caso la Corte IDH demostró que el reconocimiento de los “intereses” de los derechos de los pueblos indígenas y tribales al otorgar concesiones mineras, en la normativa minera de Surinam, no incluía el derecho a la participación efectiva de dichos pueblos antes de emprender o autorizar la explotación de la mina en su territorio y, por tanto, no cumplía con los estándares interamericanos (2015b, párrs. 209-211). Por otro lado, destaca en esta sentencia la creación de “parques naturales” de propiedad del Estado como un mecanismo para evadir el cumplimiento de derechos de los pueblos indígenas y facilitar los procesos de explotación minera. Esta es una sofisticada estrategia utilizada por los Estados para evadir sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas a partir de la instrumentalización del discurso ecológico.

Finalmente, en los tres casos citados, la Corte IDH dispuso que los Estados efectúen reformas a fin de adaptar su legislación a los estándares establecidos por esta: 1) en el caso saramaka dispuso eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros de este pueblo (2007, párr. 194); 2) en el caso de la comunidad garífuna de Punta Piedra dispuso que el Estado adopte en un plazo razonable las medidas suficientes y necesarias, a fin de que sus disposiciones reglamentarias sobre minería no menoscaben el derecho a la consulta de forma previa a la autorización de programas de prospección o exploración (2015a, párr. 325); y 3) en el caso de los pueblos kaliña y lokono ordenó al Estado de Surinam adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para garantizar la participación efectiva, a través de un proceso de consulta a las comunidades, según sus tradiciones y costumbres, respecto de cualquier proyecto, inversión, reserva natural, o actividad que puedan afectar su territorio (Corte IDH 2015, párr. 305).

Estos precedentes manifiestan la utilidad de la judicialización de las cuestiones mineras a nivel interamericano, pues han aportado en la creación y consolidación de estándares de obligatorio cumplimiento para todos los países que son parte del SIDH. Sin embargo, al revisar la implementación de las medidas de reparación dictadas, observamos una realidad totalmente distinta. Los tres casos con sentencia de la Corte IDH siguen abiertos en etapa de supervisión de ejecución de sentencia dentro de este organismo. En el caso saramaka vs. Surinam, diez años después de ordenadas las adecuaciones legislativas estas aún no han sido realizadas (Corte IDH 2018, párr. 44). Por su parte, en el caso de la comunidad garífuna de Punta Piedra, cuatro

14 Los pueblos kaliña y lokono son dos de los cuatro pueblos indígenas con mayor población de Surinam, y son conocidos como los “pueblos del Bajo Marowijne”.

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

años después las medidas legales aún no han sido adecuadamente modificadas (Corte IDH 2019, párrs. 39-43). De hecho, la situación en este caso se ha agravado tanto que ha llegado a poner en serio riesgo el derecho a la vida en esta comunidad (Corte IDH 2020). Finalmente, respecto del caso kaliña y lokono aún está pendiente que se efectúe la resolución de supervisión de sentencia, sin embargo, dado que comparte el mismo marco jurídico que el caso del pueblo saramaka, podemos predecir que la respuesta tampoco será muy alentadora.

4. Conclusiones

En el derecho minero en América Latina se conceptualiza a los minerales y el subsuelo como un depósito de materialidades extraíbles para beneficio humano. A pesar de los numerosos fallos emblemáticos e históricos en los tribunales nacionales e internacionales, por ejemplo, en Guatemala, Colombia y la Corte IDH, las políticas extractivas siguen latentes, se vigorizan y se respaldan en instituciones estatales de origen colonial, que cuentan con mayor peso y eficacia que el marco de los derechos humanos.

En el presente artículo hemos demostrado que la actuación aislada del marco regulatorio de los derechos humanos resulta insuficiente para generar cambios estructurales en materia minera. En el mejor de los casos, nuestro análisis indica que estas sentencias quitan tiempo, crean escenarios burocráticos, imponen trámites adicionales o suspenden temporalmente proyectos concretos sin alterar el andamiaje extractivo. Si bien en su mayoría son decisiones que reafirman la titularidad formal de derechos por parte de las comunidades, se evidencia que no alteran el núcleo ni transforman el rumbo del modelo minero y que, además, carecen de fuerza de implementación.

Creemos que el análisis del papel de los tribunales en la resolución de conflictos mineros ofrece oportunidades para identificar tendencias comunes de judicialización, pero también para reflexionar sobre nuevos caminos teóricos y metodológicos que contribuyan a una descolonización del derecho y, en particular, del derecho minero. En este marco, en nuestra consideración, se pueden proponer distintas alternativas en los campos de la práctica jurídica o la investigación teórica aplicada.

Desde el primer campo, se podría exigir mecanismos más robustos para el cumplimiento de las sentencias en derechos humanos sobre pueblos afectados por iniciativas extractivas. Asimismo, se invita a la diversificación de las estrategias de judicialización en el ámbito de los derechos humanos buscando, con ello, promover transformaciones de fondo en las normativas mineras de origen colonial.

En el segundo escenario, se propone elaborar un nuevo marco teórico que dé paso a un enfoque decolonial e interdisciplinar del régimen minero. Esto requerirá de un giro teórico y aplicado que se nutra de la teoría y práctica jurídica, y de las ciencias

sociales críticas. Finalmente, las miradas sobre el suelo y los minerales de los pueblos indígenas, afrodescendientes y campesinos deben estar presentes en la construcción de este nuevo marco teórico y jurídico-aplicado.

Apoyos

La realización de este trabajo fue posible gracias a tres proyectos. El primero es el Proyecto RIVERS - Water/Human Rights Beyond The Human? Indigenous Water Ontologies, Plurilegal Encounters and Interlegal Translation (2019-2024), financiado por un Starting Grant (subvención inicial) del Consejo Europeo de Investigación (ERC) en el marco del programa de investigación e innovación “Horizon” 2020 de la Unión Europea, acuerdo de subvención N.º 804003. El segundo y el tercero son los proyectos “Jueces en Democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (DER2016-79805-P, AEI/FEDER, UE) y “Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos” (PID2019-107172RB-I00), ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España y adscritos al Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos Tercero de Madrid.

112

Referencias

- Anghie, Antony. 2005. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baxi, Upendra. 2002. *The future of human rights*. Nueva York: Oxford University Press.
- Benton, Lauren A. 2002. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Chakrabarty, Dipesh. 2000. *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Darian-Smith, Eve, y Peter Fitzpatrick, eds. 1999. *Laws of the postcolonial*. Michigan: The University of Michigan Press.
- Dietz, Kristina. 2018. “Consultas populares mineras en Colombia: condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa”. *Colombia Internacional*, 93: 93-117. <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.04>
- Duarte, Carlos. 2012. “Gobernabilidad minera: cronologías legislativas del subsuelo en Colombia”. *Cronologías de la Legislación Minera Colombiana*, 10 de enero. <https://bit.ly/3beP10Q>
- Garzón, Pedro. 2018. “Colonialidad (jurídica) = (Legal) coloniality”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14: 206-214. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4164>
- Garzón, Pedro. 2016. *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros
- Gilbert, Jérémie. 2020. "Indigenous Peoples and Litigation: Strategies for Legal Empowerment". *Journal of Human Rights Practice* 12 (2): 301-320. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huaa028>
- González, Carmen. 2015. "Bridging the North-South Divide: International Environmental Law in the Anthropocene". *Pace Environmental Law Rev* 32 (2): 407-433. <https://bit.ly/3ClcEzZ>
- Joachin, Carmen. 2007. *Procedimiento consultivo a las comunidades indígenas para la aprobación de la explotación minera*. Ciudad de Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala
- Kirsch, Stuart. 2012. "Juridification of indigenous politics". En *Law against the State. Ethnographic Forays into Law's Transformations*, editado por Julia Eckert, 38-59. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lyons, Kristina. 2020. *Vital Decomposition: Soil Practitioners and Life Politics*. Durham / Londres: Duke University Press
- Mahecha, Andrea, y Paula Mazuera. 2017. "Las leyes de los Reinos de las Indias". *Revista Diálogo de Saberes*, 47: 35-53. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1695>
- Miles, Kate. 2010. "International Investment Law: origins, imperialism and conceptualizing the environment". *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 21 (1): 1-47. <https://bit.ly/3EvOXWP>
- Mayén, Guisela. 2012. "Guatemala: El derecho a la consulta previa". En *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, editado por Beatriz Cajías y Claudia Heins, 115-144. La Paz: Fundación Konrad Adenauer.
- Montoya, Ainhoa, Rachel Sieder, Yacotzin Bravo Espinosa, Rupert Knox y María C. Pauchulo. 2021. "The Legal Cultures of the Subsoil Database". Acceso el 29 de abril de 2021. <https://bit.ly/3Gn0mtT>
- Mutua, Makau. 2007. "Standard Setting in Human Rights: Critiques and Prognosis". *Human Rights Quarterly* 29 (3): 547-630. <https://bit.ly/3Brsf08>
- Pahuja, Sundhya. 2011. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139048200>
- Pérez Luño, Antonio Enrique. 2000. "La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia". *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 16: 25-38. <https://bit.ly/3vYxO5p>
- Poveda, Gabriel. 2002. "La minería colonial y republicana: cinco siglos de variantes y desarrollos". *Revista Credencial Historia*, 151. <https://bit.ly/3GJiVsC>
- Rajagopal, Balakrishnan. 2006. "Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy". *Third World Quarterly* 27 (5): 767-783. <https://bit.ly/3pP6Agv>
- Sieder, Rachel, y Anna Barrera Vivero. 2017. "Legalizing Indigenous Self-Determination: Autonomy and Buen Vivir in Latin America". *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology* 22 (1): 9-26. <https://doi.org/10.1111/jlca.12233>
- Terner, Francisco, y Fabricio Mantilla. 2006. "El concepto de derechos reales". *Revista de Derecho Privado*, 36: 117-139. <https://bit.ly/3CrM2Oh>
- Vanegas de la Torre, Agueda. 2015. "Los privilegios mineros novohispanos a partir de las Ordenanzas de Minería de 1783: los usos de la justicia". *Revista Historia y Justicia*, 5: 67-92. <https://doi.org/10.4000/rhj.1470>

María Ximena González-Serrano, Digno Montalván-Zambrano y Lieselotte Viaene

Wences, Isabel, y Anna Margherita Russo. 2016. “De los derechos de los ‘miembros de las comunidades’ a los derechos de la ‘comunidad y sus miembros’: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *La América de los Derechos*, coordinado por Pablo Santolaya Machetti e Isabel Wences, 281-326. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Documentos legales y públicos

Legislación de Guatemala

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985. Asamblea Nacional Constituyente, Ciudad de Guatemala, 31 de mayo. Acceso el 9 de septiembre de 2021. <https://bit.ly/3kgSSPK>
 Decreto 48/1997. Ley de Minería. Ciudad de Guatemala, 11 de junio. Acceso 9 de septiembre de 2021. <https://bit.ly/3cw4evb>
 Decreto Ley 342/1965. Código de Minería.
 Decreto 272/1955. Reforma a Ley de Minería.
 Decreto Legislativo 2000/1934. Código de Minería.
 Decreto 686/1908. Código de Minería.

Legislación de Colombia

Constitución Política de Colombia de 1886. Acceso 9 septiembre de 2021. <https://bit.ly/3wwnMbC>
 Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Acceso 9 de septiembre de 2021 <https://bit.ly/3GYAgOa>
 Ley 685/2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 15 de agosto. Acceso 9 de septiembre de 2021. <https://bit.ly/3bVh2eg>
 Ley 160/1936, por la cual se modifican algunas de las disposiciones de la Ley 37 de 1931 y se dictan otras disposiciones sobre petróleos. Bogotá, 14 de noviembre. Acceso 9 septiembre de 2021. <https://bit.ly/3n0Lhqw>
 Ley 37/1931. Ley Del Petróleo. Bogotá, 4 de marzo. Acceso 9 septiembre de 2021. <https://bit.ly/309iqat>
 Ley 106/1873. Código Fiscal. Diario Oficial 2989, 22 de octubre. Acceso 9 septiembre de 2021. <https://bit.ly/3H6szFJ>

Legislación colonial española

Ley de Bases/1868, Bases Generales para la Nueva Legislación de Minas del 29 de diciembre. Gaceta de Madrid n.º 1 del 1 de enero de 1869. Acceso el 9 septiembre de 2021. <https://bit.ly/2YQBjyD>
 Real Decreto. 1868. Reglamento Para la Ejecución de la Ley de Minas de 6 de julio de 1859, Reformada por la de 4 de marzo último. Gaceta de Madrid, 11 de julio. <https://bit.ly/3chep6s>

Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros

Resoluciones judiciales de Colombia

Corte Constitucional de Colombia Sentencia SU-095/2018, 11 de octubre.

<https://bit.ly/3nF0wEn>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-622/2016, 10 de noviembre.

<https://bit.ly/3nzt0iM>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-445/2016, 19 de agosto. <https://bit.ly/3moxoC4>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-389/2016, 27 de julio. <https://bit.ly/3vZpF0A>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-123/2014, 5 de marzo. <https://bit.ly/3CswPwF>

Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-891/2002, 22 de octubre.

<https://bit.ly/3mqoGD8>

Tribunal Administrativo de Cundinamarca Expediente n.º 25000234200020130245900/2018,

6 de diciembre. <https://bit.ly/3BUyrhC>

Resoluciones judiciales de Guatemala

Corte Constitucional de Guatemala Sentencia 452/2019, 7 de noviembre.

<https://bit.ly/3Bu4Dbc>

Corte Constitucional de Guatemala Expediente 4785/2017. Fecha de resolución 3 de septiembre de 2018. <https://bit.ly/3GvEkVY>

Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1008/2012. Fecha de resolución 28 de febrero de 2013. <https://bit.ly/3buei73>

Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1491/2007. Fecha de resolución 1 de abril de 2008. <https://bit.ly/3Bw9glc>

Corte Constitucional de Guatemala Expediente 1179/2005. Fecha de resolución 8 de mayo de 2007. <https://bit.ly/3BpK7IL>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

CIDH. 2020a. Informe de Fondo n.º 11/20, Caso 13.082, comunidad indígena maya q' eqchi Agua Caliente vs. Guatemala.

CIDH. 2020b. Nota de Remisión de Caso de fecha 7 de agosto de 2020, Caso n.º 13.082, comunidad indígena maya q' eqchi Agua Caliente vs. Guatemala.

CIDH. 2020c. Nota de Remisión de Caso de fecha 21 de octubre de 2020, Caso n.º 11.754, pueblo indígena u' wa y sus miembros vs. Colombia.

CIDH. 2019. Informe de Admisibilidad n.º 146/19, Caso 11.754, pueblo indígena u' wa y sus miembros vs. Colombia.

CIDH. 2015. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. <https://bit.ly/3mfepcT>

CIDH. 2014. Informe de Admisibilidad n.º 20/14, Petición 1566-07, comunidades del pueblo maya sipakepense y mam de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán vs. Guatemala.

María Ximena González-Serrano, Digno Montalván-Zambrano y Lieselotte Viaene

- CIDH. 2009a. Informe de Admisibilidad n.º 76/09 de 5 de agosto de 2009, petición 1473-06, Comunidad de la Oroya vs. Perú.
- CIDH. 2009b. Informe de Admisibilidad n.º 141/09, Petición 415-07, comunidades Agrícola Diaguíta de los Huascoalinos y sus miembros vs. Chile.
- CIDH. 2007. Informe de Admisibilidad n.º 20/14, Petición 1566-07, comunidades del pueblo maya sipakepense y mam de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán vs. Guatemala.
- CIDH. 2004. Informe de Admisibilidad n.º 69/04, Petición 504/03, comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú.
- CIDH. 2002. Informe de Fondo n.º 75/02 de 27, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos.
- CIDH. 1985. Resolución n.º 12/85, Caso 7615, pueblo indígena yanomami vs. Brasil.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

- Corte IDH. 2020. Resolución de Medidas Provisionales dentro del caso comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 2 de septiembre.
- Corte IDH. 2019. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia dentro del caso comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, 14 de mayo.
- Corte IDH. 2018. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia dentro del Caso pueblo saramaka vs. Surinam, 26 de septiembre.
- Corte IDH. 2017. Opinión Consultiva OC-23/17, medio ambiente y derechos humanos, 15 de noviembre.
- Corte IDH. 2015a. Sentencia del caso comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 8 de octubre.
- Corte IDH. 2015b. Sentencia del caso pueblos kalifña y lokono vs. Surinam (Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre.
- Corte IDH. 2007. Sentencia del caso del pueblo saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28 de noviembre.

Cómo citar este artículo:

González-Serrano, María Ximena, Digno Montalván-Zambrano y Lieselotte Viaene. 2022. "Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros". *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 72: 97-116.
<https://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.5041>