

Estado de situación de los derechos colectivos

Por: Miguel Vargas Delgado
Abogado e Investigador Social

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DESDE LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS ORIGINARIAS CAMPESINAS E INTERCULTURALES DEL PAÍS RESPECTO AL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE MINERÍA'

A manera de introducción

Durante la última etapa del proceso de desarrollo legislativo, planteado por la Constitución Política del Estado (CPE), se desarrollará la nueva legislación en materia de industrias extractivas, puntualmente para lo que corresponde a la actividad minera. En este proceso se observan algunas contradicciones en cuanto a legislar el desarrollo de esta actividad, que por naturaleza es degradante del medio ambiente y los ecosistemas en los que habitan las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos e Interculturales

(NPIOCI), situación que genera inseguridad en el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos en la CPE; de este modo, el anteproyecto de Nueva Ley de Minería (NLM), el cual transita por un proceso de socialización con actores mineros, presenta falencias ya desde su nacimiento, las cuales han sido observadas por las organizaciones representativas de las NPIOCI.

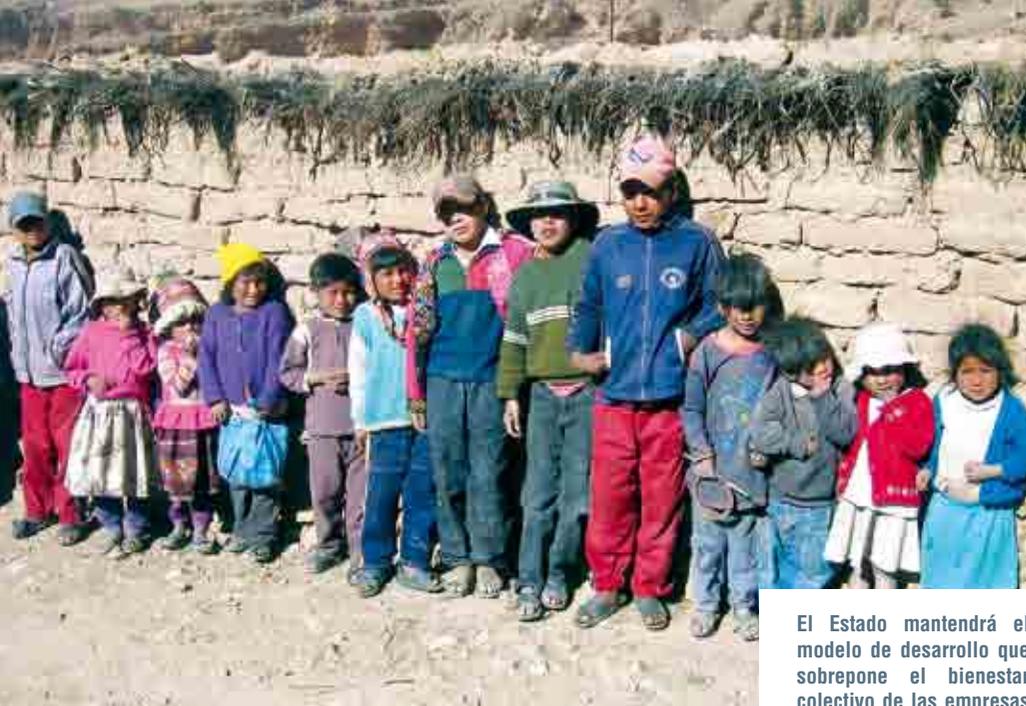
Partamos de un elemento esencial para las organizaciones, la construcción participativa de la NLM.

Al igual que en viejos periodos, la participación en el proceso de proposición y discusión es limitada para las NPIOCI, las cuales se ven relegadas a tan solo “discutir temas sectoriales de su interés”² como lo define el Ministerio de Minería y Metalurgia (MMM); es decir que, al marginar a un actor fundamental dentro del nuevo Estado Plurinacional, esta construcción adquiere el carácter inconstitucional por incumplir el artículo 242.

La ausencia de las NPIOCI en la elaboración de la NLM permite observar la incoherencia del discurso de protección de los derechos colectivos asumidos por el gobierno a partir de noviembre de 2007 con la ratificación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y con la defensa a los Derechos de la Madre Tierra, tras la Conferencia de Tiquipaya en abril de 2010. Este escenario, al mismo tiempo, imposibilita cumplir el reto que ha asumido el Estado



phobovias.com



El Estado mantendrá el modelo de desarrollo que sobrepone el bienestar colectivo de las empresas transnacionales, por sobre los derechos humanos y fundamentalmente por encima de los derechos de las comunidades afectadas por la minería.

boliviano, de basar las políticas públicas en los derechos indígenas y en un modelo de sociedad democrática y plural. Esto vale para las políticas en materia indígena, pero también es necesario que sea considerado en políticas sectoriales², como la política minera. Veamos tan solo algunos elementos desarrollados en el proyecto de NLM, los cuales ejemplifican la ausencia de visión indígena originaria campesina, en puntos elementales para las NPIOCI.

Necesidad y Utilidad Pública

El artículo 9° de la NLM, ratifica el carácter de necesidad y utilidad pública de la actividad minera; el mencionado artículo define que “todas las actividades mineras de exploración, explotación, concentración, fundición, refinación, industrialización y comercialización adquieren el carácter de necesidad estatal y utilidad pública” en busca del “bienestar colectivo”. Bajo este criterio, las NPIOCI deberán tolerar la arremetida de proyectos extractivos mineros en complicidad con la Ley, y en contraposición del ejercicio de sus derechos colectivos y territoriales, ya que los territorios de las comunidades que se opongan a que se realicen actividades mineras en estos, podrán ser expropiados alegando “bienestar colectivo”.

La pregunta es, ¿a quién responde este “bienestar colectivo”? Según datos del MMM, los ingresos por minería en nuestro país el pasado 2010, ascienden a \$us 2.405 millones de dólares, como resultado de la exportación de minerales y metales. El mismo año, se recibió

la suma de \$us 290,2 millones de dólares, por concepto de recaudación del tributo minero especial a través de la regalía minera y el Impuesto a las Utilidades de las Empresas; es decir, tan solo el 12% del valor de las exportaciones por minerales³. Adicionalmente, si se observa la producción nacional de zinc puede constatar, en primer lugar, la práctica nulidad de la participación de la empresa estatal, por lo que, en resumidas cuentas, la producción de zinc está controlada por la llamada “minería mediana”, representada por las transnacionales Minera San Cristóbal subsidiaria de la transnacional Sumitomo y Sinchi Wayra, subsidiaria de la suiza Glencore; ambas empresas controlaban, para el 2009, el 98% de la producción de zinc, concluyendo que el control de la minería nacional de zinc corresponde al capital extranjero. Es en este escenario que nos cuestionamos a qué se refiere la “utilidad pública” y “bienestar colectivo”. El Estado mantendrá el modelo de desarrollo que sobrepone el bienestar colectivo de las empresas transnacionales, por sobre los derechos humanos y fundamentalmente por encima de los derechos de las comunidades afectadas por la minería.

Áreas excluidas de otorgación de Derechos Mineros

La NLM en su artículo 55°, excluye del desarrollo de actividades mineras a ciudades, poblaciones, cementerios, cons-

trucciones públicas o privadas hasta una distancia de mil metros; otorga derechos mineros en zonas próximas a caminos, canales, lagos, embalses, ductos, vías férreas, líneas de transmisión de energía y comunicación hasta una distancia de quinientos metros; además exime de toda actividad minera a zonas próximas a aeropuertos y cuarteles e instalaciones militares, hasta una distancia de mil metros, y en zonas próximas a monumentos históricos y arqueológicos declarados por ley hasta una distancia de mil metros.

Sin embargo, esta excepción no se aplica a áreas protegidas, situación que ratifica la lógica con la que se ha desarrollado la actividad minera durante los últimos 30 años. Según Gandarillas (2011), a la fecha, existe un total de 638 concesiones mineras que se sobrepone a áreas protegidas cubriendo una superficie de 281.654 has⁴. De la misma forma, esta excepción, no abarca a los territorios indígenas con cualidad de TCO, ni mucho menos a territorios ancestrales, a pesar de que ambas categorías son reconocidas en la CPE y en los instrumentos de derecho internacional.

Esta obvedad implica el no reconocimiento de impactos negativos potencia-

...los territorios de las comunidades que se opongan a que se realicen actividades mineras en estos, podrán ser expropiados alegando “bienestar colectivo”.

les para las NPIOCI producto de estas actividades, ya que dentro de los departamentos de La Paz, Oruro, Potosí, Pando, Beni y Santa Cruz, existen 23 TCO’s que soportan la sobreposición de áreas de explotación minera, al mismo tiempo se tienen 12 TCO’s con áreas de concesión minera en las cuales aún no se desarrollan actividades y que pueden considerarse como concesiones de engorde, señalando además que estos datos no recogen la situación de los territorios que se encuentran en proceso de titulación y aquellos denominados ancestrales, situación que ampliaría la afectación. Este conjunto de datos deja al descubierto que el modelo de concesiones, modificado ahora por el de contratos de operación minera, no garantiza el ejercicio de los derechos territoria-

▷ les ni el acceso a los recursos naturales de las NPIOCI.

Ante esta situación y en el marco de la legislación que ampara el ejercicio de derechos colectivos y territoriales, las organizaciones plantean el desarrollo de mecanismos de protección dentro de áreas protegidas, conocidas por su alto valor biológico y cultural, y por lo mismo por su fragilidad frente a perturbaciones generadas por operaciones extractivas, en los que se desarrolle la actividad minera. Del mismo modo, y en ejercicio del derecho de control y vigilancia a las industrias extractivas, las organizaciones plantean la implementación de acciones de monitoreo socioambiental, dentro de los territorios indígenas, a partir de la generación

Algunos artículos de la nueva Ley de Minería implica que el pueblo o comunidad indígena originario campesino que sea afectado por una actividad minera, perderá el control sobre su propiedad, sea esta comunal o individual, pues quedará sometida a servidumbre...

de mecanismos de participación de las comunidades, siempre en ejercicio de sus normas y procedimientos propios.

Derechos de Paso y Uso

Sobre el derecho de uso y paso desarrollado en la NLM, en sus artículos 171 y 172, este debe ser entendido como la posibilidad de constituir servidumbres, las mismas pueden abarcar la propiedad agraria en la que se encuentra un área de contrato o aquellas vecinas a dicha área, previo pago de una indemnización. Del mismo modo, se otorga a los titulares mineros el derecho a utilizar las aguas interiores y próximas a sus áreas de contrato, incluyendo, -sin ningún tipo de obligatoriedad-, el criterio de preservación del componente agua para el consumo del ser humano.

Lo señalado en el párrafo anterior implica que el pueblo o comunidad indígena originario campesino que sea afectado por una actividad minera, perderá el control sobre su propiedad, sea esta comunal o individual, pues quedará sometida a ser-

vidumbre, por la cual el operador minero ocupará y decidirá sobre aspectos importantes, como el uso del suelo. Si bien está previsto que el propietario del predio reciba un pago, este no tiene la opción de negarse u oponerse a la servidumbre porque ésta es forzosa y solo resulta optativo para el titular de la concesión.

Por tanto, en la NLM se ratifica el modelo desarrollado en la Ley N° 1777, el cual sobreponía el desarrollo de la actividad minera, a la agrícola, forestal y a otras enmarcadas en el derecho al desarrollo libremente determinado que tienen las NPIOCI. Ante este escenario adverso, las organizaciones representativas de las NPIOCI sostienen, dentro de su plataforma de demandas, que la actividad mine-

ra no puede sobreponerse a otros derechos, como el derecho a la tierra y el territorio, y que por tanto, deben modificarse las condiciones para la constitución de derechos de paso y uso; al mismo tiempo se rechaza el pago de una indemnización, puesto que esto significa la mercantilización del territorio, priorizando el desarrollo de la actividad minera, dejando

de lado los mecanismos de restauración a los componentes de la Madre Tierra que pueden ser dañados por el desarrollo de la actividad minera.

Consulta Pública Previa

La NLM en sus artículos 119 y 128, confunde los procesos de consulta pública, con los de consulta previa y consentimiento previo libre e informado de manera inconstitucional, pretendiendo pasar por alto el derecho al consentimiento que tienen las NPIOCI, el cual no es considerado como una finalidad dentro del proceso de consulta pública, a pesar de que el consentimiento es reconocido en el marco

del derecho internacional en la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas (En adelante la Declaración). La NLM plantea que “en caso de proyectos que comprendan sólo el derecho de exploración, la consulta pública previa tendrá por objeto generar únicamente un proceso de concertación para su ejecución”, situación que contradice lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración, instrumentos que no desarrollan ningún tipo de excepción, respecto al desarrollo de los procesos de consulta para actividades de exploración y explotación, estableciendo por el contrario, una obligatoriedad respecto a que la consulta debe ser desarrollada a cada una de las actividades extractivas.

En el marco del derecho internacional, el proceso de consulta previa es desarrollado por el Estado y las NPIOCI, por lo que no se puede tomar en cuenta al sujeto minero, sea este empresa nacional o extranjera; asimismo y entendiéndose que uno de los elementos constitutivos del proceso de consulta previa, es el reconocimiento y respeto a las estructuras orgánicas de las NPIOCI, el proceso de consulta no podrá tener representantes de los gobiernos municipales y departamentales, ya que estos no son instituciones representativas de los pueblos y comunidades.

Ya en su desarrollo, el proceso de consulta pública abarca estos elementos: a) la duración, características y alcance del proyecto minero metalúrgico; b) los beneficios económicos y sociales del proyecto; y c) las previsiones y acciones de mitigación medioambiental. Estos elementos han sido definidos de manera vertical, sin recoger la visión de las NPIOCI, y los estándares desarrollados en la legislación internacional.

De manera inconstitucional, la NLM limita el desarrollo del proceso de consulta pública previa a un máximo de dos audiencias públicas, una primera de tipo preliminar y la segunda definitiva, minimizando de esta manera el proceso de consulta, convirtiéndolo en un acto administrativo

El año 2010 se exportaron minerales por valor de

2.450

millones de \$us, pero sólo se recaudaron

290

millones de \$us, del tributo minero



Foto: Eshibo

Queda entonces la esperanza de que las NPIOCI, manifiesten su posición de defender la vida por encima del mal llamado “bien colectivo” de solo unos cuantos, y desarrollar una NLM con verdadera calidad plurinacional

simbólico, y desconociendo al mismo tiempo el mandato constitucional desarrollado en los artículos 352 y 403, que determinan el desarrollo de estos procesos bajo el ejercicio de las normas y procedimientos propios de cada pueblo, señalando que la definición de tiempos y plazos para el desarrollo de la consulta, debe ser fruto de la concertación entre actores.

En cuanto a las definiciones del proceso de consulta pública previa, la NLM otorga la potestad al MMM de aprobación para la suscripción del contrato minero y la obtención de la licencia de operación, en caso de no haber un acuerdo dentro del proceso de consulta. Esta prerrogativa, atenta al bloque de constitucionalidad, el cual determina que al ser la consulta un derecho indígena, cualquier oposición mayoritaria de los consultados, debe ser resuelta conforme a los instrumentos internacionales, sin poderse autorizar el desarrollo de ninguna actividad al no existir el consentimiento libre e informado, según lo establece el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

En áreas sobre las cuales se desarrollará la actividad minera, y por ende, los procesos de consulta pública previa, el anteproyecto determina que, antes de llevar adelante las audiencias públicas, el MMM determinará las áreas y poblaciones que puedan ser afectadas por la actividad minera, vulnerando de esta manera el derecho colectivo a la supervivencia de la NPIOCI, expresado en su derecho a la integralidad territorial, al fragmentar de

manera arbitraria y vertical el territorio, y reducir el área de afectación, en base a criterios meramente técnicos, a tan solo las comunidades que presenten afectaciones directas, menoscabando de esta manera la participación política de las y los comunarios, e imposibilitando el progreso de su institucionalidad, cultura y desarrollo, ocasionando además la acentuación de procesos de fraccionamiento orgánico y la generación de conflictos inter-orgánicos.

Respecto a lo anterior, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, señala que el incumplimiento de la norma de consulta o su realización, sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados⁵; estas características incluyen que: a) la consulta debe realizarse con carácter previo; b) la consulta no se agota con la mera información; c) la consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes; d) la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; y finalmente, e) la consulta debe ser sistemática y transparente.

Las organizaciones representativas de las NPIOCI plantean desarrollar la obligatoriedad para las actividades mineras, las cuales deben sujetarse a un proceso de consulta y consentimiento previo libre e

informado, como requisito indispensable para la obtención de la Licencia Ambiental; diferenciando de manera conceptual la consulta pública de la consulta previa libre e informada a las NPIOCI, ampliando el objetivo de la misma con el consentimiento o acuerdo de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el desarrollo de actividades mineras, permitiendo del mismo modo identificar los impactos ambientales, logrando de esta manera el ejercicio de otros derechos, como el de la autodeterminación.

Al mismo tiempo, debe establecerse y desarrollarse el respeto a la territorialidad para la realización de la consulta previa, respetando la autodeterminación de cada uno de los pueblos; a su vez y en el marco del bloque de constitucionalidad, las organizaciones ratifican el carácter vinculante en cuanto a sus resultados.

A manera de conclusión

Los elementos desarrollados en el presente artículo, manifiestan la forma en la que el Estado a partir del Órgano Ejecutivo, pretende, de manera frontal y sin ningún disimulo, limitar el ejercicio de los derechos colectivos, los cuales, está por más decirlo, son la piedra fundamental para la construcción del Estado Plurinacional, la cual lamentablemente solo es recogida en discursos y en propaganda gubernamental.

Queda entonces la esperanza de que las NPIOCI, manifiesten su posición de defender la vida por encima del mal llamado “bien colectivo” de solo unos cuantos, y desarrollar una NLM con verdadera calidad plurinacional, la cual trascienda en su contenido, recogiendo la visión de los que durante siglos han sido víctimas directas del fenómeno de la explotación y el sometimiento de una actividad minera irracional ■

- 1 Anteproyecto de Nueva Ley Minera de diciembre del 2010.
- 2 Yrigoyen Raquel (2010). A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. En “Pueblos Indígenas, Constituciones y Reformas Políticas en América Latina”, Lima, Septiembre de 2010.
- 3 Díaz Vladimir (2011). La minería bajo el dominio de las transnacionales, en Petropress N° 25.
- 4 Gandarillas Marco (2011), La Extranjerización del Territorio, en Petropress N° 25.
- 5 ONU. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, sobre los “Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile”, 24 de abril de 2009. Págs. 2 – 11.