

**POLÍTICAS DE REGULACIÓN DE LAS
EMPRESAS TRANSNACIONALES POR
VIOLACIONES A LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA LATINA:**

Diagnósticos nacionales

**ANTONIO MOREIRA MAUÉS
CRISTINA BLANCO VIZARRETA
HELENA ESSER DOS REIS
JULIÁN TOLE MARTÍNEZ**
(ORG.)

**POLÍTICAS DE REGULAÇÃO DAS
EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR
VIOLAÇÕES AOS DIREITOS
HUMANOS NA AMÉRICA LATINA:**

Diagnósticos nacionais

COLEÇÃO DIREITOS HUMANOS E
EMPRESAS NA AMÉRICA LATINA

EU Editora
UFPB

Cegraf
UFG

POLÍTICAS DE REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS
TRANSNACIONALES POR VIOLACIONES A LOS
DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA:
DIAGNÓSTICOS NACIONALES

POLÍTICAS DE REGULAÇÃO DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS
HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: DIAGNÓSTICOS
NACIONAIS



Universidade Federal de Goiás

Reitor

Edward Madureira Brasil

Vice-Reitora

Sandramara Matias Chaves

Pró-Reitora de Graduação

Flávia Aparecida de Oliveira

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Laerte Guimarães Ferreira Júnior

Pró-Reitor de Pesquisa e Inovação

Jesiel Freitas Carvalho

Pró-Reitora de Extensão e Cultura

Lucilene Maria de Sousa

Pró-Reitor de Administração e Finanças

Robson Maia Geraldine

Pró-Reitor de Desenvolvimento

Institucional e Recursos Humanos

Everton Wirbitzki da Silveira

Pró-Reitora de Assuntos da

Comunidade Universitária

Maisa Miralva da Silva

Coleção Direitos Humanos e Empresas na América Latina

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes (U. de Fortaleza)

Antonio Moreira Maués (U. Federal do Pará)

Carina Costa de Oliveira (U. de Brasília)

Elizabeth Salmón (P. U. Católica del Perú)

Elisabete Maniglia (U. Estadual Paulista)

Federico di Bernardi (U. Nacional de La Plata)

Fernanda Bragato (U. do Vale do Rio dos Sinos)

Gustavo Palmieri (U. Nacional de Lanús)

Helena Esser dos Reis (U. Federal de Goiás)

José Luis Caballero (U. Iberoamericana)

Magdalena Correa (U. Externado de Colombia)

Maria Luiza Alencar (U. Federal da Paraíba)

Martín Almada (U. Nacional de Asunción)

Pablo Perel (U. de Buenos Aires)

Yanira Zúñiga (U. Austral de Chile)



Conselho Deliberativo do
CEGRAF/ UFG

Antonio Carlos Novaes

Antonio Corbacho Quintela (Diretor)

Daniel Ancelmo

Igor Kojčak

José Luiz Rocha

José Vanderley Gouveia

Julyana Aleixo Fragoso

Maria Lucia Kons

Revalino Antonio de Freitas

Sigeo Kitatani Júnior

Apoio:



FORDFOUNDATION

ANTÔNIO MOREIRA MAUÉS
CRISTINA BLANCO VIZARRETA
HELENA ESSER DOS REIS
JULIÁN TOLE MARTÍNEZ
(ORG.)

CONSÓRCIO LATINO-AMERICANO DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

POLÍTICAS DE REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS
TRANSNACIONALES POR VIOLACIONES A LOS
DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA:
DIAGNÓSTICOS NACIONALES

POLÍTICAS DE REGULAÇÃO DAS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS
HUMANOS NA AMÉRICA LATINA:
DIAGNÓSTICOS NACIONAIS

© 2018, Editora UFG

© 2018, Profa. Helena Esser, da Faculdade de Filosofia.

Capa

Géssica Marques

Editoração Eletrônica

Roland EcheGARAY Júnior



Esta obra está licenciada com uma Licença
Criative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação na (CIP)
GPT/BC/UFG**

Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos.

C755p Políticas de regulación de las empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos em América Latina : diagnósticos nacionais / Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos. – Goiânia, Gráfica UFG, 2018.

1020 p. : grafs., tabs. – (Direitos humanos e empresas na América Latina).

ISBN: 978-85-495-0202-5

1. Companhias de mineração – Regulamentação – América Latina. 2. Direitos humanos – América Latina. I. Título.

CDU: 351.823.3(8)

Elaborada por Lídia Alice Lemos Gama – CRB-1/1000

SUMÁRIO

Apresentação.....	11
Presentación.....	15
BRASIL.....	19
Introdução	20
Referências.....	43
Marco jurídico geral.....	47
1. Marco internacional em matéria de direitos humanos e empresas adotado pelo Estado Brasileiro.....	47
2. Direitos humanos e empresas no Brasil: leis, normas, diretrizes.....	65
3. Política Nacional em matéria de direitos humanos e empresas.	70
4. Marco jurídico sobre responsabilidade extraterritorial de empresas no país.....	77
5. Responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos: disposições constitucionais, legais e regulamentárias.....	84
6. Mineração no Brasil: regulação e linha jurisprudencial.....	109
7. Capacitações sobre direitos humanos e empresas no Brasil.....	130
Referências.....	138
Marco institucional e atuação jurisdicional.....	144
8. Regime jurídico da extração mineral: diretrizes e procedimento.....	144
9. Principais casos e experiências emblemáticas de atuação jurisdicional no tema de direitos humanos e empresas transnacionais da mineração.....	158
Referências.....	178
Proteção dos direitos trabalhistas.....	187
10. Marco normativo sobre política de igualdade nas condições de trabalho na mineração.....	188
11. Marco normativo sobre tratamento desumano e degradante.....	195
12. Regimes de contrataçãoe distintas jornadas de trabalho no âmbito da mineração.....	198

13. Proibição do trabalho infantil na mineração: sanções e responsabilização individuais e coletivas.....	210
14. Proibição ao trabalho análogo à escravidão na mineração: sanções e responsabilização individuais e coletivas.....	215
15. Política de Seguridade Social no Brasil.....	220
16. O exercício da livre participação dos trabalhadores em associações sindicais.....	223
17. Violações ao direito de associação: sanções e responsabilização individuais e coletivas.....	224
Referências.....	229
Direito a vida, integridade e saúde	239
18. Violação ao direito à vida, integridade (física, psíquica e moral) e saúde por parte das empresas mineradoras: medidas de prevenção, sanções, e responsabilização.	240
19. Violações de direitos de defensores de direitos humanos relacionados ao âmbito da mineração: casos emblemáticos.	274
Referências.....	304
Direitos de propriedade	307
21. Regime jurídico da proteção ao direito da propriedade no Brasil e empresas da cadeia da mineração.	307
23. Violação ao direito de propriedade na mineração: sanções e medidas de prevenção.	323
24. Instituições estatais responsáveis pela autorização, controle e fiscalização do uso da terra e outros recursos naturais.....	328
Meio ambiente.....	334
25. Possibilidades de extração mineral em espaços territorialmente protegidos.....	334
26. Marco normativo sobre a avaliação de impacto ambiental na atividade de mineração.	344
27. Direito de participação e acesso à informação das comunidades atingidas pela extração mineral.....	346
28. Mecanismos e entidades estatais de fiscalização, monitoramento e supervisão de empresas com relação a danos ao meio ambiente.....	349
Direitos de Povos Indígenas e Afrodescendentes.....	352
Introdução	352

29. Proteção dos direitos coletivos de povos indígenas e afro- descendentes em relação a atividades extrativas minerais em seus territórios.	357
30. Avaliação de impactos de atividades extrativas minerais sobre os direitos de povos indígenas e afrodescendentes.	361
31. Proteção ao direito de propriedade coletiva de povos indígenas e afrodescendentes em áreas de extração de recursos minerais.	364
32. Direito a consulta prévia de povos indígenas e afrodescendentes. ...	370
Referências.....	375
Participação cidadã.....	378
33. Marconormativo sobre participação cidadã ambiental no processo de atividades de exploração e/ou extração mineral.....	378
Referências.....	392
34. Participação cidadã como parte da elaboração e aprovação de impacto ambiental mineral: análise de casos.....	393
35. Vinculação da participação popular para a construção dos empreendimentos de mineração na área urbana.....	402
36. Estudos sobre a percepção da população na efetividade dos procedimentos existentes	414
Referências.....	423
Acesso à informação	428
37 Acesso à informação, transparência pública e cidadania diante das atividades extrativas minerais.	428
Referências.....	440
ARGENTINA.....	443
CHILE.....	552
COLOMBIA	645
Presentación	649
Marco jurídico general.....	651
Marco institucional y actuación jurisdiccional.....	688
Protección de derechos laborales.....	701
Afectación a la vida, integridad o salud	746
Afectación a la propiedad	757

Medio ambiente.....	762
Derechos de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes.....	776
Participación ciudadana.....	783
Acceso a la información.....	789
MÉXICO	794
PARAGUAI.....	836
1. Introducción.....	837
2. El Paraguay no necesita de energía nuclear.....	838
3. El elemento uranio	839
4. La minería de uranio	841
5. Efectos de la minería de uranio sobre la salud y el ambiente	846
6. La minería de uranio en Paraguay	849
7. La planta de procesamiento de uranio de Dioxitek S.A.....	858
8. La central nuclear Carem 150.....	864
9. Conclusión	867
Referencias.....	869
PERÚ	872
I.Introducción.....	874
Justificación y antecedentes.....	874
II. Breve mirada histórica y panorama actual de la minería en el Perú....	882
1. Antecedentes de la presencia minera en el Perú: visiones coloniales en el siglo XX.....	883
2. Transformaciones normativas en la actividad minera.....	891
3. Los años más recientes: el modelo se consolida y se hace incuestionable (2000-2016)	900
4. Cifras de la minería en el Perú: ¿crecimiento vs. conflictividad social?	914
III. ¿Cómo se hace minería en el Perú? Breve descripción de la cadena minera.....	929
4. Explotación: desarrollo, labor general, beneficio y producción	936
IV. La minería desde un enfoque de derechos humanos: principales aspectos de preocupación	943
2. Derecho a un medio ambiente sano.....	958
3. Derecho a la consulta previa	982

4. Derecho a la participación ciudadana	994
5. Derecho de acceso a la información.....	1006
V. Conclusiones y recomendaciones	1009
Sobre la actividad minera	1009
Sobre propiedad	1011
Sobre medio ambiente.....	1012
Sobre consulta previa	1013
Sobre participación ciudadana.....	1014
Sobre el acceso a la información	1017
Lista de tablas y gráficos	1018
Tablas	1018

APRESENTAÇÃO

Este livro inicia a Coleção “Direitos Humanos e Empresas na América Latina”, publicada conjuntamente pelas editoras da Universidade Federal de Goiás e da Universidade Federal da Paraíba, e coordenada pelo Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos.

O Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos foi criado em 2008, por iniciativa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, com apoio da Fundação Ford, objetivando promover a cooperação científica no campo do ensino e da pesquisa em direitos humanos. Atualmente, o Consórcio está formado por 15 universidades de 7 países: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana, Universidad Nacional de Asunción, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lanús, Universidade de Brasília, Universidade de

Fortaleza, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Universidade Estadual Paulista, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Goiás e Universidade Federal do Pará, que responde pela Secretaria do Consórcio. As várias atividades desenvolvidas pelo Consórcio podem ser consultadas em www.consorciodh.ufpa.br.

Desde 2016, também com o apoio da Fundação Ford, o Consórcio Latino-Americano desenvolve o projeto “Políticas de Regulación de las Empresas Transnacionales por Violaciones a los Derechos Humanos en América Latina”, que objetiva identificar, em uma perspectiva comparada latino-americana, propostas de regulação nacional para a prevenção, controle e reparação dos impactos provocados pela cadeia produtiva da mineração sobre os direitos humanos.

A primeira etapa desse projeto consistiu na realização de diagnósticos nacionais sobre o tema direitos humanos e empresas em cada um dos sete países a que pertencem as universidades do Consórcio Latino-Americano: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Paraguai e Peru. Os diagnósticos foram desenvolvidos por meio de um questionário básico, estruturado em três partes: (1) marco jurídico geral, em que se apresentam os tratados internacionais e acordos comerciais relevantes, bem como as medidas normativas deles decorrentes ou políticas e planos nacionais em matéria de direitos humanos e empresas, além das normas jurídicas internas sobre empresas de mineração e a forma como são aplicadas; (2) marco institucional e atuação jurisdicional, em que

se identificam as instituições estatais responsáveis por adotar ou implementar as políticas em matéria de direitos humanos e empresas, com foco na atividade de mineração, bem como casos e experiências emblemáticas de atuação jurisdicional envolvendo empresas transnacionais e nacionais mineradoras, tanto em âmbito nacional quanto internacional; e (3) proteção de direitos, em que se identificam medidas internas voltadas para a prevenção de violações ou reparação de direitos, com destaque para direitos trabalhistas, direito à vida, à integridade, à saúde, à propriedade, ao meio ambiente, direitos dos povos indígenas e afrodescendentes, participação cidadã e direito à informação.

Neste livro, encontram-se publicados os diagnósticos nacionais, cujos resultados oferecem um quadro bastante completo do estado da questão na América Latina e apontam como aspectos comuns, apesar da diversidade entre os países, as insuficiências do marco jurídico sobre direitos humanos e empresas, o desenvolvimento muito limitado de planos de ação nacionais e a proteção deficiente do meio ambiente e dos direitos dos povos indígenas e afrodescendentes.

Posteriormente, serão publicados nesta coleção os resultados das demais etapas do projeto, que consistiram na realização de estudos de caso em vários países sobre as violações de direitos humanos na cadeia produtiva da mineração e as práticas de prevenção e reparação, bem como um manual sobre direitos humanos e empresas voltados para operadores do direito.

Esperamos que o conjunto desses trabalhos, além de representarem uma contribuição acadêmica sobre o tema, possam servir para orientar todos os agentes envolvidos na cadeia da mineração em prol de uma atuação garantidora dos direitos humanos.

Os organizadores

PRESENTACIÓN

Este libro inicia la Colección “Derechos Humanos y Empresas en América Latina”, publicada conjuntamente por las editoras de la Universidade Federal de Goiás y de la Universidade Federal da Paraíba, bajo la coordinación del Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos.

El Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos fue creado en 2008, por iniciativa del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Pará, con apoyo de la Fundación Ford, para promover la cooperación científica en el campo de la educación y de la investigación en derechos humanos. Actualmente, el Consorcio está formado por 15 universidades de 7 países: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Austral de Chile, Universidad de Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, Universidad Iberoamericana de México, Universidad Nacional de Asunción, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lanús, Universidade de Brasília,

Universidade de Fortaleza, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Universidade Estadual Paulista, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Goiás y Universidade Federal do Pará, que responde por la Secretaria del Consorcio. Las diversas actividades desarrolladas por el Consorcio pueden ser consultadas en www.consorciodh.ufpa.br.

Desde 2016, también con el apoyo de la Fundación Ford, el Consorcio Latinoamericano viene desarrollando el proyecto “Políticas de Regulación de las Empresas Transnacionales por Violaciones a los Derechos Humanos en América Latina”, que objetiva identificar, bajo una perspectiva comparada latinoamericana, propuestas de regulación nacional para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por la cadena productiva de la minería sobre los derechos humanos.

La primera etapa de ese proyecto consistió en la realización de diagnósticos nacionales sobre el tema de derechos humanos y empresas en cada uno de los siete países a que pertenecen las universidades del Consorcio Latinoamericano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay y Perú. Los diagnósticos fueron desarrollados por medio de un cuestionario básico, estructurado en tres partes: (1) marco jurídico general, en el cual se presentan los tratados internacionales y acuerdos comerciales más relevantes, así como las medidas normativas o las políticas y planos nacionales en materia de derechos humanos y empresas que de ellos derivan, yendo más allá de las normas jurídicas internas sobre empresas mineras y la forma como son aplicadas; (2)

marco institucional y actuación jurisdiccional, en el cual se identifican las instituciones estatales responsables por adoptar o implementar las políticas en materia de derechos humanos y empresas, con foco en la actividad minera, así como casos y experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional envolviendo empresas transnacionales y nacionales mineras, tanto en el ámbito nacional como en el internacional; (3) protección de derechos, en el cual se identifican las medidas internas dirigidas a la prevención de violaciones o reparación de derechos, enfatizando los derechos laborales, derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la propiedad, al medio ambiente, derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, participación ciudadana y derecho a la información.

En este libro se encuentran publicados los diagnósticos nacionales, cuyos resultados ofrecen un cuadro bastante completo de la situación en América Latina, señalando como aspectos comunes, a pesar de la diversidad entre los países, las insuficiencias del marco jurídico sobre derechos humanos y empresas, el desarrollo muy limitado de planos de acción nacionales y la protección deficiente del medio ambiente y de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Posteriormente, serán publicados en esta colección los resultados de las demás etapas del proyecto, que consisten en la realización de estudios de caso en varios países sobre las violaciones de derechos humanos en la cadena productiva de la minería y las prácticas de prevención y reparación, así como un manual

sobre derechos humanos y empresas destinados a los operadores del Derecho.

Esperamos que el conjunto de esos trabajos, aparte de representar una contribución académica sobre el tema, puedan servir para orientar todos los agentes envueltos en la cadena minera en pro de una actuación garantizadora de los derechos humanos.

Los organizadores

BRASIL



INTRODUÇÃO

Adriana de Azevedo Mathis

Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) com pós-doutorado na Freie Universität de Berlin/Alemanha. Professora Associada do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas (ICSA), da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social (PPGSS).

Armin Mathis

Doutor em Ciências Políticas - Freie Universität Berlin, com pós-doutorado na Ibero-Amerikanisches Institut (IAI)/Alemanha. Professor adjunto da Universidade Federal do Pará e diretor do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) da Universidade Federal do Pará.

Carla Rafaela Lemos Sales

Doutoranda em Serviço Social pela Universidade Federal do Pará. Professora substituta vinculada à Faculdade de Serviço Social do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Pará.

Flávia do Amaral Vieira

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, área Direito e Relações Internacionais. Advogada Residente “Direitos Humanos e Empresas” - Clínica de Direitos Humanos da Amazônia- UFPA.

Ricardo Leão Ribeiro Wanzeller

Mestrando em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social (PPGSS) da Universidade Federal do Pará (UFPA).

A partir da análise do contexto histórico, social, político e econômico da América Latina, identifica-se a particularidade da exploração do extrativismo mineral nos países que são objeto do projeto de pesquisa “Políticas de regulação das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos na América Latina”: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Paraguai e Peru. Mesmo partindo de indicadores que se mostram comuns, nota-se uma América Latina não homogênea, em que os países componentes apresentam assimetrias entre si, na medida em que suas particularidades evidenciam suas diferenciações.

Entre os pontos comuns observados nos países em questão, revelam-se inúmeros processos de resistência social, constatados enquanto elemento constitutivo do conceito de extrativismo na realidade latino-americana, a partir das mobilizações diante de vários empreendimentos e projetos mineiros, petroleiros ou agroindustriais instalados em diversos países da América Latina, que impactam populações e comunidades tradicionais.

Todavia, as reservas de minerais na América Latina evidenciam situações muito diversas desde uma perspectiva global. A região segue sendo uma importante reserva e provedora de minerais como bauxita, cobre e ferro (especialmente no Brasil e no Chile), assim como minerais menos conhecidos tais como nióbio, rênio, selênio e lítio.

O termo extrativismo faz referência à apropriação de recursos naturais e sua comercialização¹. Para compreender o fenômeno da extração dos recursos naturais na América Latina, a identificação do volume dos recursos extraídos e/ou a intensidade da extração e; o destino comercial da extração, se tornam premissas essenciais.

Com efeito, através destes parâmetros, identifica-se a situação econômica, política e social de cada país; a importância do extrativismo nas balanças comerciais; e a relevância da matéria prima extraída, a partir da análise dos indicadores físicos (barris, toneladas, pés cúbicos), que também terão relações com os impactos ambientais e as populações das localidades que circundam o processamento, exportação e consumo do material extraído.

Nesse sentido, denominam-se os tipos de extrativismos a partir da evolução dos seus ciclos de desenvolvimento. Por isso que Gudynas (2015) conceitua as transformações do entendimento sobre extrativismo ao longo da história, como forma de delimitar os mecanismos utilizados de acordo com cada fase geracional dos ciclos de extrativismo². Importa sinalizar para esta pesquisa

1 Ressalte-se que em alguns países, esse termo é concebido em outro sentido: “É muito importante notar que em alguns países, especialmente o Brasil, extrativismo é um termo aplicado a um tipo particular de conservação. O mais conhecido é “reservas extrativistas”, correspondendo a lugares onde somente a extração ou exploração sustentável dos próprios recursos destes ecossistemas, tais como frutas ou sementes são permitidos”. (GUDYNAS, 2015, pág. 10; *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza*).

2 Gudynas (2015) pontua quatro ciclos, sendo que o primeiro ciclo ou primeira geração, é definido pelas tecnologias rudimentares como a força animal,

que os dois últimos ciclos incorporam as atividades mineiras da atualidade, correspondendo a um aumento grandioso da apropriação dos recursos naturais através de complementos tecnológicos avançados como escavadoras e caminhões cada vez maiores, grandes dragas, etc., dentro de um contexto em que a globalização permite a tomada de decisões em diferentes locais do globo em tempo real.

Em termos geopolíticos, a opção “extrativista” que tem sido implementada na região latino-americana, do México ao Brasil, responde a uma nova divisão territorial e global do trabalho, baseado na apropriação de recursos naturais não renováveis, que vem ocasionando novas assimetrias econômicas, políticas e ambientais entre o Norte e Sul global. Essa opção, assumida por diferentes governos, reconfigura territórios e economias, em um cenário em que cada vez se exporta mais matérias primas, se consolidam enclaves de exportação, isto é, sem uma proposta integradora de suas atividades com o resto da economia e da sociedade, concentrando as riquezas, acirrando conflitos sociais³.

um maquinário simples, separação simples dos minerais e força hidráulica. Já a segunda geração do ciclo do extrativismo engloba um nível maior de volume e intensidade da extração, assim como se apropria de maiores recursos tecnológicos, diminuindo assim a utilização da força humana ou animal.

- 3 Para Svampa, o desenvolvimentismo atual é um produto da convergência entre extrativismo, reprimarização da economia e constituição de enclaves de exportação; e uma visão neoliberal, cuja marca continua sendo o produtivismo, apenas rejuvenescida pela utilização oportuna de categorias globais como desenvolvimento sustentável, governança, etc. A autora denomina essa convergência de extrativismo neodesenvolvimentista. Ver em: SVAMPA, Maristella. *Extractivismo neodesarrollista, Gobiernos y Movimientos Sociales en América Latina*. In. Revista Problèmes de l'Amérique Latine,

Esse neoextrativismo⁴ se caracteriza por manter, e ainda aprofundar, a extração mineral e petrolífera, seja por um aumento da quantidade extraída de minérios já explorados ou pela incorporação de novos recursos (como o recente processo extrativo de lítio na Bolívia), que se exportam como commodities⁵. Este novo modelo de obtenção de recursos e de produção se enquadra em uma nova faceta do capitalismo global, onde as exigências do desenvolvimento são enunciadas por empresas transnacionais ou

2011. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/19771724/334139802/name/Articulo%20AL%20y%20extractivismo%20Maristella%20Svampa.pdf>> Acesso em 11/10/2016.

- 4 Rodas destaca o que considera as patologias do neoextrativismo: “a) os recursos “renováveis” deixam de sê-lo porque o ritmo de extração é maior que o ritmo ecológico de renovação, b) a maior parte da produção das empresas extrativistas não é destinada ao consumo interno, e sim para exportação, gerando quase nenhum benefício nacional (inclusive há países que exportam petróleo e importam derivados do petróleo porque não desenvolveram uma adequada capacidade de refinação); c) os bens, os insumos e os serviços especializados para o funcionamento das empresas extrativistas, poucas vezes provem de empresas nacionais; d) consolidaram mentalidades “rentistas”; e) o modelo desestrutura sociedades e comunidades locais; e f) deteriora gravemente o meio ambiente”. RODAS, Mónica Mazariegos. *Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contra hegemónico del derecho*. Tesis Doctoral. Instituto De Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, mayo 2014, p. 460.
- 5 Commodities são produtos primários ou manufaturas com baixo valor adicionado e/ou baixo conteúdo tecnológico. Existem commodities de energia (tais como petróleo e gás natural), agrícola (algodão, café, milho, trigo) e metais (ouro, prata, outros minérios). Atualmente as commodities primárias tem participação preponderante nas exportações brasileiras (40% do total exportado), as quais se seguem os produtos de média intensidade tecnológica (18% do total). Para efeito de comparação, a participação das commodities nas exportações mundiais é de apenas 13%. Ver mais em: NEGRI, Fernanda. *“Padrões tecnológicos e de comércio exterior das firmas brasileiras.”* Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras. Brasília: IPEA, 2005.

pelo Estado-nação (ou pelos dois), e o capitalismo avança até a incorporação de todo o planeta, incluindo suas regiões mais remotas, ao processo de acumulação⁶.

Para compreender a relação atual da atividade extrativista mineira na América Latina, deve-se reportar a forma como se desencadeou o processo de colonização desse território pelos países Europeus. À medida que se avançava a colonização, o controle direto e indireto de matérias primas como a prata no México e na região andina, e o ouro de Minas Gerais, passava para as mãos dos colonizadores, mantendo a região como território estratégico a economia política mundial.

Assim, desenvolvem-se mecanismos de controle e institucionalizou-se o poder colonial através da economia, da política e das relações sociais, constituindo como base uma estratégia que se perpetua até a atualidade, um modelo de desenvolvimento baseado na apropriação da natureza, através da exportação dos recursos naturais, que alimenta uma rede produtiva pouco diversificada e concentrada nas mãos de poucos grupos empresariais.

6 Esta faceta se caracteriza, além da vigência da Lex mercatoria, pelo aumento das empresas transnacionais e das organizações internacionais que as respaldam, a adoção de legislações nacionais de acordo com as exigências do capital financeiro transnacional, a globalização dos serviços jurídicos especializados em direito comercial e no aumento da arbitragem comercial internacional. In. VIEIRA, Flávia do Amaral. *Direitos Humanos e Desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, Dissertação (mestrado) PPGD-UFSC, 2015, pág. 110. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/135654/335074.pdf?sequence=1> Acesso em 11/10/2016.

Com efeito, a associação entre a ideia de colonialismo e este modelo de desenvolvimento executado mediante grandes projetos econômicos é apresentada de forma recorrente⁷. Inclusive, a dicotomia “desenvolvido/subdesenvolvido” surge em substituição a visão de mundo antes organizada entre “colonizadores/colonizados”, no sentido de apresentar uma sociedade internacional onde todos são iguais em direito mesmo que não o sejam de fato, mesma base do estabelecimento da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), por exemplo⁸.

Atualmente, verifica-se que a atividade extrativa mineral está fortemente vinculada aos rendimentos econômicos dos países que integram este estudo, tanto para economia interna quanto em escala global. A partir do século XXI, o volume da extração mineira na América Latina foi duplicado em todos os países sul americanos⁹, atingindo o patamar de exportação de aproximadamente 600 milhões de toneladas por ano¹⁰.

7 Para saber mais, ver WALSH, Catherine. *Development as Buen Vivir: Institutional arrangements and (de)colonial entanglements*. Development, 2010, 53(1), págs. 15–2.

8 VIEIRA, Flávia do Amaral. *Op. Cit.* Pág. 99.

9 Grandes aumentos se têm registrado em outras nações, como Chile, Colômbia e Perú. Isto se deve não somente ao incremento das áreas antigas mineiras, mas sim que se somam empreendimentos de maior escala, a busca de novos minerais (como o lítio na Argentina e Bolívia), e o estouro da mineração informal e ilegal em vários países. (GUDYNAS, 2015, p. 42, *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza*)

10 Esses indicadores provém da base de dados da CEPAL, do Anuário Estatístico da América Latina e do Caribe (CEPAL, 2014). Disponível em: https://aldeiacomum.files.wordpress.com/2015/02/s1420569_mu.pdf.

Entre 2003 e 2010 o montante de investimentos para explorações na América Latina cresceu de US\$ 566 milhões em 2003 a US\$ 3024 milhões, um aumento de mais de cinco vezes¹¹. Desta maneira, a região captou um terço do total de investimentos minerais no mundo, sendo o principal destino de extração. Todo este avanço em recursos se deu em decorrência de diversos fatores internacionais, como os altos preços e demanda, pelos intensos investimentos governamentais, flexibilizações de legislações sociais e ambientais, tais como o processo de terceirização e subcontratação, que atraem a implementação de empresas transnacionais.

Ademais, como esse tipo de economia é dependente da capacidade de inserção desses países, ou seja, de suas empresas, como provedores de matérias primas a nível internacional, os governos aportam um grande apoio financeiro ou incentivos econômicos, como a isenção de impostos. Podem ser citados como exemplos dessa junção público-privada, a participação de bancos públicos brasileiros como BNDES e Banco do Brasil no financiamento e participação como acionistas de empresas e conglomerados empresariais, que atuam nos setores de infraestrutura e extração, tanto no Brasil como demais países sul americanos¹².

11 CEPAL y UNASUR. 2013. Recursos Naturales em UNASUR. Situación y tendencias para una agenda de desarrollo regional. CEPAL Y UNASUR, Santiago.

12 VERDUM, Ricardo. *El Nuevo Extractivismo Desarrollista en Sudamérica*. Programa de las Américas Reporte. 14 de janeiro de 2010. Pág. 02. Disponível em: <<http://www.extractivismo.com/noticias/verdumextractivismo-desarrollista-sudamerica.html>> Acesso em 11/10/2016.

Antes de apresentar as estreitas relações de cada país da região com a atividade extrativa mineral, faz-se necessário apresentar um panorama dos últimos anos, vinculado, sobretudo à questão econômica, a qual, por si só, revela contradições e sinaliza determinados impactos sociais que permeiam o contexto latino-americano.

Analisando as particularidades de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Paraguai e Peru, em relação ao PIB per capita entre os anos de 2000 e 2014, verifica-se que todos os países em análise, a partir de 2000 obtiveram aumento no PIB per capita¹³. Em 2014, o maior PIB per capita era do Chile e girava em torno de USD 15000. O Brasil ficou em terceiro lugar, com aproximadamente USD 12000. O Paraguai, por sua vez, possuiu no mesmo ano o menor valor, com USD 4000. Nesse sentido, observa-se uma grande diferença entre os valores PIB per capita entre os países em análise¹⁴.

No entanto, a mesma análise demonstra que países como Brasil e Chile, que possuem alto valor no PIB per capita, ocupam segundo e terceiro lugar respectivamente no que se refere à concentração de renda. Em 2014, por exemplo, os 10% mais ricos da

13 Os dados que serão apresentados no decorrer dos parágrafos das próximas três páginas se pautam nos estudos realizados pelo pesquisador Armin Mathis, intitulado “Mineral extraction in Latin America”, apresentado em abril de 2016, em Lima (Peru), e fazem parte desta investigação que está sendo desenvolvida.

14 Fonte: World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files. Disponível em <http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=enterprise-surveys>. [Acesso em 01.03.2016]

população do Brasil possuíam 36,4% da renda do país, enquanto que no Chile esse valor chega a 40,6%, e na Colômbia 42,2%. Em todos os países que compõem o estudo a concentração de renda diminuiu entre os anos de 2000 e 2014¹⁵. No entanto, todos os países em estudo possuem uma alta concentração de renda, já que os 10% mais ricos da população possuem acima de 30% da renda. A não distribuição de renda evidencia um cenário de grandes desigualdades sociais.

Ao relacionar o PIB com o investimento estrangeiro direto recebido pelos mesmos¹⁶, ou seja, a relevância do investimento externo para cada país verifica-se que, no ano de 2013, Argentina, Peru e Paraguai sofreram queda nos investimentos em relação ao ano anterior; Chile sofreu uma redução em 2013, mas recuperou-se em 2014. O Brasil conseguiu aumentar o saldo de investimentos externos no país de forma contínua desde 2010.

Colômbia manteve o nível dos investimentos estrangeiros no seu país estável desde 2001. México, Peru e Paraguai não mostram uma tendência clara em relação à taxa de investimentos estrangeiros / PIB. Entre 2006 e 2014, os investimentos estrangeiros relacionados ao PIB alcançaram em média, em ordem cres-

15 Fonte World DataBank / World Development Indicators, disponível em www.databank.worldbank.org [acesso em 01.10.2016]. Veja uns dados para países fora da América Latina: China 31,4% (2012), França 26,8% (2012), Alemanha 23,7% (2011), Suíça 25,0% (2012), EUA 30,2% (2013).

16 Fonte: World DataBank / World Development Indicators, disponível em www.databank.worldbank.org [acesso em 15.10.2015]

cente: 1,9% na Argentina, 2,4% no México, 2,8% no Brasil, 3,3% no Paraguai, 3,9% na Colômbia, 5,3% no Peru e 7,9% no Chile.

Para apresentar os impactos positivos e negativos da presença do extrativismo nos sete países da América Latina que estão em análise, destacam-se, primeiramente, os principais minérios extraídos com forte participação global, em ordem decrescente: nióbio, prata, lítio, cobre, rênio, boro, molibdênio, diatomita, ouro, arsênio, zinco, talco (ou esteatita), estanho, ferro, amianto, tântalo, vermiculita, bauxita, fosfato, chumbo, cádmio, bismuto, caulim, grafite, betonita, magnésio, antimônio, magnesita¹⁷.

No que diz respeito a minerais que foram considerados pela Comissão Europeia como crítico devido sua importância para o desenvolvimento tecnológico ou pela concentração de sua oferta e as dificuldades de acesso através de comércio internacional destaca-se a produção de Nióbio. A sua extração em nível mundial realizada, sobretudo no Brasil, concentrando mais de 90% das reservas e comercialização mundial¹⁸, e que se encontra com cerca de 90% de sua extração brasileira já realizada.

17 Fonte: Reichl / Schatz / Zsak: World Mining-Data. Viena. Vários anos. Disponível em: www.bmwfw.gv.at. Acesso 01.04.2016

18 A produção deste minério se concentra no município de Araxá, no estado de Minas Gerais, com 75%, mas também pode ser encontrada no estado de Roraima e em Goiás. O mineral é utilizado principalmente para objetos com alta tecnologia, assim como grandes estruturas e construções, combinando leveza e resistência. Importa destacar ainda que a produção do nióbio é concentrada somente em duas empresas. Impactos ambientais: chuvas químicas, câncer, doenças respiratórias, doenças degenerativas, demência, etc., provocadas pelo alto teor de componentes ultra tóxicos dos rejeitos do processo de produção. Fonte: http://niobiomineriodoBrasil.blogspot.com.br/2012_08_01_archive.html. Acesso em: setembro de 2016.

Nesse momento, com o intuito de particularizar os reflexos da atividade mineira em cada país latino, passa-se a analisar caso a caso. Importa sinalizar que as empresas com atividades extrativas minerais na América Latina são majoritariamente, porém não de forma exclusiva, de capital estrangeiro, oriundos principalmente do Canadá, mas também dos Estados Unidos, da China e da Austrália.

Na Argentina, cobre e o alumínio são os minerais com mais destaque na produção mineral, tendo, respectivamente as empresas Alumbreira Mine e Aluar como as principais responsáveis pela extração no país.

O Chile conta com o cobre como o principal minério de sua indústria extrativa, produzindo uma média anual de US\$ 26,8 bilhões. A produção mineral do país responsável por 11% do PIB nacional. Na extração do cobre destacam-se além da estatal CODELCO, as transnacionais BHP Billiton, Rio Tinto, Anglo American e Glencore Xstrata. As principais minas da CODELCO são El Teniente, Andina Division, Chuquicamata e Radomiro Tomic, ademais a empresa tem uma participação de 20% na mina Los Broncos. As minas sob domínio majoritário de TNCs são a Minería Escondida (BHP Billiton – 57,5%, Rio Tinto – 30%, Japan Escondida – 10%, IFC – 2,5%), Candelaria (Freeport-McMoRan – 80%, SMMA Candelaria – 20%), Collahuasi (Anglo American – 44%, Glencore Xstrata – 44%, Mitsui – 12%), Los Broncos (Anglo American – 50,1%, Mitsubishi – 20,4%, CODELCO – 20%, Misui – 9,5%).

Na Colômbia, o valor da extração mineral alcançou um valor de USD 20,3 bilhões em 2013. Isso corresponde a 7,7% do PIB (USGS 2015). A maior parte desse valor é oriundo da produção de minerais energéticos, sobretudo petróleo e carvão. A contribuição dos minerais metálicos e não metálicos somou cerca de USD 2 bilhões. Para o ano de 2014 espera-se que a produção mineral acompanhará o ritmo de crescimento da economia colombiana.

O setor de extração mineral na Colômbia está sendo controlado por capitais privados. A participação de TNCs é mais proeminente na mineração de carvão. Anglo American (33,3%), BHP Billiton (33,3%) e Glencore Xstrata (33,3%) controlam a maior conglomerado de minas de carvão do país (Carbones del Cerrejón). A norteamericana Drummond que opera a La Loma mina, já sofreu processos nos Estados Unidos devido a contratação de milícias paramilitares como seguranças da empresa e pela morte de 70 trabalhadores e sindicalistas cometidos pelas seguranças. As brasileiras Gerdau S.A. e Votorantim Steel são ativas na extração de minério de ferro.

No cenário global da produção mineral, o México se destaca como maior produtor de prata (19% da produção global) e segundo maior produtor de feldspato (18% da produção global). No ano de 2013, o valor da produção mineral alcançou o montante de USD 23 bilhões, que corresponde a 2,9% do PIB mexicano. A indústria mineral empregou no mesmo ano 332.500 pessoas (USGS 2016). Cerca de um quarto do valor da produção mineral do Mé-

xico é oriundo da produção de ouro, outros minerais importantes são prata (contribuição de 21,6%) e cobre (17,1%).

Grande parte da produção mineral nacional é controlada por grandes empresas nacionais, tais como a Cimentos Mexicanos, Companhia Minera Autlan, Minera Frisco, Fesnillo, Grupo Mexico e Indústrias Peñoles. A exploração e o beneficiamento de petróleo são monopolizados pela estatal PEMEX. As empresas estrangeiras atuam, sobretudo na exploração de metais preciosos e de cobre e ferro. Em 2013, 266 empresas estrangeiras (entre elas 188 canadenses, 44 estadunidenses e 9 chinesas) investiram em 870 projetos de mineração (USGS 2016).

A canadense Goldcorp controla com as minas e Penasquito e Los Filos a maior parcela de produção de ouro do país. O grupo Mexico, por sua vez, é responsável por 70% da produção do cobre. Na extração de prata atuam um número grande de empresas nacionais (Grupo Mexico, Indústrias Peñoles, Fresnillo etc.) e estrangeiras (Coeur d'Alene Mines – EUA, First Majestic Silver – Canadá, Goldcorp – Canadá etc).

O Peru se destaca no cenário global como terceiro maior produtor de cobre, prata, zinco e estanho. A produção mineral (sem petróleo) representa 8% do PIP nacional. No total o país possui 464 minas em operação e o setor emprega cerca de 210.000 pessoas. O setor mineral recebeu em 2013 24% dos investimentos estrangeiros. Os maiores investidores foram a suíça Glencore (Xstrata) que injetou USD 1,7 bilhões e a chinesa Chinalco que aportou USD 1,2 bilhões no ano de 2013. (USGS 2015^b).

O setor mineral (incluindo a produção de ferro e aço) exportou em 2013 mercadorias em um valor total de USD 25 bilhões, que representa 60% do valor das exportações do país. Os principais minerais exportados eram o cobre (USD 9,8 bilhões) e o ouro (USD 7,8 bilhões). Os principais destinos da produção mineral peruana eram a China (26%), Suíça (13%), EUA (12%), Canadá (11%), Japão (6%), Korea (5%) e Brasil (4%).

A extração de cobre, prata e zinco tem a participação maciça de TNCs. BHP Billiton, Glencore Xstrata, Teck Cominco mantem a Antamina, uma mina que responsável por 34% da produção nacional de cobre, 14% de prata e 23% de zinco. Outras empresas internacionais com atuação significativa são a Votaran-tim Metais, o Grupo Mexico e a Freeport-McMoRan. A produção de estanho é controlada por empresas privadas nacionais. (USGS 2015 b)

Em relação ao Brasil, o início do século XXI tem sido marcado pelo constante crescimento da indústria extrativa mineral, chegando a um aumento de 550% e com previsão de US\$ 75 bilhões de investimentos até o fim de 2016¹⁹. O país produz mais de 72 tipos de minérios, sendo que, em 2013, o valor da Produção Mineral Brasileira, excluindo o petróleo, alcançou US\$ 42 bilhões

19 ARAÚJO, Eliane Rocha; OLIVIERI, Renata Damico; FERNANDES, Francisco Rego Chaves. *Atividade mineradora gera riqueza e impactos negativos nas comunidades e no meio ambiente*. In: FERNANDES, Francisco Rego Chaves; ALAMINO, Renata de Carvalho Jimenez; ARAUJO, Eliane Rocha. Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais, econômicos. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014.

(4% do PIB) e, somado aos setores da indústria transformadora de base mineral, alcançou a marca de US\$ 150 bilhões.

Dentre os minerais produzidos, apesar do Nióbio ser o destaque em produção de escala global (juntamente com o tântalo), é destaque em impacto no PIB brasileiro o minério de ferro, o qual ocupa 60% do valor total da produção do país. Nesse sentido, ressalta-se que os estados com maior produção mineral são Minas Gerais e Pará, que possui a maior reserva de minério de ferro do mundo, a Serra dos Carajás.

Ao investigar sobre as multinacionais brasileiras na América Latina, verifica-se presença marcante da empresa Vale, antiga estatal privatizada em 1997, atualmente principal responsável pela extração do minério de ferro. Junto com ela, destacam-se outras empresas que atuam direta ou indiretamente no setor de mineração, através, ou não, da prestação de serviços terceirizados, quais sejam: Gerdau no setor de metalurgia, Odebrecht e Andrade Gutierrez no setor de construção, Conteminas (setor de mineração), Camargo Corrêa (Grupo econômico), entre outras²⁰.

O crescimento de tais empresas reflete a atuação do Estado Brasileiro, sobretudo no final dos anos 80, através de políticas de abertura para investimentos estrangeiros. A estratégia estatal potencializou a ampliação das empresas que hoje se configuram grandes conglomerados econômicos com atuação não somente no

²⁰ Ver mais em: ZIBECHI, Raúl. *Brasil potência: entre a integração regional e um novo imperialismo*. In Consequência, Rio de Janeiro, 2012.

Brasil²¹ , mas em uma tendência de investir primeiramente em países vizinhos latino-americanos (em especial Colômbia, Peru, Venezuela, Bolívia)²², mas também na África do Sul, em Portugal, Irã, entre outros.

Ao se relacionar a indústria extrativa mineral com os impactos socioeconômicos e ambientais, identificam-se impactos positivos e negativos que interferem direta e indiretamente no território onde se realiza as atividades extrativas. Obviamente, a mineração e a lavra garimpeira largamente produzem geração

21 Destaque-se que muitas empresas brasileiras com atuação internacional têm não só gerado conflitos com os Estados Nacionais onde realizam suas atividades, como também “vêm tentando se colocar como representantes do Brasil no exterior em sintonia com a política oficial do governo, o que faz com que os interesses empresariais se confundam com os interesses nacionais. In. ZIBECCHI, Raúl. *Brasil potência: entre a integração regional e um novo imperialismo*. In Consequência, Rio de Janeiro, 2012, pág. 198.

22 Ao se relacionar a investigação do autor com o estudo que se está realizando com transnacionais e direitos humanos, verifica-se estrita relação entre o Brasil e os países que estão em análise, no que se refere ao investimento direto realizado. Zibechi indica que a preferência brasileira por países da América Latina e África estaria vinculada a pouca concorrência com empresas poderosas que impediriam sua atuação. Nas palavras do autor: “Atualmente existem 885 empresas brasileiras que investem em 52 países, o que está indicando que não apenas o fazem as grandes, mas também médias”. E complementa: “Entre 1995 e 2004 as empresas brasileiras realizaram fora das fronteiras 90 fusões e aquisições e 61 países em desenvolvimento, das quais 32 estavam na Argentina, quatro na Colômbia, Peru e Venezuela, e três na Bolívia. Entre 2002 e 2004, dos vinte projetos mais importantes de empresas brasileiras para instalação de novas fábricas no exterior, quatorze se localizavam na América do Sul, uma na América Central, três em Portugal, uma no Irã e outra na Noruega. Este conjunto de dados confirma a opção das multinacionais brasileiras pela região, onde estão construindo o grosso das obras da Iirsa (Iniciativa de Integração de Infraestrutura Regional Sul Americana)”. In. ZIBECCHI, Raúl. *Brasil potência: entre a integração regional e um novo imperialismo*. In Consequência, Rio de Janeiro, 2012, pág. 198.

de riqueza e crescimento econômico, entretanto, têm ocasionado sérias consequências em suas diversas fases de exploração (lavra, transporte e beneficiamento do minério, e até mesmo com o fechamento ou encerramento das atividades)²³.

Pesquisas empíricas indicam que sustentabilidade e mineração dificilmente caminham juntas²⁴. A mineração também repercute diretamente na destruição dos ecossistemas onde se instalam as pedreiras, as lagoas de rejeito; a remoção física das rochas, afetando o regime hidrológico, distintos tipos de contaminação da água (tanto pela extração mineira, como pode ser chamada a drenagem de ácidos, como pelo uso de substâncias químicas, como o mercúrio e o cianeto.), explosões, emissões de poeira;

23 Garavito desenvolve o termo “campos sociais minados” para descrever áreas de mineração, disputas sobre fracking, lugares que vão girar ao redor da mina, e que em razão dessa característica, estudos apontam que terão também suas sociabilidades minadas, apresentando problemas sociais graves, em que a violência de Estado e entre as pessoas faz parte do cotidiano (2014). Caracterizam-se por relações de poder profundamente desiguais entre empresas e comunidades, e pela escassa presença e intermediação do Estado. Dessa forma, constata-se que este modelo catalisa conflitos sociais e gera ainda mais violações. In: GARAVITO, César Rodrigues. *From Belo Monte to Sarayaku. Extractive capitalism, Indigenous People and Human Rights in Social Minefields*. Conferência no Colloquium Alice, CES 2014, Universidade de Coimbra, Portugal.

24 Para saber mais ver: ORTIZ, Ricardo. *Las empresas transnacionales en la minería argentina: seguridad jurídica para las empresas, inseguridad ambiental e incumplimiento de los derechos para las comunidades locales*. Informe de Investigación- OBSERVATORIO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. Buenos Aires. Argentina, 2007; TADDEI, Emilio, SEOANE, José Seoane et al.. *Mineração transnacional e resistências sociais na África e na América Latina*. Diálogo de los Pueblos y Grupo de Estudios sobre América Latina y el Caribe (Geal), 2011; e ARAÚJO, Eliane Rocha et al. *Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014.

entre outros casos ocorrem de extração mineral que utilizam métodos e produtos tóxicos e perigosos.

Com efeito, é válido destacar que os impactos causados pela atividade extrativa mineral, apesar de se apresentarem de forma particular conforme o tipo de extrativismo adotado em cada país são inúmeros e diversificados²⁵, o que, por sua vez, permite uma análise que compara os efeitos das atividades realizadas, sobretudo por transnacionais, com maior ou menor proteção regulamentada pelos países que estão em estudo.

A diversidade dos impactos pode ser dividida em duas categorias: efeitos locais e regionais, refletindo os impactos ambientais e sociais dos empreendimentos; efeitos de derramesobre

25 Como exemplos dos impactos negativos ocasionados, têm-se: conflitos que surgem com a atividade extrativa mineral, além da ruptura causada em relação aos valores, tradições e modo de vida da população localizada no âmbito da extração, insegurança e/ou ausência de proteção à população por parte do poder público, explosão demográfica, aumento nos preços de bens e serviços, ameaça à independência econômica da população, destruição de meios de sobrevivência ou comprometimento à saúde, escassa ou inutilização de tecnologias limpas de produção e recuperação das áreas degradadas, problemas trabalhistas envolvendo a mineradora, questões fundiárias. Ainda podem ser citados, crescimento desordenado da localidade, ausência de infraestrutura para atender à população, aumento da violência, baixo crescimento econômico e social da localidade, aumento da prostituição, empobrecimento da população, trabalho infantil, poluição da água, assoreamento dos rios, poluição do ar, disposição inadequada de rejeitos e escórias, desmatamento, poluição do solo, poluição do lençol freático, impactos na paisagem e extinção de espécies vegetais e animais, extração ilegal de madeira nativa, rompimento de barragens, contaminação por metais pesados, radioativos, presentes no processo de produção dos minérios extraídos, alteração de forma substancial do meio físico, com desmatamentos, erosão, contaminação dos corpos hídricos, aumento da dispersão de metais pesados, alterações da paisagem, do solo, além de comprometer a fauna e a flora.

o país, que correspondem aos impactos sobre o manejo dos territórios, as dinâmicas econômicas, a inserção internacional, o papel do Estado, incluindo o modo de fazer política²⁶.

Estes impactos têm consequências muito diversas, que afetam a qualidade do ambiente, da vida comunitária, das condições econômicas e políticas locais, entre outros. Porém existem outros efeitos que não são locais e que são tão importantes quanto, afetando o desenvolvimento das economias nacionais e da vida política de cada país. Nesse sentido, os impactos do extrativismo são multidimensionais, repercutindo até na redefinição das políticas democráticas, onde empresas transnacionais cumprem papel fundamental ao assumirem caráter de agente de desenvolvimento das localidades onde se instalam.

Nesse processo, destacam-se graves violações de direitos humanos, que são evidenciados em fenômenos como: em 2001, o primeiro rompimento da represa de rejeitos de Antamina, no Peru; o registro de derramamento de 30 mil barris de petróleo, contaminando a Amazônia Equatoriana, nas operações da Petroecuador, entre 1994 a 2002; casos evidentes de amputação ecológica²⁷ nas grandes minas a céu aberto, como Carajás (Brasil), Cerrejón na Colômbia, ou a ruptura das barragens da mineradora

26 Gudynas (2013). *Op cit.*

27 Entende-se por amputação ecológica “uma remoção física de um ecossistema, que destrói no solo o emaranhado biológico, como as espécies vivas e assim também seu nicho ecológico” (GUDYNAS, 2013, p. 56, *tradução nossa*).

Samarco, em 2015, maior desastre ambiental do Brasil, ainda impune.

Por exemplo, Chuquicamata, no norte do Chile, exibe dimensões olossais onde sua cratera alcança 850m de profundidade (a segunda mais profunda do mundo). No Peru, os empreendimentos de Antamina extraem aproximadamente 157 milhões de toneladas de rochas por ano (cobre e zinco). A mina de cobre Escondida, no Chile, supera os empreendimentos peruanos, removendo mais de 330 milhões de rochas por ano.

Além de todos os impactos ambientais ocasionados, conforme relatado acima, importa sinalizar que todo extrativismo também tem efeito social substancial. As promessas de benefícios, como emprego, ativação da economia local, somam-se aos impactos, que vão desde a imposição violenta dos empreendimentos sobre comunidades campesinas e indígenas, a alterações que acontecem lentamente, como o reordenamento das economias locais. É exemplo disso, La Oroya e zonas ao entorno do Peru, onde toda a região está contaminada com metais pesados, desde o solo, o ar e a água, alcançando os alimentos e o alto nível de chumbo nas mães gestantes e nas crianças.

Ademais, na associação entre extrativismo e pobreza, registram-se grandes exemplos de diminuição da qualidade de vida com a entrada das mineradoras. Em Cajamarca, o departamento principal da expansão mineira peruana, constata-se os piores indicadores de desenvolvimento humano da região. É grave que na Bolívia e Equador tenham altas proporções de desnutridos, ante o

fato que esses países sejam potências agroalimentares. A exceção é o Chile, que segundo dados da PNUD de 2013, entre todos os países dependentes do extrativismo exportador da América Latina, demonstra os menores níveis de pobreza e alto IDH.

Os extrativismos também têm efeitos sobre a vida social ao limitar o direito de organização, violando o direito das pessoas, como a restrição ao acesso de informações e participação, a criminalização de quem denuncia e a perseguição de líderes. O exercício da cidadania é negado e negam o reconhecimento de grupos afetados (especialmente indígenas) e se reproduz inúmeros tipos de racismo ambiental, onde grupos marginalizados e segregados dentro da sociedade terminam sendo ambientalmente afetados em forma desproporcional.

Nesse cenário, povos indígenas e tradicionais são convertidos em “obstáculos” para o desenvolvimento em função de uma narrativa, fortalecida pelos grandes meios de comunicação que transforma o crescimento econômico em único objetivo nacional que deve ser conquistado a qualquer preço, mesmo ante os sinais visíveis de desaceleração da economia mundial²⁸.

Diante do apresentado, obtêm-se e verificam-se os seguintes efeitos locais de distintos projetos extrativistas: potencial flexibilização de legislações sociais e ambientais; reconhecimento, representatividade e cidadanias incompletas; violação de di-

28 Ver mais em: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Derechos Humanos, Democracia e Desarrollo*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

reitos humanos e da natureza; natureza mercantilizada; territórios fragmentados; justiça mercantilizada; resistências e conflitos; inserção global subordinada; valorização economia e disputa por excedentes.

Por fim, esta apresentação geral da realidade latino-americana, que se detém na particularidade dos países objetos de estudo na investigação, revela convergências e divergências que instigam a necessidade não só de particularizar, mas aprofundar a realidade dos impactos da atividade extrativista mineral desta região. Importa sinalizar que as divergências ou diferenciações obtidas nos dados registrados não aparecem como empecilho para a construção dos diagnósticos nacionais a partir de pautas comuns, na medida em que permitem evidenciar a peculiaridade de cada país.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eliane Rocha; OLIVIERI, Renata Damico; FERNANDES, Francisco Rego Chaves. Atividade mineradora gera riqueza e impactos negativos nas comunidades e no meio ambiente. In: FERNANDES, Francisco Rego Chaves; ALAMINO, Renata de Carvalho Jimenez; ARAUJO, Eliane Rocha. **Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais, econômicos**. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014.

CEPAL. **Anuário Estatístico da América Latina e do Caribe** (CEPAL, 2014). Disponível em: https://aldeiacomum.files.wordpress.com/2015/02/s1420569_mu.pdf.

CEPAL y UNASUR. 2013. **Recursos Naturales em UNASUR**. Situación y tendencias para uma agenda de desarrollo regional. CEPAL Y UNASUR, Santiago.

GARAVITO, César Rodrigues. **From Belo Monte to Sarayaku**. Extractive capitalism, Indigenous People and Human Rights in Social Minefields. Conferência no Colloquium Alice, CES 2014, Universidade de Coimbra, Portugal.

GUDYNAS. **Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza**. Bolívia, Cochabamba: CEDIB y CLAES, 2015.

Armin Mathis. **Mineral extraction in Latin America**. Apresentação realizada no Peru, Lima: 2016.

NEGRI, Fernanda. **Padrões tecnológicos e de comércio exterior das firmas brasileiras**. Inovações, padrões tecnológicos e desempenho das firmas industriais brasileiras. Brasília: IPEA, 2005.

Nióbio minério brasileiro. Disponível em: http://niobiomineriobrasileiro.blogspot.com.br/2012_08_01_archive.html. Acesso em: setembro de 2016.

ORTIZ, Ricardo. Las empresas transnacionales en la minería argentina: seguridad jurídica para las empresas, inseguridad ambiental e incumplimiento de los derechos para las comunidades locales. Informe de Investigación- OBSERVATORIO DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. Buenos Aires. Argentina, 2007; TADDEI, Emilio, SEOANE, José Seoane et al.. Mineração transnacional e resistências sociais na África e na América Latina. Diálogo de los Pueblos y Grupo de Estudios sobre América Latina y el Caribe (Geal), 2011; e ARAÚJO, Eliane Rocha et al. **Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos**. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014.

Reichl; Schatz; Zsak. **World Mining-Data**. Viena. Varios anos. Disponível em www.bmwfw.gv.at . Acesso em 01 de abril de 2016.

RODAS, Mónica Mazariegos. **Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contra hegemónico del derecho**. Tesis Doctoral. Instituto De Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, mayo 2014, p. 460.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derechos Humanos, Democracia e Desarrollo**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

SVAMPA, Maristella. **Extractivismo neodesarrollista, Gobiernos y Movimientos Sociales en América Latina.** In. Revista Problèmes de l'Amérique Latine, 2011. Disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/19771724/334139802/name/Articulo%20AL%20y%20extractivismo%20Maristella%20Svampa.pdf>> Acesso em 11/10/2016.

VERDUM, Ricardo. **El Nuevo Extractivismo Desarrollista en Sudamérica.** Programa de las Américas Reporte. 14 de janeiro de 2010. Pág. 02. Disponível em: < <http://www.extractivismo.com/noticias/verdumextractivismo-desarrollista-sudamerica.html>> Acesso em 11/10/2016.

VIEIRA, Fláviado Amaral. **Direitos Humanos e Desenvolvimento na Amazônia:** Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Dissertação (mestrado) PPGD-UFSC, 2015, pág. 110. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/135654_335074.pdf?sequence=1> Acesso em 11/10/2016.

USGS 2015. 2013 Minerals Yearbook. U.S. Department of the Interior. U.S. Geological Survey COLOMBIA [ADVANCE RELEASE]. Washington, junho de 2015.

USGS 2016. 2013 Minerals Yearbook MEXICO [ADVANCE RELEASE]. Wahington, Maio de 2016.

(USGS 2015 b) 2013 Minerals Yearbook PERU [ADVANCE RELEASE]. Washington, dezembro de 2015.

WALSH, Catherine. **Development as Buen Vivir:** Institutional arrangements and (de)colonial entanglements. Development, 2010, 53(1), págs. 15–2.

World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files. Disponível em: <http://databank.worldbank.org/data/reports.aspx?source=enterprise-surveys>. Acesso em: 01 de março de 2016.

World DataBank / World Development Indicators. Disponível em: www.databank.worldbank.org. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

ZIBECHI, Raúl. **Brasil potência:** entre a integração regional e um novo imperialismo. In: Consequência, Rio de Janeiro, 2012.

MARCO JURÍDICO GERAL

Flávia do Amaral Vieira

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, área Direito e Relações Internacionais. Advogada Residente “Direitos Humanos e Empresas” - Clínica de Direitos Humanos da Amazônia- UFPA.

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade Federal do Pará. Professora do Programa de Doutorado Sociedade, Natureza e Desenvolvimento da Universidade Federal do Oeste do Pará e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. Visiting Scholar do Washington College of Law, American University.

1. Marco internacional em matéria de direitos humanos e empresas adotado pelo Estado Brasileiro.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil- CF de 1988, determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com efeito, o Estado Brasileiro é signatário dos principais tratados internacionais de direitos humanos, que compõem o marco regulatório internacional em matéria de direitos humanos e empresas no país.

Como regra geral, pode-se afirmar que o órgão competente do Poder Executivo para realizar negociações diplomáticas que tenham em vista a celebração de atos internacionais é o Ministério das Relações Exteriores (Decreto nº 2.246 de 1997, Anexo I, artigo 1º, III). A Constituição Federal estipula que é competente para celebrar atos internacionais em nome do Governo brasileiro o Presidente da República (art. 84, VIII), ou outra autoridade, desde que possua Carta de Plenos Poderes, firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores.

Todos os atos bilaterais ou multilaterais estão sujeitos, por determinação constitucional, à aprovação pelo Congresso Nacional (art. 49, I). O ato internacional é encaminhado para exame e aprovação, sucessivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Antes de ser levado aos respectivos Plenários, o instrumento é avaliado, em ambas as Casas, pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Relações Exteriores e por outras Comissões interessadas na matéria.

A aprovação congressual é materializada por Decreto Legislativo, assinado pelo Presidente do Senado, publicado no Diário Oficial da União. Após a publicação, cabe ao Executivo promulgá-lo, por decreto assinado pelo Presidente da República e refe-

rendado pelo Ministro das Relações Exteriores. Esse decreto é acompanhado de cópia do texto e publicado no Diário Oficial da União. A validade e executoriedade do ato internacional no ordenamento interno brasileiro dão-se através de sua promulgação.

Até 2004, a Constituição Brasileira de 1988 não apresentava nenhum dispositivo que determinasse expressamente a posição dos tratados internacionais perante o direito interno. A partir de então, através da Emenda Constitucional nº 45, foi acrescentado um 3º parágrafo ao artigo 5º da CF, determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes à emenda constitucional. Isto é, a emenda incluiu no catálogo dos direitos protegidos constitucionalmente, aqueles direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Antes da emenda 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos eram recepcionados de forma idêntica aos tratados que não versam sobre direitos humanos, isto é, eram aprovados por meio de decreto legislativo, por maioria simples, e, posteriormente, ratificados pelo Presidente da República, seguindo o procedimento previsto pelo artigo 49, inciso I da Constituição de 1988. Tal forma de recepção dos tratados gerava diversas controvérsias sobre a aparente hierarquia infraconstitucional, ou seja,

nível de normas ordinárias dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro²⁹.

Como a Constituição foi silente em relação a qual teoria seria adotada, coube ao judiciário, por meio da consolidação jurisprudencial, resolver a questão: em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento de uma série de casos³⁰ que modificaram significativamente sua compreensão do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Até então, o STF mantivera a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias³¹.

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343- SP, o Supremo Tribunal Federal firmou interpretação de que esses tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam *status* de norma supralegal, isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição³². A partir desse novo en-

29 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 686/687.

30 Os casos que levaram à nova orientação do STF faziam referência à prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII da Constituição de 1988, que contrastava com o artigo 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), segundo o qual a prisão por dívidas somente pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

31 MAUES, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. In Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. Edição V. 10 - N. 18 - Jun/2013.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 466.343-SP, Decisão de outubro de 2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>.

tendimento, sendo aprovado um tratado internacional de direitos humanos, o tratado passa a ter hierarquia superior à lei ordinária (supralegal ou constitucional), ocorrendo a revogação das normas contrárias por antinomia das leis. O status constitucional restrito aqueles que sejam aprovados com o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF.

Nesse sentido, a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro foi modificada: na parte inferior encontra-se a lei; na parte intermediária encontram os tratados de direitos humanos – aprovados sem o quórum qualificado – e no topo encontra-se a Constituição, com suas emendas³³ e os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo quórum exigido pelo mencionado artigo da Constituição.

Assim, ante um conflito entre um tratado internacional e a Constituição Brasileira, considera-se a primazia desta, ainda que isto resulte na prática de um ilícito internacional, uma vez que os tratados, assim como as demais normas infraconstitucionais, encontram-se sujeitos ao controle de constitucionalidade.

A seguir, serão apresentados os principais atos internacionais que compõem o marco internacional do Brasil que se relacionam com direitos humanos e empresas, dentre tratados internacionais de Direitos Humanos, tratados multilaterais econômicos e normas de soft law sobre o tema.

33 Até o momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi aprovada de acordo com o trâmite previsto pela EC nº 45, de forma que é o único tratado de direito internacional dos direitos humanos com status constitucional.

1.1. Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Neste bloco apresentam-se os principais atos internacionais que o Brasil ratificou no sistema de proteção de direitos humanos das Nações Unidas, da Organização Internacional do Trabalho e da Organização dos Estados Americanos.

Enquanto membro fundador das Nações Unidas, destaca-se que o Brasil ratificou, dentre os instrumentos que compõem o Sistema Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas: em 1966, a Convenção sobre Escravatura (1926) e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura (1956); em 1969, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966); em 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990); em 1992 o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); em 1998, Convenção sobre Diversidade Biológica (1992).

Ressalta-se também a ratificação, em 2002, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); em 2009, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (2007); e, em 2014, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, entre outras. Ainda, que o Brasil é o único país membro do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) que não é signatário da Convenção sobre a Proteção dos

Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, de 2003³⁴.

Dentro do sistema da Organização Internacional do Trabalho, o Brasil também é signatário de diversas convenções internacionais, dentre as quais se destacam, em ordem cronológica de ratificação: a Convenção nº 45 de Emprego de Mulheres nos Trabalhos Subterrâneos das Minas (1935), em 1938; a Convenção nº 98 de Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva (1949), em 1952; a Convenção nº 14 do Repouso Semanal na Indústria (1921), a Convenção nº 19 de Igualdade de Tratamento e Indenização por Acidente (1925), a Convenção nº 29 de Trabalho Forçado ou Obrigatório (1930), e a Convenção nº 100 de Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (1951); ratificadas em 1957.

Ademais, ressalta-se também a ratificação da Convenção nº 103 de Amparo a Maternidade (1952), a Convenção nº 105 de Abolição do Trabalho Forçado (1957), e a Convenção nº 111 de Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958), em 1965; a Convenção nº 182 sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (1999), em 2000; a Convenção nº 138 de Idade Mínima para Admissão (1973), em 2001; a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), em 2002; a Convenção nº 176 sobre segurança e saúde

34 NAÇÕES UNIDAS, Direitos dos migrantes: Comitê da ONU pede que países ratifiquem tratado global, de 07 de abril de 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/>

nas minas (1995), em 2006; e a Convenção nº 102 de Normas Mínimas da Seguridade Social (1952), em 2009. Entretanto, o Brasil não é signatário da Convenção nº 87 da OIT sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, um óbice à luta pela efetivação destes direitos no país.

Com relação à Organização dos Estados Americanos, o Brasil é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de São José da Costa Rica” (1969), ratificada em 1992, assim como do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o “Protocolo de San Salvador” (1988), em 1999, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará” (1994), em 1996, Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999), em 2001, Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e da Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013) em 2013, entre outros instrumentos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos instituiu o mecanismo de proteção regional de direitos humanos da OEA, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou Corte IDH). Como signatário da Convenção, o país aceitou a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos, órgão da OEA de funções política e judicial, para promover a observância e a defesa dos direitos humanos nos Estados membros.

Em 1998, o Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seguimento às metas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 1996.

1.2. Tratados Multilaterais Econômicos

Com relação aos tratados de livre comércio, o Estado Brasileiro, juntamente com Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram, em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção, com vistas a criar o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). O objetivo primordial do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes³⁵.

O marco institucional do MERCOSUL é o Protocolo de Ouro Preto, assinado em dezembro de 1994. O Protocolo reconhece a personalidade jurídica de direito internacional do bloco, atribuindo-lhe, assim, competência para negociar, em nome próprio, acordos com terceiros países, grupos de países e organismos

35 MERCOSUL. Saiba mais sobre o MERCOSUL. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>.

internacionais. Em 2010, os Estados partes concluíram negociações para a conformação do Código Aduaneiro do MERCOSUL.

Em 2009, o Conselho de Mercado Comum do MERCOSUL criou o Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos (IPPDH-MERCOSUR), organismo regional com o objetivo de contribuir ao desenho, implementação, avaliação e consolidação das políticas públicas de direitos humanos como eixo fundamental da identidade, do desenvolvimento e da integração dos países partes e associados do MERCOSUL³⁶. O instituto tem como suas principais ações a cooperação técnica, a pesquisa, atividades de formação e o apoio à coordenação de políticas regionais em direitos humanos. O IPPDH tem sua sede na cidade de Buenos Aires, Argentina.

Ainda no âmbito do MERCOSUL, convém mencionar a Reunião de Altas Autoridades sobre Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados (RAADH), espaço de coordenação intergovernamental sobre políticas públicas de direitos humanos, que reúne as principais autoridades das instituições competentes na matéria.

A RAADH é uma instância especializada, dependente do Conselho do Mercado Comum, integrada pelos titulares dos Ministérios, Secretarias, Departamentos e áreas governamentais

36 Para saber mais, ver: Decisão CMC 12/10, que estabelece a Estrutura do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos, disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/estrutura-do-instituto-de-politicas-publicas-de-direitos-humanos-ippdh-decisao-cmc-12-10/>; e o sítio oficial do IPPDH, em: <http://www.ippdh.mercosur.int/>>.

equivalentes a principal competência em matéria de direitos humanos e pelos titulares dos departamentos de direitos humanos ou equivalentes das chancelarias dos Estados parte e Associados. A reunião acontece semestralmente, em geral, com representantes dos Estados Parte e Associados, e adota decisões por consenso. A RAADDHH conta com a participação e apoio técnico do IPPDH.

Atualmente, são Estados Partes: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai (desde 26 de março de 1991) e Venezuela (desde 12 de agosto de 2012). São Estados Associados do MERCOSUL a Bolívia (em processo de adesão ao MERCOSUL), o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia, o Equador (desde 2004) e Guiana e Suriname (2013). Com isso, todos os países da América do Sul fazem parte do MERCOSUL, seja como Estados Parte, seja como Associado.

Em 8 de dezembro de 2004, na Reunião de Presidentes da América do Sul, realizada em Cuzco, Peru, foi criada a Comunidade Sul-americana de Nações (CSN). A CSN nasceu para integrar processos regionais desenvolvidos pelo MERCOSUL e pela Comunidade Andina na América do Sul.

Assim, em 2005, em Brasília, e em 2006, em Cochabamba, Bolívia, os Chefes de Estado dos países membros estabeleceram um plano estratégico para consolidar uma agenda comum, cujos principais objetivos são a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina.

Em abril de 2007, durante a Cúpula Energética Sul-Americana, que foi realizada na Venezuela, os Chefes de Estado decidiram mudar o nome do organismo internacional, de CSN para União de Nações Sul-Americanas (UNASUL)³⁷. A sede permanente da Secretária-geral da UNASUL fica em Quito, Equador, e o Parlamento em Cochabamba, Bolívia. O Tratado Constitutivo entrou em vigor em 11 de Março de 2011.

Ainda no tocante a tratados multilaterais econômicos, cumpre destacar os BRICS. A partir de 2006, em reuniões de trabalho à margem da abertura da Assembleia Geral das Nações Unidas, surge uma coordenação entre Brasil, Rússia, Índia e China (BRIC). Em 2007, o Brasil assumiu a organização do encontro à margem da Assembleia Geral e, nessa ocasião, verificou-se que o interesse em aprofundar o diálogo merecia a organização de reunião específica de Chanceleres do então BRIC. Posteriormente, a África do Sul também se une ao projeto, passando o BRICs a constituir uma nova entidade político-diplomática.

Desde a sua criação, o BRICS tem expandido suas atividades em duas principais vertentes: (i) a coordenação em reuniões e organismos internacionais; e (ii) a construção de uma agenda de cooperação multissetorial entre seus membros³⁸.

37 UNASUL, Saiba mais sobre a Unasul. Disponível em: <http://www.unasursg.org/es>.

38 Para saber mais, ver: página do BRICS no sítio do Itamaraty: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3672-brics>.

Entre as vertentes mais promissoras do BRICS, destaca-se a área econômico-financeira, tendo sido assinados dois instrumentos de especial relevo na VI Cúpula do BRICS (Fortaleza, julho de 2014): os acordos constitutivos do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) – voltado para o financiamento de projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável em economias emergentes e países em desenvolvimento –, e do Arranjo Contingente de Reservas (ACR) – destinado a prover apoio mútuo aos membros do BRICS em cenários de flutuações no balanço de pagamentos. O capital inicial subscrito do NBD foi de US\$ 50 bilhões e seu capital autorizado, US\$ 100 bilhões. Os recursos alocados para o ACR, por sua vez, totalizarão US\$ 100 bilhões.

Desde 2009, os Chefes de Estado e de Governo dos BRICS se encontram anualmente. Nos últimos sete anos, ocorreram sete reuniões de Cúpula, com a presença de todos os líderes do grupo.

Em 2016, durante reunião da Coalizão Empresarial Brasileira (CEB) realizada em 20 de junho, o ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Marcos Pereira, anunciou que o Brasil solicitará formalmente participar das negociações do Acordo sobre Comércio de Serviços (TISA, sigla em inglês), um tratado plurilateral da Organização Mundial do Comércio (OMC). O pedido brasileiro ainda precisa ser aprovado pelos países que negociam o TISA e pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

As negociações do TISA são lideradas pelos Estados Unidos, em um projeto que busca a liberalização de 17 segmentos,

bem como o aprimoramento das regras em concessões de licenças, serviços financeiros, telecomunicações, comércio eletrônico, transporte marítimo e deslocamento de trabalhadores qualificados.

O acordo tem relações com outros grandes acordos megarregionais, tais como o Acordo de Parceria Trans-Pacífico (TPP, na sigla em inglês), assinado em 2016, que afetará trocas comerciais feitas por países que representam 40% da economia mundial, e o ainda em negociação Acordo de Livre-Comércio Transatlântico (TAFTA).

Também em 2016, representantes brasileiros assinaram com o Peru o mais amplo acordo temático bilateral já concluído pelo Brasil. Com capítulos em compras governamentais, investimento e serviços. Segundo o Plano Nacional de Exportações (PNE), o país é considerado “estratégico” para o aprofundamento das relações do Brasil com a Bacia do Pacífico.

1.3. Normas de soft law sobre direitos humanos e empresas

Por fim, da análise sobre atos internacionais que compõem o marco internacional do Brasil sobre direitos humanos e empresas, constata-se não existem normas que criem obrigações para empresas perante o direito internacional dos direitos humanos, mas, tão somente, instrumentos que contam com o voluntarismo das empresas e normas de natureza soft law, dentro os

quais podemos citar instrumentos como as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais³⁹ e o Pacto Mundial da ONU⁴⁰,

As diretrizes para Empresas Multinacionais são uma parte da Declaração da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, que é um compromisso político abrangente adotado em 1976 para promover o investimento entre os países membros da OCDE.

Sobre a efetividade das Diretrizes, cita-se que ao longo do ano de 2015, foram assinados seis Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (“BITs”, em sua sigla em inglês), com Moçambique, Angola, México, Malauí, Colômbia e Chile; situados dentro do marco da “Cooperação Sul-Sul para o Desenvolvimento” (CSSD).

A CSSD é uma modalidade complexa de apoio mútuo entre países emergentes e em desenvolvimento composta, além de fluxos financeiros privados, pelo financiamento público, cooperação técnica e troca de conhecimentos. O atual ímpeto do Brasil em firmar tais acordos relaciona-se com a crescente presença de suas transnacionais no exterior, especialmente a África lusófona e a América Latina.

39 OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 2000. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>

40 NAÇÕES UNIDAS, United Nations Global Compact. 2000. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/1831>>

Nestes acordos, verifica-se convergência normativa entre o regime internacional de investimentos e os padrões de responsabilidade empresarial, porém os ACFI não exigem as obrigações que constam do Capítulo sobre Direitos Humanos das diretrizes da OCDE: contar com (i) uma política de direitos humanos, (ii) a realização de *due diligence* em direitos humanos e (iii) mecanismos de remediação⁴¹. É preciso ressaltar que as cláusulas de responsabilidade socioambiental e as salvaguardas relacionadas aos direitos trabalhistas e à segurança e saúde não são idênticas em todos os acordos.

Já o Pacto Global da ONU foi iniciativa voluntária lançada em 2000, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletida em 10 princípios. Atualmente, mais de 700 empresas brasileiras aderiram ao Pacto⁴², que não tem mecanismo de monitoramento.

41 BORGES, CAIO. *A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiro*. In. RODRIGUES, Graziela (org). *Acordos de investimento à brasileira*. Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015.

42 NAÇÕES UNIDAS, “Em 2015, rede empresarial da ONU no Brasil cresceu 9%, chegando a 714 signatários, e já é a quarta maior do mundo”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pacto-global-da-onu-no-brasil-lanca-relatorio-anual-e-logomarca/>.

Em 2011, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU adotou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, oferecendo parâmetros globais para se prevenir e tratar de impactos negativos de direitos humanos relacionados com atividades empresariais, produto do ex-Relator Especial da ONU para Empresas e Direitos Humanos, o professor John Ruggie. Também, em 2011, foi criado o Grupo de Trabalho sobre empresas e direitos humanos da ONU (GT), cujo mandato inclui o desenvolvimento da implementação dos Princípios Orientadores.

Entre 7 e 16 de dezembro de 2015, dois integrantes do grupo visitaram o país a convite do governo brasileiro, cumprindo agenda em Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Mariana, Altamira e Belém. Foi a primeira visita realizada à região da América Latina e Caribe

Em 2016, o Grupo apresentou relatório técnico sobre o país na 32ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra. O documento apresenta questões cruciais acerca do atual estado de proteção dos direitos humanos no Brasil, principalmente no tocante aos grandes empreendimentos de infraestrutura, como a hidroelétrica de Belo Monte, ao agronegócio e aos mega-eventos, como a realização da Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Destaca problemas estruturais nos processos de licenciamento ambiental desses projetos e explicita a preocupação do grupo com a promíscua relação entre o capital privado e o poder público no país, criticando o alto grau de influência que as grandes

corporações têm no processo decisório e de formulação de legislações e políticas públicas, além da incoerente postura do Estado, que funciona como principal financiador de tais projetos através do banco estatal de desenvolvimento, o BNDES⁴³.

Apesar das relevantes críticas realizadas pelo Grupo de Trabalho ao Brasil, a leitura do relatório permite notar o foco dado ao ente estatal e o caráter voluntarístico definidor dos Princípios Orientadores: das 32 recomendações feitas no texto, apenas 7 são voltadas para as corporações⁴⁴.

Estas disposições têm como característica comum a intenção de exigir que as empresas respeitem *standards* sociais e ambientais, porém não são previstos mecanismos de sanção pelo não cumprimento⁴⁵. Com efeito, destaca-se que internamente os

43 HOMA, Grupo de trabalho da ONU sobre direitos humanos e empresas: Homa divulga análise do relatório da visita ao Brasil e lança campanha pelo tratado vinculante. 29 de junho de 2016. Disponível em: <http://homacdh.com/index.php/2016/06/29/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-direitos-humanos-e-empresas-homa-divulga-analise-do-relatorio-da-visita-ao-brasil-e-lanca-campanha-pelo-tratado-vinculante/>>

44 Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil. 12 May 2016. Human Rights Council Thirty-second session Agenda item 3. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>>.

45 “[...] responsabilidade social corporativa (RSC), embora tenham alimentado esperanças, possuem fragilidades que podem torná-los inócuos na prática. Sua linguagem, de baixa normatividade, é recheada de verbos exortatórios, como “incentivar”, “fomentar”, “estimular” e “apoiar”, mas que geram insegurança jurídica e carecem de mecanismos de implementação.” BORGES, CAIO. A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiro. In. RODRIGUES, Graziela (org). Acordos de investimento à brasileira. Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015.

tratados de direitos humanos em geral são poucos utilizados como argumentos jurídicos para defesa de direitos e que algumas decisões da justiça trabalhista que evocam a Declaração Universal, para equiparação de direitos, não fazem distinção entre as normas de hard law ou de soft law.

Nesse sentido, como tentativa de romper com a arquitetura da impunidade das transnacionais, em 2014, foi aprovada a Resolução 26/9 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, de iniciativa do Equador e da África do Sul, que estabeleceu um Grupo de Trabalho Intergovernamental de composição aberta para a elaboração de um instrumento vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas. Na ocasião, o Brasil se absteve na votação.

Em 2017, entre 23 e 27 de outubro, acontece a Terceira Sessão do GT do Tratado no Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, que avança mesmo sem o apoio dos países desenvolvidos do Norte Global.

2. Direitos humanos e empresas no Brasil: leis, normas, diretrizes.

Conforme relatado no tópico anterior, cada documento internacional ratificado pelo Estado Brasileiro se integra a legislação pátria, quando publicado e promulgado. Assim instrumentos internacionais passam a ter validade em âmbito nacional.

Nesse sentido, em matéria de direitos humanos e empresas no Brasil, um leque variado de leis, normas, diretrizes específicas e atos administrativos compõem o marco geral institucional

e jurídico, sobre o qual procuraremos destacar os aspectos estruturais neste tópico.

Em 1997, é criada a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SNDH) na estrutura regimental do Ministério da Justiça, em substituição à Secretaria dos Direitos da Cidadania (SDC) a quem cabia formular, normatizar e coordenar - em todo o Brasil - a política de defesa dos direitos da criança e do adolescente e defender os direitos das pessoas portadoras de deficiência. A SNDH foi criada e ampliou as competências da SDC passando a se responsabilizar também por: coordenar, gerenciar e acompanhar a execução do Programa Nacional de Direitos Humanos, promover a cooperação com os Organismos Internacionais, e coordenar a escolha e entrega do Prêmio Nacional de Direitos Humanos.

Com a criação da Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher - SEDIM, em maio de 2002, no âmbito do Ministério da Justiça - MJ, as ações de defesa e garantia dos direitos da mulher saíram da competência da Secretaria e passaram a ser de responsabilidade da SEDIM. Isso permitiu que os dois órgãos pudessem atuar de maneira mais eficiente e eficaz em suas respectivas áreas.

Em 1º de janeiro de 2003, é criada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH, a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres - SEPM e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - - SEPPIR. Com status de ministério, essas Secretarias são órgãos executivos articuladores de ações de promoção dos direitos humanos, da igualdade racial e

de gênero dentro do governo federal e com as demais instituições públicas, integrando a estrutura da Presidência da República exercendo seus titulares de fato e de direito, os cargos de Ministro/a de Estado.

Com a ruptura democrática, em 2016, o governo federal excluiu a pasta de direitos humanos da composição principal do governo, regredindo a SEDH ao status de secretaria do Ministério da Justiça. Em 2017, após mudanças institucionais, a secretaria recupera seu status ministerial, tornando-se novamente Ministério dos Direitos Humanos⁴⁶.

Como instrumentos de monitoramento e fiscalização das políticas públicas em direitos humanos no Brasil podem ser citadas a realização de Conferências nacionais, estaduais, e municipais de Direitos Humanos, na qual participam movimentos sociais e sociedade civil. Ainda, o controle social se dá também através dos Conselhos, órgãos de fiscalização e de deliberação.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 garantiu avanços significativos às questões relacionadas aos direitos humanos, incluindo no texto constitucional formas participativas de gestão e possibilitando a criação de mecanismos de participação e controle social, como, por exemplo, os conselhos de direitos, de políticas públicas e de gestão de políticas sociais específicas.

46 BRASIL, Criação de Ministério expressa preocupação com Direitos Humanos. 03 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/02/criacao-de-ministerio-revela-preocupacao-do-governo-com-direitos-humanos>>

Neste contexto os Conselhos de Direitos, criados por lei, se caracterizam como órgãos colegiados, permanentes, orientados pelo princípio da paridade, garantindo a representação de diferentes segmentos sociais, e tendo por incumbência formular, supervisionar e avaliar as políticas públicas nas esferas: federal, estadual e municipal.

Em âmbito nacional, constata-se a existência do Conselho Nacional de Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, entre outros. Constituem-se, portanto, espaços institucionais fundamentais para a construção democrática das políticas públicas e exercício da participação e legitimidade social.

Destaca-se que a própria existência destes órgãos em nível federal, acabou influenciando a estrutura federativa, com a criação de espaços semelhantes em estados e municípios. Entretanto, há um grande desafio para consolidar o processo de institucionalização dessas políticas, uma vez que esses novos órgãos precisam ser dotados de recursos (humanos, financeiros, gerenciais) que os empoderem e lhes permitam promover a implementação de políticas universais dentro de suas áreas de atuação⁴⁷.

Ainda, na busca pela implementação e maior efetividade na proteção dos direitos humanos dentro do território nacional,

47 CICONELLO, Alexandre. *Os avanços e contradições das políticas de Direitos Humanos no Governo Lula*. In. DE PAULA, Marilene (org). “Nunca antes na história desse país” ...? : um balanço das políticas do governo Lula. Rio de Janeiro, RJ : Fundação Heinrich Böll, 2011.

o governo brasileiro, por meio do Decreto Nº 7.037/2009, adotou a terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). O PNDH é considerado como um avanço na promoção dos direitos no Brasil, dando seguimento aos programas formulados durante o governo FHC (PNDH I - 1996 e PNDH II - 2002), e concretiza o que já está previsto nos inúmeros tratados internacionais que o Brasil ratificou no âmbito das Nações Unidas e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com destaque específico no tema de direitos humanos e empresas, destaque-se que a partir da adesão do Brasil às Diretrizes da OCDE, em 1997, criou-se o Ponto de Contato Nacional (PCN), coordenando pelo Ministério da Fazenda.

O Ponto tem como função, dentre outras, receber alegações de inobservância das recomendações sobre conduta empresarial responsável das Diretrizes da OCDE, com o objetivo de facilitar a resolução mediada de questões contidas nas alegações de inobservâncias, as quais podem ser apresentadas por qualquer parte diretamente interessada, pessoa física ou jurídica, incluídas as associações e entidades sindicais patronais e de trabalhadores. Foram feitas vinte e quatro denúncias entre 2003 e 2015 no Brasil⁴⁸.

48 Para saber mais sobre Ponto de Contato Nacional (PCN), ver: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/alegacoes/banco-de-dados-das-alegacoes-de-i-nobservancia-das-diretrizes-da-ocde>> ,

Não há informações sobre propostas normativas em curso ou debate nacional oficial sobre o marco internacional em matéria de direitos humanos e empresas.

3. Política Nacional em matéria de direitos humanos e empresas.

A partir da adoção dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2011, as Nações Unidas passaram a orientar os estados-membros a adotarem Planos de Ação Nacionais relativos à sua implementação. No Brasil, não há informações oficiais sobre um processo de elaboração de um plano ou política nacional em matéria de direitos humanos e empresas⁴⁹.

O país conta com Políticas Nacionais para Direitos Humanos desde 1996, atendendo ao chamado da Conferência de Viena⁵⁰ e após a I Conferência Nacional de Direitos Humanos, que também ocorre em 1996, quando foi publicado o primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos, agora conhecido como PNDH-I, que enfatizou os direitos civis e políticos. Desde então, as conferências têm sido realizadas periodicamente.

49 Em 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceu a importância do papel dos planos nacionais de ação como uma ferramenta para a promoção dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos e passou a encorajar todos os Estados a avançarem no desenvolvimento do plano.

50 A Conferência de Viena de 1993 recomendou em seu plano de ação, que os países deveriam elaborar Programas Nacionais de Direitos Humanos por meio dos quais os Estados avançariam na promoção e proteção dos direitos.

Em 2002, foi atualizado com o PNDH-II, que incorporou os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. A terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-III, publicado em 2009, é a política vigente e dá continuidade ao processo histórico de consolidação das orientações para concretizar a promoção e defesa dos Direitos Humanos no Brasil⁵¹, se referindo direta e indiretamente a questão da operação das empresas e impactos aos direitos humanos.

Publicado através do Decreto 7.037/2009, o Programa avança incorporando a transversalidade nas diretrizes e nos objetivos estratégicos propostos, na perspectiva da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, tendo como instrumento fundamental a realização da 11^a Conferência Nacional dos Direitos Humanos.

A 11^a Conferência Nacional dos Direitos Humanos, realizada em Brasília entre 15 e 18 de dezembro de 2008, foi um momento onde representantes do poder público e das organizações da sociedade civil e movimentos sociais avaliaram a situação dos direitos humanos no país e estabeleceram diretrizes e metas para o novo Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH⁵².

51 Ver mais em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>.

52 TERRA DE DIREITOS. Programa Nacional de Direitos Humanos: Efetivar Direitos e Combater as Desigualdades. 10 de maio de 2010. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/2010/05/10/programa-nacional-de-direitos-humanos-efetivar-direitos-e-combater-as-desigualdades/>>.

Apesar da sociedade civil ter destacado dificuldades metodológicas, ausência de orçamento adequado, a pouca participação dos movimentos sociais e defensores de direitos humanos oriundos das regiões distantes das capitais, considera-se que o PNDH-III foi construído de forma participativa, tendo o mesmo incorporado as resoluções da Conferência e propostas aprovadas nas mais de 50 conferências nacionais temáticas, promovidas desde 2003, refletindo um amplo debate democrático sobre as políticas públicas dessa área. A etapa nacional, realizada em dezembro de 2008, reuniu duas mil pessoas⁵³.

Dessa forma, o PNDH-3 foi estruturado em seis eixos orientadores, subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas, que incorporam ou refletem os 7 eixos, 36 diretrizes e 700 resoluções aprovadas na 11ª Conferência, como fechamento do processo desenvolvido no âmbito local, regional e estadual. O Programa também incluiu propostas aprovadas em cerca de 50 conferências nacionais temáticas realizadas desde 2003 sobre igualdade racial, direitos da mulher, segurança alimentar, cidades, meio ambiente, saúde, educação, juventude e cultura.

O programa é estruturado nos seguintes eixos orientadores: interação democrática entre estado e sociedade civil; desenvolvimento e direitos humanos; universalizar direitos em um contexto de desigualdades; segurança pública, acesso à justiça e

53 Idem.

combate à violência; educação e cultura em direitos humanos e direito à memória e à verdade.

Duas dimensões foram consideradas estruturantes na construção do PNDH III pela sociedade civil: a universalização dos direitos em um contexto de desigualdades e o impacto de um modelo de desenvolvimento insustentável e concentrador de renda na promoção dos direitos humanos⁵⁴.

Importante destacar também que o PNDH-III faz especial referência ao papel estratégico dos meios de comunicação de massa, no sentido de construir ou desconstruir ambiente nacional e cultura social de respeito e proteção aos Direitos Humanos, ressaltando a necessidade de introduzir mudanças que assegurem ampla democratização desses meios, bem como de atuar permanentemente junto a todos os profissionais e empresas do setor (seminários, debates, reportagens, pesquisas e conferências), para sensibilizar e conquistar seu compromisso ético com a afirmação histórica dos Direitos Humanos.

O programa também prevê Planos de Ação a serem construídos a cada dois anos, sendo fixados os recursos orçamentários, as medidas concretas e os órgãos responsáveis por sua execução. Não foram encontradas informações sobre a existência efetiva destes Planos de Ação.

Com relação ao tema desenvolvimento, no eixo orientador II, o PNDH III estabeleceu que nos projetos e empreendimen-

54 Idem.

tos com grande impacto socioambiental, deveria ser garantida a participação efetiva das populações atingidas, assim como prevê ações mitigatórias e compensatórias.

O Programa considera fundamental fiscalizar o respeito aos Direitos Humanos nos projetos implementados pelas empresas transnacionais, bem como seus impactos na manipulação das políticas de desenvolvimento. Nesse sentido, avalia como importante mensurar o impacto da biotecnologia aplicada aos alimentos, da nanotecnologia, dos poluentes orgânicos persistentes, metais pesados e outros poluentes inorgânicos em relação aos Direitos Humanos⁵⁵. Ademais, o PNDH III avançou ao estabelecer diretrizes e ações destinadas à proteção da terra e dos territórios tradicionais.

Dentre as diretrizes estabelecidas no PNDH-III que se relacionam com o tema de empresas e direitos humanos, destacamos:

55 Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - - ver. e atual. - - Brasília : SEDH/PR, 2010. Pag. 43.

Diretriz	Objetivo estratégico	Ações programáticas
Diretriz 4: Efetivação de modelo de desenvolvimento sustentável, com inclusão social e econômica, ambientalmente equilibrado e tecnologicamente responsável, cultural e regionalmente diverso, participativo e não discriminatório	Objetivo estratégico I: Implementação de políticas públicas de desenvolvimento com inclusão social	e) Incentivar as políticas públicas de economia solidária, de cooperativismo e associativismo e de fomento a pequenas e micro empresas.
Diretriz 5: Valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento.	Objetivo estratégico I: Garantia da participação e do controle social nas políticas públicas de desenvolvimento com grande impacto sócioambiental.	g) Apoiar a incorporação dos sindicatos de trabalhadores e centrais sindicais nos processos de licenciamento ambiental de empresas, de forma a garantir o direito à saúde do trabalhador
	Objetivo estratégico II: Afirmação dos princípios da dignidade humana e da equidade como fundamentos do processo de desenvolvimento nacional.	c) Instituir um código de conduta em Direitos Humanos para ser considerado no âmbito do poder público como critério para a contratação e financiamento de empresas e) Ampliar a adesão de empresas ao compromisso de responsabilidade social e Direitos Humanos

<p>Diretriz 7: Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena.</p>	<p>Objetivo estratégico VI: Garantia do trabalho decente, adequadamente remunerado, exercido em condições de equidade e segurança.</p>	<p>g) Combater as desigualdades salariais baseadas em diferenças de gênero, raça, etnia e das pessoas com deficiência.</p> <p>h) Acompanhar a implementação do Programa Nacional de Ações Afirmativas, instituído pelo Decreto nº 4.228/2002, no âmbito da administração pública Eixo Orientador III Programa Nacional de Direitos Humanos-3 83 federal, direta e indireta, com vistas à realização de metas percentuais da ocupação de cargos comissionados pelas mulheres, populações negras e pessoas com deficiência. [...]</p> <p>Recomenda-se a fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) do cumprimento de cotas de contratação de pessoas com deficiência nas empresas, principalmente nas que são contratadas pelo poder público</p> <p>j) Elaborar diagnósticos com base em ações judiciais que envolvam atos de assédio moral, sexual e psicológico, com apuração de denúncias de desrespeito aos direitos das trabalhadoras e trabalhadores, visando orientar ações de combate à discriminação e abuso nas relações de trabalho.</p> <p>l) Promover incentivos a empresas para que empreguem os egressos do sistema penitenciário</p>
	<p>Objetivo estratégico VII: Combate e prevenção ao trabalho escravo</p>	<p>e) Identificar periodicamente as atividades produtivas em que há ocorrência de trabalho escravo adulto e infantil.</p> <p>h) Atualizar e divulgar semestralmente o cadastro de empregadores que utilizaram mão-de-obra escrava.</p>

Diretriz 8: Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação.	Objetivo estratégico IV: Enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes	e) Estimular a responsabilidade social das empresas para ações de enfrentamento da exploração sexual e de combate ao trabalho infantil em suas organizações e cadeias produtivas.
Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos.	Objetivo estratégico I: Ampliação do controle de armas de fogo em circulação no país	b) Propor reforma da legislação para ampliar as restrições e os requisitos para aquisição de armas de fogo por particulares e empresas de segurança privada

4. Marco jurídico sobre responsabilidade extraterritorial de empresas no país

No contexto atual, verifica-se cada vez mais o estabelecimento de empresas estrangeiras em outros países por meio de subsidiárias, sucursais e filiais, que se reportam diretamente à matriz, acentuando desta forma a presença e atuação de corporações transnacionais pelo globo. As vítimas de violações de direitos humanos cometidas por estas empresas encontram obstáculos vultosos em acessar justiça, por diferentes fatores, entre os quais a própria distância da empresa-matriz. Compondo este fenômeno, destaca-se que geralmente as empresas são provenientes de países desenvolvidos e as subsidiárias instaladas em países do sul global.

Nesse sentido, o exercício da jurisdição extraterritorial é identificado como um dos principais instrumentos necessários para a responsabilização de transnacionais por violações de direitos humanos, como uma exceção à regra do Direito de que cada Estado possui soberania apenas sobre seu território. A ex-

traterritorialidade permite que um Estado exerça sua jurisdição extraterritorialmente, de forma que um ente fixado em um país possa ser regido por normas de outro, não respondendo, ainda que parcialmente, às normas do território onde se estabeleceu fisicamente.

A Lei 12.529 de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê explicitamente sua aplicação extraterritorial, no art. 2º, no qual dispõe que a lei será aplicada “sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

A análise deste artigo indica que o legislador optou por adotar expressamente duas teorias para justificar o exercício da jurisdição extraterritorial do Estado. A primeira tem por base o princípio da territorialidade, contemplada no trecho referente “às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional e a segunda tem por base o princípio dos efeitos territoriais (potenciais ou reais), contemplada no trecho “ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”⁵⁶.

Isto é, interessa, portanto, o local da atividade para identificar se as práticas estão sujeitas à jurisdição do Sistema Bra-

56 MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: balanço e perspectivas. In. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101. p. 1047 – 1075. jan./dez. 2006.

sileiro de Defesa da Concorrência. Tendo a prática sido iniciada, concluída ou cometida inteiramente no Brasil, estaria sujeita à lei antitruste nacional, mas são os efeitos do ato cometido no todo ou em parte no território nacional, que qualificam o Estado para se julgar competente para conhecer o ato.

Com efeito, no Brasil é aplicada a Territorialidade Objetiva ou Teoria dos Efeitos, pela qual o Estado tem jurisdição sobre os atos praticados no exterior, mas que tenham produzido efeitos internamente, aplicando-se uma ficção jurídica para alargar a competência⁵⁷. O artigo mencionado inclui expressamente as práticas que possam produzir efeitos, ainda que potencialmente, ao mercado nacional, tendo elas ocorrido no país ou não⁵⁸.

57 FIORATI, Jete Jane; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Novas vertentes do direito do comércio internacional. Jete Jane Fiorati e Valério de Oliveira Mazzuoli, coordenadores. Barueri, SP: Manole, 2003.p.94-95.

58 “[...] a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem aos poucos tentando fixar critérios para o exercício da jurisdição brasileira sobre atos de concentração entre empresas estrangeiras que causem efeitos no país. Merecem ser analisados os casos em que o CADE julgou-se incompetente para conhecer um ato, dentre os quais destacam-se os referidos abaixo. No caso Pacific Cycle, LLC e Schwinn/GT Corp., o CADE determinou o arquivamento do processo sem julgamento de mérito uma vez que entendeu que uma operação que envolve empresas sem qualquer tipo de representação própria no Brasil e que apenas uma delas tinha vendas insignificantes ao Brasil (inferiores a 0,5% do mercado relevante) por meio de revendedores independentes não deveria ser submetida ao SBDC. Esse entendimento foi aplicado no julgamento do caso Assa Abloy AB e Besam AB,¹² que envolvia empresas suecas. A Besam AB atuava no mercado brasileiro por meio de poucas exportações, sendo que no ano anterior à operação havia vendido uma única porta no Brasil. A Assa Abloy não oferecia qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação. O CADE considerou que a operação era incapaz de causar efeitos no Brasil, ainda que potenciais, arquivando o processo sem julgamento de mérito” In. MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição Extraterritorial em Direito

Convém mencionar que a lei ainda dispõe que reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, no §1º do artigo 2º, e no §2º que a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos na lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Da análise destes verifica-se que a lei antitruste inclui o agente ou representante da empresa estrangeira, o que possibilita o alcance mais rápido da empresa estrangeira, tornando desnecessária a emissão de cartas rogatórias⁵⁹.

O artigo 36 da mesma lei dispõe: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Verifica-se que não há qualquer limitação aos atos, mantendo-os com maior abrangência, excluindo a questão da culpa, garantindo abrangência extraterritorial à legislação.

da Concorrência: balanço e perspectivas. In. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101. jan./dez. 2006. Pág. 1064.

59 Em linha com esses dispositivos, a determinação do art. 40, § 3º da lei 12.529/2011: “Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

Com relação a jurisdição do Brasil sobre condutas cometidas no exterior, convém ressaltar que o número de investigações é reduzido.

Além das previsões da Lei 12.529 de 2011, o Estado Brasileiro dispõe sobre extraterritorialidade no artigo 7^a do Código Penal, sobre extraterritorialidade da lei penal, no qual enumera situações nas quais atos praticados fora do território nacional são considerados sob jurisdição territorial do país:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça

Verifica-se extraterritorialidade incondicionada no caso do Inciso I, que determina a aplicação do ordenamento pátrio mesmo que o conflito já tenha sido apreciado em outro país, independente de seu resultado. No caso do Inciso II e do §3º, constata-se extraterritorialidade condicionada quando a lei dispõe que os fatos só serão julgados pela lei brasileira se cumpridos os requisitos das alíneas “a” e “e”.

Ainda sobre jurisdição extraterritorial, cumpre destacar que Código Penal brasileiro também dispõe, no artigo 8º, que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. Já com relação à territorialidade, em redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984, prevê o Código Penal:

Art. 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as ae-

ronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

Assim, para crimes cometidos em aeronaves e embarcações públicas ou a serviço do país, deve ser aplicada a lei brasileira, bem como às embarcações e aeronaves brasileiras e estrangeiras privadas que estejam dentro do espaço territorial brasileiro.

Ademais, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 5264/09, do deputado Fernando Gabeira (PV-RJ), que impede empresas brasileiras que tenham cometido crimes no exterior de participar de licitações públicas ou de serem contratadas por órgãos das três esferas administrativas (federal, estadual, e municipal).

O projeto define como crime todos os atos de natureza empresarial considerados ilícitos pela legislação brasileira, pelas leis do país onde a empresa estiver instalada ou por tratados internacionais assinados pelo Brasil. Isso envolve, por exemplo, práticas ilegais de natureza comercial, industrial, de prestação de serviços, transferência e exploração de tecnologia. Não há previsão para votação.

5. Responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos: disposições constitucionais, legais e regulamentárias.

Da análise sobre os instrumentos jurídicos relacionados à regulação e eventual responsabilização de empresas por violações aos direitos humanos no Brasil verifica-se a existência de um sistema jurídico que, em tese, atenderia às necessidades de prestação jurisdicional pela garantia de direitos. No entanto, uma gama de fatores impõe a manutenção da arquitetura de impunidade das empresas, em grande parte em decorrência de um fenômeno denominado captura do Estado por interesses corporativos⁶⁰.

60 “O interessante de destacar é, novamente, o já antigo temor pela cooptação ou captura dos reguladores ou legisladores por parte dos grupos de interesse, em especial do empresariado. [...] Estritamente falando, a teoria da captura é uma mistura da visão funcionalista ou de interesse público (particularmente sobre o início do ciclo de vida das agências reguladoras), para dar lugar a uma proeminência dos interesse privado, uma vez capturado ou pervertidos. Deve-se ressaltar que a teoria econômica da regulamentação (incluindo as suas diferentes variações) popularizada por Stigler, Peltzman e outros, foi também conhecida como teoria da captura.[...] A noção de captura introduzida por estas aproximações teóricas iniciais (nas quais se destaca a anteriormente aludida) e que foram elaboradas principalmente por cientistas políticos, assumiam, em termos gerais, que com o transcurso de tempo a regulação terminaria por servir aos interesses daquele segmento da indústria envolvido.” Ver mais em: GUZMÁN, Juan José. *¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones*. In. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N0 1, 2008. pp. 9 – 35. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100002>; e HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel, *Confronting the Challenge of the State Capture in Transition Economies*. Finance and Development, September 2001, Volume 38, Número 3. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/hellman.htm>>

A seguir, serão apresentados os principais instrumentos e disposições relativas à responsabilização das empresas e, posteriormente, uma análise sobre os fatores que permitem ou impedem que as mesmas sejam responsabilizadas por violações de direitos humanos.

Primeiramente, há algumas características importantes do regime constitucional brasileiro de direitos fundamentais que devem ser mencionados. O artigo 5º, §1º, estabelece que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que significa que a falta de legislação ordinária não pode ser utilizada como uma escusa para a não aplicação direta dos direitos fundamentais; rompendo com a doutrina de que os direitos sociais e econômicos deveriam ser vistos como programáticos e incrementais.

A carta magna reconhece a importância do devido processo legal por meio do inciso LIV do Artigo 5º, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Os princípios do contraditório e da ampla defesa também são contemplados pelo documento, previstos no inciso LV do mesmo artigo.

A Constituição estabelece expressamente a responsabilidade penal de empresas apenas para casos de danos ambientais ou de crimes contra a ordem econômica⁶¹, o que não exclui a obrigação de atores privados de respeitar a totalidade dos seus disposi-

61 Artigo 225, § 3º, CF – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

tivos. Inclusive, a Constituição criou diversas obrigações para que os legisladores punissem a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

Ademais, o artigo 5º, XXXV, dispõe que leis não excluem da apreciação do judiciário nenhuma ameaça ou violação a um direito fundamental, de forma que se interpreta que todas as pessoas podem recorrer ao judiciário para demandar um remédio para qualquer violação de um direito fundamental, independente de ter cometida pelo Estado ou por atores privados.

Com efeito, é importante destacar que a Constituição de 1988 estabeleceu diversos novos instrumentos para promover a implementação dos direitos, como o mandado de injunção⁶² e o habeas data⁶³, e expandiu o escopo de instrumentos tradicionais, como o mandado de segurança⁶⁴ e a ação civil pública⁶⁵.

62 Artigo 5º, LXXI, CF - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

63 Artigo 5º, LXXII, CF - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

64 Artigo, 5º LXIX, CF - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

65 Art. 129, CF - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

São três os âmbitos de responsabilização no direito brasileiro: o civil, que decorre do cometimento de ato (lícito ou ilícito) que causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral; o penal, quando se constata o cometimento de ato definido como crime ou contravenção penal; e o administrativo, oriundo do descumprimento de normas exaradas no âmbito administrativo, ou seja, no exercício da competência que tem a administração pública para dar concretude à lei na consecução do interesse público.

Uma das grandes vantagens da responsabilização da empresa no âmbito civil no Brasil é a que esta não estabelece distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, podendo ambas ser responsáveis em casos de violação⁶⁶. Isso porque o Código Civil Brasileiro estabelece, no artigo 927, que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. No artigo 186, ato ilícito é definido como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito de alguém, ainda que exclusivamente moral”.

Com relação à responsabilização de empresas, destaque-se o artigo 187 também do Código Civil, que dispõe que “Também comete ato ilícito aquele que, embora sendo titular de um direito, exerce-o excedendo os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé ou pelos costumes”.

66 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). *Acesso a Justiça: violações de direitos humanos por Empresas- Brasil*. 2011. Pág. 7. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos-site/Brasil%20ElecDist-6\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Brasil%20ElecDist-6(1).pdf)>

Ademais, a lei civil, artigo 927, estabelece que “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outra pessoa, esta obrigação independe de culpa”. Nesse sentido, mesmo que a culpa seja, por regra, o fundamento para a responsabilidade civil, há hipóteses em que a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, independe da ação culposa, bastando verificar o nexo de causalidade entre o fato e o dano⁶⁷.

Como exemplo de casos de responsabilidade objetiva previstas em lei, está a do empregador por seus empregados ou prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele⁶⁸. Cumpre ressaltar que, além da responsabilidade por ato ilícito, a responsabilidade civil objetiva também pode decorrer do exercício de atividade lícita, como é o caso da responsabilidade pelo risco da atividade, casos em que o agente desenvolve uma atividade lícita que oferece risco à vida, à saúde ou a outros bens e direitos das pessoas⁶⁹.

Com relação à responsabilização de empresas em âmbito penal, conforme anteriormente mencionado, a Constituição Federal determina explicitamente que a pessoa jurídica responde

67 Idem. Pág. 8.

68 Artigo 923, III, CC: São também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

69 Artigo 927, parágrafo único, CC: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

penalmente por infrações praticadas contra a ordem econômica e contra o meio ambiente. No entanto, até o momento, apenas as infrações contra o meio ambiente receberam regulamentação legal pela Lei n. 9.605/98, de forma que esta é a única hipótese no direito brasileiro em que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pela violação de direitos⁷⁰.

No entanto, ainda que a própria empresa não possa ser responsabilizada penalmente, seus dirigentes e funcionários podem, uma vez que a responsabilização penal no direito brasileiro baseia-se na imputação individual, isto é, sobre pessoas físicas.

A responsabilização em âmbito administrativo se dá via sanção administrativa, que podem ser: advertência, multa, cassação de licença e declaração de inidoneidade para licitar; em âmbito de processo administrativo, aplicada por autoridade administrativa. Ressalte-se que a administração tem ainda o poder para firmar termos de ajustamento de conduta – TACs e termos de compromisso de cessação – TCCs.

Em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, as decisões tomadas em âmbito administrativo podem ser questionadas judicialmente. Nesse sentido, muitas medidas adotadas nesse âmbito com o objetivo de fazer cessar violações ou permitir a reparação de danos causados são levadas ao judiciário para nova apreciação.

70 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 8.

Além da responsabilização em âmbito civil, penal e administrativo, empresas também podem ser responsabilizadas por violações a direitos trabalhistas, ao direito ambiental e ao direito do consumidor.

Com efeito, a Constituição dispõe sobre direitos específicos dos trabalhadores⁷¹, além de estabelecer que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos da República⁷², e que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano⁷³. No âmbito infraconstitucional, a principal fonte sobre direitos trabalhistas é a Lei no 5.452/43, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

71 Artigo 7º, IV, XIII, XVIII, XXII e XXX, CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

72 Artigo 1º, III e IV, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

73 Artigo 170, caput, CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Com relação a violações de direitos dos trabalhadores, o Código Penal também traz dispositivos específicos, a exemplo da proibição de trabalho análogo à escravidão e dos crimes contra a organização do trabalho, contra a liberdade de trabalho e contra a liberdade de associação.

Ressalta-se, porém, que mesmo estes dispositivos do Código Penal não tratam da responsabilização da pessoa jurídica, de forma que, caso uma empresa pratique um desses delitos e se pretenda aplicar a responsabilidade penal como forma de imputação, seria necessário individualizar a conduta em uma pessoa física dentro da empresa⁷⁴.

Uma vez que a Constituição brasileira dedica especial atenção ao meio ambiente⁷⁵, a Carta estabelece que a responsabilização por danos ambientais poderá se dar em diferentes âmbitos, ao estabelecer que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” no §3º do artigo 225.

Nesse sentido, além da responsabilização civil, o ordenamento jurídico brasileiro prevê também a responsabilização penal e administrativa em relação a crimes contra o meio ambiente. De acordo com a lei 9.605/98, tanto as pessoas jurídicas quanto as

74 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 12.

75 Artigo 225, CF- “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

peças físicas podem ser responsabilizadas pela prática de crimes ou infrações ambientais.

Para que a pessoa jurídica seja responsabilizada, a infração ou crime tem de ser cometido por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade⁷⁶. O artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98 dispõe ainda que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Ademais, cumpre destacar que a exigência constitucional do licenciamento ambiental permite que as empresas sejam responsabilizadas vícios e carências do estudo de impacto ambiental (EIA); não elaboração ou irregularidade do estudo de componente indígena; ausência de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas e comunidades tradicionais possivelmente impactados; e pode implicar na nulidade das licenças concedidas.

Quanto à responsabilização por violações ao direito do consumidor, cumpre destacar que, em 1990, o Brasil adota um Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal nº 8.078/90. Com vistas a garantir esses direitos, no seu artigo 6º, o Código afirma que são direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no

76 Artigo 3º, caput, Lei nº 9.605/98: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; promove a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, exige a divulgação de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; proíbe a publicidade e as práticas enganosas e abusivas; bem como o estabelecimento de prestações contratuais desproporcionais, entre outros.

Como remédios legais disponíveis no país é importante destacar o trabalho das instituições públicas e interesse público: Ministério Público e da Defensoria Pública; e os instrumentos judiciais de habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, ação popular, ações de controle concentrado de constitucionalidade, ação civil pública, ação de indenização civil. Dentre esses, destacaremos abaixo o que mais se relacionam com a temática de responsabilização de empresas por violações de direitos humanos.

Por previsão constitucional, do artigo 127, o Ministério Público tornou-se uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, em outras palavras, do interesse público e dos direitos fundamentais.

O Ministério Público tem a prerrogativa de iniciar inquéritos civis, investigação administrativa, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender,

servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais⁷⁷. Ao término do Inquérito Civil o Ministério Público poderá propor uma ação civil pública, celebrar um termo de ajustamento de conduta ou pedir arquivamento.

Já a Defensoria Pública é uma instituição oriunda da previsão do artigo 5º, LXXIV, da Constituição, que determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A fim de garantir este direito, a Constituição determinou que os estados e o governo federal criassem Defensorias Públicas, consideradas essenciais à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

A ação civil pública é instrumento voltado a amparar danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem urbanística, por infração da ordem econômica e da economia popular, bem como outros interesses difusos e coletivos; e é disciplinada pela Lei 7.347/85. A ação civil pública pode ser usada tanto contra atores públicos como privados que violem direitos fundamentais, podendo, inclusive, ter caráter preventivo.

77 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 34.

De acordo com artigo 5º, Lei 7.347/85, são legitimados para a propositura de ação civil pública: “o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Trata-se de expressamente de rol não exaustivo, tendo tal mecanismo a intenção de proteger qualquer outro direito difuso ou coletivo.

As ações civis públicas podem ter por objeto a condenação em dinheiro ou a imposição de obrigação de fazer ou não fazer, e as suas sentenças geram efeitos erga omnes⁷⁸, dentro dos limites da competência territorial do órgão prolator, ou seja, possuem efeitos que se aplicam à coletividade, para além das partes envolvidas, o que demonstra seu potencial como instrumento capaz de cessar violações amplas de direitos humanos⁷⁹.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi introduzido no direito brasileiro em 1990, através do art. 211 da Lei Federal nº 8.069/9069 - o Estatuto da Criança e do Adolescente

78 Artigo 16 da Lei nº 7.347/85: A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

79 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 26.

(ECA). Logo após, o art. 113 da Lei Federal nº 8.078/9070 - o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - modificou a Lei Federal nº 7.347/85 (a Lei da Ação Civil Pública), acrescentando que os órgãos públicos legitimados poderiam tomar dos interessados “Termo de Ajustamento de Conduta” às exigências legais. Atualmente o instituto ganhou previsão expressa no Novo Código de Processo Civil, no art. 174, III.

O TAC é um instrumento preventivo e reparatório de lesões aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pelo qual uma pessoa física ou jurídica assume perante um órgão público legitimado o compromisso de ajustar-se às exigências estabelecidas em lei para prevenir ou reparar dano causado por ato comissivo ou omissivo considerado ilícito⁸⁰.

A parte responsável pela ameaça ou lesão aos referidos direitos assume a obrigação de realizar ou de se abster de realizar certa conduta ou obriga-se a compensar ou a indenizar o dano por ela causado que não possa ser reparado in natura. Para garantir a eficácia do TAC é possível a fixação de sanções, inclusive multa, que serão aplicadas enquanto a conduta do compromissário devedor não se ajustar às exigências legais.

O TAC pode ser considerado como uma via desburocratizada e mais ágil para que se atenda às demandas de determinados grupos que tenham seus direitos violados; no entanto, tem sido

80 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 36.

usado de forma errônea de forma a gerar vantagens maiores para o violador⁸¹.

A análise de alguns casos expõe as fragilidades do TAC, sendo o caso da TKCSA (THYSSENKRUPP-Companhia Siderúrgica do Atlântico) o mais emblemático nesse aspecto. A empresa operou de 2008 a 2016 no Rio de Janeiro, sem a licença ambiental concedida pelo órgão ambiental, se valendo de um TAC celebrado com o Instituto Estadual do Ambiente (Inea) do Rio de Janeiro, cujo prazo foi prorrogado através de três termos aditivos.

Análises independentes apontam a mitigação das condições originariamente previstas, o que significaria uma flexibilização das obrigações socioambientais devidas por parte da empresa⁸². A impossibilidade de suprimento da ausência de licença ambiental pela mera existência de um TAC não é o que prevalece em relação aos megaempreendimentos⁸³.

Inclusive, hipoteticamente, uma empresa pode seguir em operação, se celebrado TAC junto ao MPT, ainda que conte com várias denúncias de violações aos direitos dos trabalhadores⁸⁴. Nesse sentido, sob uma perspectiva crítica, os TACs podem ser

81 HOMA, *Direitos Humanos e Empresas – o Estado da Arte do Direito Brasileiro*, UFJF, 2016. Pág. 29.

82 INSTITUTO POLÍTIAS ALTERNATIVAS PARA O CONE SUL – PACS, *Companhia Siderúrgica do Atlântico – TKCSA Impactos e Irregularidades na Zona Oeste do Rio de Janeiro*. 2ª edição - revisada e atualizada. Novembro, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.pacs.org.br/files/2013/01/CSA.pdf>.

83 HOMA, *Direitos Humanos e Empresas – o Estado da Arte do Direito Brasileiro*, UFJF, 2016. Pág 30.

84 Idem.

encarados como um instrumento de baixa efetividade, ao permitirem o esvaziamento dos conflitos, reduzindo-os a meras questões técnicas, na medida em que se prestam a conferir uma roupagem formal que permite a flexibilização de normas e continuidade do dano⁸⁵.

Por fim, destacamos algumas prerrogativas processuais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro que visam garantir o bom e célere andamento do processo, bem como resguardar o fim por ele pretendido, as quais também compõem o cenário da responsabilização de empresas por violações de direitos humanos no país.

Entre essas, merece destaque a possibilidade de conceder-se a antecipação da tutela ou liminar, medida de natureza provisória que antecipa os efeitos da sentença requerida com vistas a assegurar a efetividade do resultado final do processo. Estabelece o artigo 273, I e II, do Código de Processo Civil que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (i) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (ii) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Outra prerrogativa processual importante é a possibilidade do juiz multar a parte que litigar de má-fé⁸⁶. Considerando

85 Idem. Pag. 31.

86 Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Artigo

elevado poder econômico de alguns litigantes, é punir medidas que visem dificultar o bom andamento do processo torna-se de suma relevância⁸⁷.

Um terceiro instrumento essencial para a efetividade das decisões judiciais é a possibilidade de a parte requerer e o juiz fixar multa diária ao réu em caso de descumprimento de obrigação determinada tanto em sede de liminar, quanto de sentença⁸⁸. Tal medida costuma ser relevante, por exemplo, para obrigar empresas de grande poder econômico a cumprir as decisões judiciais.

Por fim, a última ferramenta que merece ser mencionada é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, medida que pode ser utilizada para responsabilização de empresas.

79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente; Artigo 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

87 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 30.

88 Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: Artigo 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção ao artigo 1.052 do Código Civil que estabelece que, na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Isto é, os sócios respondem apenas pelo valor das quotas com que se comprometeram no contrato social. Via de regra, esse é o limite de sua responsabilidade.

O direito brasileiro prevê situações em que se permite a separação patrimonial entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas por trás dela. Por exemplo, o artigo 50 do Código Civil brasileiro estabelece que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, é possível que os efeitos de certas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. A desconsideração não acarreta extinção da pessoa jurídica e pode ser adotada em qualquer fase do processo⁸⁹.

Não apenas o Código Civil trata da desconsideração da personalidade jurídica. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)⁹⁰, a lei no 9.605/98, que trata de crimes contra o meio am-

89 A aplicação da teoria da desconsideração, não implica a anulação da pessoa jurídica, apenas sua ineficácia no caso concreto analisado, pois, o seu véu impede a composição da lide de forma a possibilitar por parte do juízo a verificação da origem e responsabilidade do fato delituoso, assim, a sua desconsideração possui validade apenas para aquele ato, declinando a responsabilidade para pessoa do representante que abusou do direito. In. SMITH, Juliane. *Teoria da aparência: Uma análise crítica ao artigo 50 e 1.015 do Código Civil de 2002*. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre n. 63 maio 2009 – set. 2009 p. 19-37. Pág. 27.

90 Artigo 2º, §2º, Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) - sempre que uma

biente⁹¹, e o Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁹² também tratam expressamente da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, alguns instrumentos disponíveis em âmbito legislativo podem ainda ser utilizados para tratar de violações de direitos humanos, dentre os quais merece destaque o papel das Comissões. No artigo 168, a Constituição Federal dispõe que cabe às Comissões do Congresso Nacional, entre outros: a) realizar audiências com entidades da sociedade civil; b) convocar Ministros de Estado para prestar informações; c) solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; d) receber reclamações de qualquer pessoa contra atos ou omissões de autoridades ou entidades públicas.

ou mais empresas com personalidade jurídica própria e distinta, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

91 Artigo 4º, Lei 9.605/98: Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

92 Artigo 28, Código de Defesa do Consumidor: O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração; [...] §2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código; [...] §5º sempre que a personalidade for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, a desconsideração poderá ocorrer.

Dentre os fatores que impedem a responsabilização das empresas no país, um dos mais relevantes é a interposição da suspensão de segurança, instrumento processual cujas origens remontam a um período de exceção, o Estado Novo (1937-1945), que permite suspender decisões e sentenças contrárias ao poder público quando estejam presentes os motivos políticos ensejadores, quais sejam evitar “lesão à ordem pública” e “lesão à economia pública”, sem que o assunto de fundo seja debatido⁹³.

A suspensão de segurança nasce com a primeira lei que disciplina o mandado de segurança (Lei 191/1936), que previa a possibilidade da suspensão de uma decisão contrária ao Poder Público caso fosse lesiva ao interesse público. No entanto, é já no período democrático que o instrumento ganha maior amplitude através da Lei n. 8437/1992, alcançando os feitos que versam sobre direitos coletivos, alcançando as ações civis públicas, ações cautelares inominadas contra o poder público e ações populares⁹⁴. Atualmente, é disciplinado pelo art. 15 da Lei 12.016/2009, que condensa em um único diploma legal o tratamento do mandado de segurança individual e coletivo.

93 OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia do Amaral. Suspensão de liminar e usinas hidrelétricas: a flexibilização do licenciamento ambiental por via judicial In. Ocekadi : hidrelétricas, conflitos socioambientais e resistência na Bacia do Tapajós / Daniela Fernandes Alarcon, Brent Millikan e Mauricio Torres, organizadores. -- Brasília, DF : International Rivers Brasil ; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016. Pág. 217.

94 HOMA, *Direitos Humanos e Empresas – o Estado da Arte do Direito Brasileiro*, UFJF, 2016. Pág. 26.

Assim, a suspensão de segurança ou liminar e antecipação de tutela (SLAT)⁹⁵ é um instrumento judicial que permite ao presidente de um tribunal suspender a execução de sentenças e liminares assinadas por juízes de instância inferior para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (Lei nº 8.437/1992, artigo 4º)⁹⁶. Diferentemente dos instrumentos processuais comuns, que podem ser manejados por qualquer parte do processo, a SLAT só pode ser utilizada por pessoa jurídica de direito público (União, estados, municípios, autarquias e fundações públicas) e pelo Ministério Público.

Embora a lei só preveja esses dois casos de *legitimidade ativa*, os tribunais brasileiros admitiram recentemente que empresas de capital privado – como a mineradora Vale S.A., no caso da duplicação da Estrada de Ferro Carajás– fizessem uso do recurso, sob o argumento de que prestariam serviços de “interesse público”⁹⁷.

95 A suspensão de liminar e a suspensão de segurança (SS) se equivalem em procedimento e finalidade. No entanto, a segunda se aplica especificamente às decisões em mandado de segurança, conforme previsto no artigo 15 da Lei nº 12.016/2009. Ocorre que no Brasil freqüentemente a suspensão de liminar é confundida com a suspensão de segurança, e assim é denominada no linguajar comum.

96 “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

97 “Note-se que é comum nas regiões onde são implementados grandes projetos – muitas vezes marcadas pela ausência do Estado e da prestação de ser-

Enquanto decisões *comuns* permanecem válidas até que sobrevenha nova decisão (provisória ou definitiva), a decisão em SLAT perdura até que o processo principal tenha uma sentença de caráter irrecorrível, de acordo com a Lei nº 8.437/1992, artigo 4º, § 9º. Essas características tornam a SLAT um fator de desequilíbrio processual em favor do Estado.

Esta característica viola expressamente diversas garantias fundamentais, na medida em que a utilização do instituto tem servido à manutenção de grandes projetos de infraestrutura que ignoram normas socioambientais ou áreas reivindicadas por indígenas ou quilombolas⁹⁸.

A Comissão Internacional de Juristas elaborou, em 2011, uma análise de casos concretos sobre a responsabilização de empresas no Brasil, indicando os fatores que permitem ou impedem a mesma. De acordo com a pesquisa, as principais barreiras estruturais que afetam o acesso à justiça em geral encontradas nos casos estudados foram: custo, morosidade da justiça, o desconhe-

viços públicos – que haja confusão entre o papel do Estado, do poder público e das empresas privadas. Quando as empresas se instalam, elas são obrigadas a prover obras de infraestrutura e/ou oferecer serviços públicos, que são condicionantes legalmente impostas, fruto da responsabilidade jurídica pelos impactos socioambientais decorrentes da própria natureza impactante dos seus projetos. Historicamente, tem-se percebido que essas medidas compensatórias não conseguem fazer frente aos impactos provocados pelos empreendimentos.” In. OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia do Amaral. *Op. Cit.* Pág. 249.

98 SANTOS, Layza Queiroz; GOMES, Erina Batista. *Suspensão de segurança, neodesenvolvimento e violações de direitos humanos no Brasil*. Terra de Direitos, fevereiro de 2015. p. 26. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wpcontent/uploads/2016/02/suspensao-e-seguranca.pdf>.

cimento de direitos, a ausência de escritórios de advocacia de interesse público ligados a ONGs, a falta de cultura de precedentes e o descumprimento dos termos de ajustamento de conduta⁹⁹.

Ainda, as principais barreiras específicas foram: dificuldade para provar o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano causado, véu corporativo, dependência econômica com a empresa, falta de regulamentação específica e poder político e econômico das empresas.

A necessidade de arcar com os custos decorrentes do processo muitas vezes impede a propositura das ações individuais ou sua continuidade, muito embora exista no Brasil a possibilidade de se obter justiça gratuita é uma das principais barreiras que as vítimas enfrentam pela responsabilização de empresas por violações de direitos humanos¹⁰⁰.

Com efeito, as empresas têm poder econômico suficiente para arcar com processos longos e complexos, além das despesas geradas por bons escritórios de advocacia, o que as coloca em posição vantajosa em relação aos litigantes individuais. Ademais, têm um conhecimento muito mais profundo da atividade que desempenham, o que lhes possibilita apresentar argumentos mais técnicos em juízo, e com a expressiva quantidade de casos semelhantes com que tem de lidar, se tornam mais experientes em litígios¹⁰¹.

99 COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). Op cit. Pág. 87/90.

100 Idem. Pág. 79.

101 Idem. Pág. 81.

Ademais, as empresas possuem suficiente poder político e econômico para influenciar na realização de pesquisas, inclusive em âmbito científico, que contribuem para o desconhecimento dos problemas pela população em geral e, em especial, pelos formuladores de políticas públicas e membros do Poder Judiciário, na medida em que visam negar ou minimizar os danos causados pelos produtos que comercializam e afastar sua responsabilidade. As empresas podem ainda influenciar na formulação de políticas públicas, através de práticas de lobby nas três esferas de poder, incluindo os órgãos de regulação.

Os grandes violadores de direitos se beneficiam da morosidade do Judiciário, causado especialmente pelas sucessivas possibilidades recursais que se abrem aos litigantes bem assessorados tecnicamente. Nesse sentido, é garantido destaque para a estratégia de atuação de busca por soluções extrajudiciais.

Em relação aos instrumentos judiciais, verificou-se que ações individuais de indenização por danos morais e/ou materiais são utilizadas com grande frequência no país¹⁰². No entanto, constatou-se que em ações individuais o Poder Judiciário geralmente é mais rigoroso no reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o dano, o que dificulta a produção de provas¹⁰³.

Paralelamente, constatou-se que ações de caráter coletivo, tais como as ações civis públicas, geralmente têm maior visibi-

102 Idem. Pág. 79.

103 Idem.

lidade, possibilitando controle social mais efetivo sobre as práticas das empresas, na medida em que causam maior impacto em sua imagem¹⁰⁴. Destaca-se também a freqüente insegurança jurídica provocada por análises divergentes por parte de julgadores, que geram precedentes em diversos sentidos para situações virtualmente idênticas, que pouco contribuem para a concretização da justiça.

Nos casos específicos de ações penais decorrentes da averiguação de trabalho escravo rural, constatou-se que a obtenção de provas para a ação criminal é um grande obstáculo, além da falta ou falhas de comunicação entre os auditores do Ministério do Trabalho e Emprego e os promotores¹⁰⁵.

Constatou-se que a maior parte dos casos de trabalho escravo identificados é decorrente de fiscalização de auditores do Ministério do Trabalho e Emprego, o que reforça a importância das fiscalizações. Nesse sentido, verificou-se que, após a libertação pelos auditores do Ministério do Trabalho e Emprego, a maioria dos trabalhadores costuma retornar rapidamente ao seu estado de origem, o que dificulta, posteriormente, sua localização e oitiva no processo¹⁰⁶.

Quanto às sanções administrativas, recomendam-se aquelas mais responsivas à lógica do negócio, na medida em que afetam diretamente o funcionamento das empresas, tais como in-

104 Idem. Pág. 80.

105 Idem. Pág. 82.

106 Idem.

terdição de máquinas, do estabelecimento ou cassação de licenças de funcionamento, que podem ser aplicados após fiscalizações realizadas por diferentes órgãos públicos¹⁰⁷. De aplicação mais imediata em comparação aos processos judiciais, permite que algumas irregularidades sejam corrigidas mais rapidamente, mesmo que a possibilidade de se recorrer à justiça para contestar qualquer decisão proferida em âmbito administrativo muitas vezes diminui a efetividade das medidas adotadas.

Outra barreira para a responsabilização das empresas relevante é a separação da personalidade jurídica, que possibilita que as empresas se escondam atrás do que ficou conhecido como “véu corporativo”, que pode ser identificado na negação de nítida relação de emprego entre os trabalhadores das empresas terceirizadas e empresa matriz, por exemplo.

Nesse sentido, recorda-se que o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos –PNDH3 – também trata do tema, por meio do Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência. A Diretriz 17 deste eixo, mais especificamente, procura estabelecer a promoção de um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos.

Da análise exposta, constata-se a necessidade da criação de mecanismos que proporcionem mudanças estruturais, que transpassem o âmbito judicial, derrubando as barreiras do capital,

107 Idem. Pág. 85.

de forma a garantir a possibilidade da estabilização de um acesso efetivo e eficiente à justiça e de um ensino jurídico democrático e plural. Para isso, é essencial que o sistema se direcione por meio de uma pauta inclusiva, guiada por uma cultura de efetivação dos Direitos Humanos.

6. Mineração no Brasil: regulação e linha jurisprudencial.

O Estado Brasileiro conta com um marco normativo específico para a mineração. Além de disposições previstas na Constituição Federal, dispõe-se de um Código da Mineração, Decreto-lei nº 227 de 1967, entre outras leis específicas, que regem ou se relacionam com o tema.

De acordo com a Constituição Federal, art. 20, IX, os recursos minerais, inclusive os do subsolo são bens da União. A Carta Magna também prevê que compete à União estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa (art. 21, XXV); e que compete privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII); e que é competência comum da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos minerais em seus territórios (art. 23, XI).

Com efeito, o art. 176, caput, estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a

propriedade do produto da lavra, e ao proprietário do solo, a participação nos resultados da lavra, nos moldes do § 2º. Ademais, o Código Civil Brasileiro, de 2002, dispôs no art. 1.230, que o direito de propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais.

Dispõe ainda que constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados (art. 177, I e V).

Importante destacar que a Constituição também disciplina que é da competência exclusiva do congresso nacional autorizar, em terras indígenas, a pesquisa e lavra de riquezas minerais, ouvidas as comunidades afetadas, e ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra (art. 49, XVI, e art. 231, §3º), matéria que deveria ser regulada por lei complementar, prevista pelo constituinte, mas até hoje não promulgada.

O Código da Mineração, Decreto-lei nº 227, promulgado em 1967, deu nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, sofrendo várias alterações, desde então. O Código tem papel fundamental na regulamentação da promoção da atividade de extração mineral no Brasil ao regular os direitos sobre os recursos minerais do País, os regimes de aproveitamento de tais recursos (concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira e monopolização), a fiscalização pelo governo federal, da pesquisa, da lavra e outros aspectos da indústria mine-

ral. Estabelece que a execução da legislação mineral no país compete ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, autarquia federal subordinada ao Ministério de Minas e Energia¹⁰⁸.

Sobre os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, o Código da Mineração já no art. 2º, estabeleceu as seguintes modalidades: concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira e extração, de acordo com respectivos objetos.

O Código separa o regime de autorização do regime de concessão de lavra, entretanto, embora submissos à regras próprias, este último sucede ao primeiro, como sua consequência, compondo ambos um regime único, misto, reconhecido na legislação minerária, que o cita repetidamente¹⁰⁹. Assim, para todas as substâncias minerais, com exceção daquelas protegidas por monopólio, são previstos os regimes de concessão, que depende de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia

108 O Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, é uma autarquia federal criada pela Lei número 8.876, de 2 de maio de 1994, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira, tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e circunscrição em todo o território nacional. O DNPM tem por finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais e supervisionar as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõem o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa. Ver mais em: <http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>

109 RIBEIRO, *Carlos Luiz. Direito minerário*. Belo Horizonte: Editora del Rey. 2006. Pág. 33.

e regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do DNPM.

Alternativo para aproveitamento de substâncias de emprego imediato na construção civil, argila vermelha e calcário para corretivo de solos, facultado exclusivamente ao proprietário do solo ou a quem dele obtiver expressa autorização, é previsto o regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no DNPM; para o aproveitamento das substâncias minerais garimpáveis, prevê o regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do DNPM; e regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal.

Ademais, o código da Mineração ainda dispõe sobre o regime de extração, restrito a substâncias de emprego imediato na construção civil, por órgãos da administração direta ou autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, sendo vedada a comercialização (parágrafo único, artigo 2º).

O Código prevê todo o procedimento para o aproveitamento das substâncias minerais. Primeiramente, o interessado deve requerer a autorização de pesquisa, que se trata da execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico. De acordo com o art. 12, a autorização de pesquisa ou

a concessão de lavra será conferida, exclusivamente, a brasileiro ou a sociedade organizada no País, autorizada a funcionar como empresa de mineração.

Realizada a pesquisa, o DNPM verifica sua exatidão e, à vista de parecer conclusivo, profere despacho de aprovação do relatório, de não aprovação do relatório, ou de arquivamento do relatório, de acordo com a legislação. Aprovado, o titular tem o prazo de até um ano para requerer a concessão de lavra, que é o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas (art. 36). Se não aprovado, a área é colocada em disponibilidade para pesquisa para outros interessados.

De acordo com o Código, não há restrições quanto ao número de concessões outorgadas a uma mesma empresa (art. 37, parágrafo único). Ademais, a exploração da atividade poderá ser feita por Consórcio de Mineração, entidade constituída de titulares de concessões de lavra próxima ou vizinhas, abertas ou situadas sobre o mesmo jazimento ou zona mineralizada, com o objetivo de incrementar a produtividade da extração (art. 76), que deve ser autorizada por Decreto do Presidente da República (art. 77). A legislação não impõe nenhuma restrição a investimentos estrangeiros e a operação de empresas transnacionais¹¹⁰.

110 Com efeito, o artigo 176 da Constituição Federal, §1º dispõe que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por *brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras* e que tenha sua sede e admi-

O Código ainda disciplina que a propriedade onde se localiza a jazida, bem como as limítrofes ou vizinhas, para efeitos de pesquisa e lavra, ficam sujeitas a servidões de solo e subsolo, para fins como a construção de oficinas, instalações, abertura de vias de transporte e linhas de comunicação; abertura de passagem de pessoal e material, entre outros (art. 59).

Além desses aspectos destacados neste texto, também compõem o marco regulatório da mineração: a lei do Licenciamento mineral (Lei nº 6567 de 24/09/1978); a lei de Permissão de Lavra Garimpeira (Lei nº 7805 de 18/07/1989); Lei de Registro de Extração (Lei nº 9827 de 27/08/1999); o Código de Água mineral (Decreto Lei 7841 de 08/08/1945); o Estatuto do Garimpeiro (Lei 11.685/08); e a Política Nacional de Segurança de Barragens (Lei 12.334/10); e a Compensação financeira pela extração mineral – CFEM (Lei nº 7.990, de 1989 e Lei nº 8.001, de 1990), entre outros.

Sobre esta última, cumpre destacar que a além dos tributos que incidem na atividade; a exploração de recursos minerais, a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, é fato gerador de compensação financeira, a CFEM, também chamada de *royalties da mineração*,

nistração no País. O artigo 1.126 do Código Civil brasileiro de 2002 dispõe ser “nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. Assim, não há definição restritiva de empresa brasileira como aquela de capital nacional, bastando ter sido constituída sob as leis do país, com sede e administração no Brasil.

que foi estabelecida pela Constituição de 1988, em seu Art. 20, § 1º.

A CFEM é devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, e aos órgãos da administração da União, como contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios. É administrada pelo DNPM, calculada sobre o valor do faturamento líquido, obtido por ocasião da venda do produto mineral, e seus recursos da CFEM são distribuídos da seguinte forma: 12% para a União (DNPM e IBAMA), 23% para o Estado onde for extraída a substância mineral e 65% para o município produtor.

Como agente normativo e regulador da atividade econômica segundo previsão constitucional, o Estado exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Nesse sentido, com relação a mecanismos de avaliação, fiscalização, monitoramento e aprovação de estudos de impacto ambiental ou sanção, o Brasil conta com um ampolmarco regulatório e institucional¹¹¹.

No país, além do DNPM, já mencionado, conta-se com um Ministério de Minas e Energia, órgão da administração federal direta, cuja área de competência são os assuntos de geologia,

111 No Manual da Mineração do Ministério do Meio Ambiente, é possível encontrar compilada todo o marco regulatório da mineração no Brasil: aspectos constitucionais relacionados ao meio ambiente no setor mineral, legislação federal relacionada à meio ambiente no setor mineral, resoluções do CONAMA relacionadas à meio ambiente no setor mineral, portarias e Resoluções de outros órgãos federais relacionadas à meio ambiente no setor mineral, assim como normas da ABNT relacionadas à meio ambiente no setor mineral. Ver mais em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf>

recursos minerais e energéticos; e mineração e metalurgia; entre outros (Lei nº 10.683/2003), ou seja, é o responsável por executar a política minerária no país.

Ademais, em 1969 foi criada a CPRM- Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, empresa pública vinculada ao MME, cuja missão é gerar e difundir conhecimento geológico e hidrológico básico, em harmonia com o meio ambiente e necessidades da sociedade. Estes são os principais órgãos estatais que realizam o acompanhamento da extração minerária, com cooperação dos órgãos ambientais.

Cabe ao DNPM realizar a fiscalização da pesquisa, lavra, beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, bem como o controle ambiental, a higiene e a segurança das atividades de mineração. Entretanto, o próprio órgão lista que enfrenta várias desafios para dar conta de sua atribuição, como a deficiência de recursos tecnológicos; quadro de pessoal técnico diminuto; contingenciamento em recursos destinados à capacitação de servidores; e a descontinuidade dos recursos orçamentários e financeiros¹¹².

Em 2015, o DNPM teve diminuída a verba prevista pela Lei Orçamentária em 2015 para o programa de fiscalização das atividades minerárias. O montante investido em fiscalização foi de

112 Ver em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/pl-0037-11-mineracao/audiencias-publicas/13.08.13/walter-lins-arcverde>.

R\$ 1,3 milhão neste ano, o que representa menos da metade dos R\$ 3,6 milhões pagos até outubro de 2014¹¹³.

Destaca-se a elaboração pelo Ministério de Minas e Energia do planejamento para o setor minerário, com a publicação dos seguintes planos: I Plano Mestre Decenal para Avaliação dos Recursos Minerários do Brasil – I PMD (1965-1974), o II Plano Decenal de Mineração – II PMD (1981-1990), o Plano Plurianual para o Desenvolvimento do Setor Mineral – PPDSM (1994) e o Plano Nacional da Mineração – PNM 2030 (2015), cujo objetivo é nortear o planejamento a médio e longo prazo nos setores energético e mineral pelos próximos vinte anos.

Ademais, outra questão problemática é o recolhimento da CFEM. Uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) apontou que, de cada quatro áreas onde há extração de minério no País, apenas uma paga o imposto, dividido entre União, Estados e municípios. Entre 2009 e 2011, apontou auditoria do ano passado, as empresas deveriam ter recolhido R\$ 160 milhões em pagamentos de CFEM, no entanto só desembolsaram 23% disso, R\$ 47 milhões¹¹⁴.

Sobre o meio ambiente, imprescindível destacar que o Código Minerário brasileiro não faz nenhuma menção a questão ambiental, que é objeto de regulação específica. A Constituição Federal dispõe em capítulo próprio dedicado à proteção do Meio Ambiente que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologica-

113 Ver em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/12175>

114 Idem.

mente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Assim, com relação aos impactos ambientais da exploração desta atividade que é degradadora por excelência, a Constituição Federal estabeleceu no art. 225, § 2º, que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, [...]”. Observa-se que esta análise é válida para novos empreendimentos, de mineração ou expansão de empreendimentos existentes.

O Brasil possui um arcabouço significativo de dispositivos legais sobre proteção ambiental, dentre os quais, se destacam: a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000), a Política Nacional de Biodiversidade (Decreto nº 4.339/2002), o Código Florestal Brasileiro (Lei Nº 12.651/2012) e as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente –CONAMA nº 01/86 e 237/1997.

O CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, instituído pela Lei 6.938/81. Como uma das suas atribuições, prescreve resoluções, quando se tratar de deliberação vinculada a diretrizes e normas técnicas, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais.

A Resolução do CONAMA nº 01/86, art. 2º, IX, prevê que a extração de minério dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente.

Nesse sentido, cumpre destacar que paralelamente aos requerimentos ao DNPM de autorização de pesquisa, de concessão de lavra, etc, sempre deve ser observado também a legislação ambiental, sendo feito estudos de impacto ambiental, cujo órgão responsável para análise e monitoramento será o IBAMA, se de competência federal, as Secretarias Estaduais de Meio Ambiente, se de competência estadual, ou as Secretarias Municipais de Meio Ambiente, se de competência municipal, de acordo com legislação específica.

Isto é, para que haja correspondência entre o projeto em licenciamento e o empreendimento mineral concedido pela união através do DNPM, é fundamental que se estabeleça um procedimento de licenciamento concomitante entre este e órgão ambiental.

Á título informativo, o licenciamento ambiental no Brasil dá-se mediante a concessão de três tipos de Licenças, que são: Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação, as quais podem ser expedidas isoladamente ou sucessivamente.

A Licença Prévia (LP) constitui a primeira etapa do licenciamento ambiental, fase na qual é atestada a viabilidade ambien-

tal do projeto e aprovada a sua concepção, quando é elaborado o EIA- Estudo de Impacto Ambiental, acompanhado do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de acordo com a Resolução CONAMA nº 237, de 1997. Em seguida, o EIA é apresentado à sociedade através de audiências, que após realizadas, iniciam a fase de revisões do órgão licenciador, que analisa os estudos juntamente aos resultados das audiências públicas e das considerações da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), nos casos que afetem indígenas, para aprovar ou não a LP. Nesta fase ainda, são realizados leilões para selecionar os empreendedores do projeto e os programas e planos de mitigação são criados para minimizar os impactos do projeto.

A segunda fase do licenciamento ambiental é a Licença de Instalação, que autoriza a instalação do empreendimento de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as condicionantes. Para a aprovação desta licença, é necessário que os empreendedores apresentem um último estudo sobre impactos e planos de mitigação, o Plano Básico Ambiental (PBA). Esta licença permite a instalação e, ou, ampliação de um empreendimento, o que permite a implantação do canteiro de obras, movimentação de terra, construção de vias, edificação de infraestruturas e instalações de equipamentos.

A última fase é a Licença de Operação, que autoriza a operação do empreendimento e, ou, a realização da atividade impactante. Isto se dá após a verificação do efetivo cumprimento do que consta na Licença Prévia e de Instalação.

Um tema muito controversos com relação a legislação ambiental é a possibilidade de mineração em unidades de conservação (UCs). As UCs na legislação pátria são um dos principais mecanismos para assegurar a manutenção da diversidade biológica, proteger as espécies ameaçadas de extinção e preservar os ecossistemas e seus recursos naturais, responsáveis pela prestação de serviços ambientais imprescindíveis.

De acordo com a Lei do SNUC, podem criadas UCs em dois grupos com características distintas (art. 7º): as de proteção integral (estações ecológicas, reservas biológicas, parques nacionais, monumentos naturais e refúgios da vida silvestre), cujo objetivo é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais (arts. 7º, § 1º, e 8º); e as de uso sustentável (áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, florestas nacionais, reservas extrativistas, reservas de fauna, reservas de desenvolvimento sustentável e reservas particulares do patrimônio natural), cujo objetivo é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais (arts. 7º, § 2º, e 14).

Nesse sentido, nas UCs do primeiro grupo não é permitida a exploração de recursos minerais, tendo em vista o seu objetivo precípua de preservação (“... sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais”), de forma que nem a autorização para pesquisa mineral se justifica, uma vez que ela visa à avaliação da exequibilidade do aproveitamento econômico da jazida; como este é proibido, não há, portanto, nenhum sentido nela.

Quanto às UCs do segundo grupo, só há vedação legal expressa à exploração mineral em reservas extrativistas, em face do previsto no art. 18, § 6º, da Lei do SNUC (“são proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional”). Dessa forma, quanto às demais categorias desse grupo, a lei é omissa, sendo conflitantes os entendimentos, em razão de certa confusão entre os conceitos de interesse nacional, utilidade pública e interesse social¹¹⁵.

Nos casos em que ela ocorre, contudo, a realização de trabalhos de pesquisa e lavra depende de prévia autorização do órgão ambiental que administra a UC. Na prática, com relação a pelo menos duas categorias desse segundo grupo – as áreas de proteção ambiental (APAs) e as florestas nacionais (FLONAs) –, há anos ocorrem situações de atividade minerária em seu interior¹¹⁶.

Outro tema que merece destaque são as barragens de rejeitos da mineração. No país que foi cenário do maior crime ambiental decorrente de rompimento de barragens na América Latina, o rompimento das barragens da mineradora Samarco em Mariana, Minas Gerais, em 2015¹¹⁷, a Lei nº 12.334 de 2010, es-

115 LIMA, André. Sinuca de bico: mineração em unidade de conservação. In: RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (org.). *Mineração em unidades de conservação na Amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental. Disponível em <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00000776.pdf>>

116 VIANA, Maurício Boratto. *Panorama do setor mineral: legislação e impactos socioambientais*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/panorama-do-setor-mineral-e-impactos-socioambientais_boratto_politicas-setoriais>

117 Para saber mais sobre o desastre ambiental de Mariana, causado pelo rom-

tabeleceu no seu artigo 16, § 2, a obrigação do DNPM realizar o cadastro das barragens sob sua jurisdição, com identificação dos empreendedores, para fins de incorporação ao SNISB – Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens, assim como exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas às barragens de sua responsabilidade.

A mesma lei também estabeleceu a revisão periódica de segurança de barragem, parte integrante do Plano de Segurança da Barragem, tem por objetivo verificar o estado geral de segurança da barragem, considerando o atual estado da arte para os critérios de projeto, a atualização dos dados hidrológicos e as alterações das condições a montante e a jusante da barragem. Dentro do DNPM, é a Diretoria de Fiscalização da Atividade Minerária a pasta responsável pelo controle e fiscalização dos projetos.

A judicialização de casos de impactos da atividade da mineração tem ligação direta com o padrão de atuação das empresas que se consubstancia em violações sistemáticas de direitos, intensificando a espoliação das populações nativas, com a perda dos

pimento de barragens de rejeitos da mineradora Samarco, em 2015, ver repositório de informações sobre o caso no sítio eletrônico: <http://riodocevivo.omeka.net/>>; JUSTIÇA GLOBAL, *Vale de Lama - Relatório de inspeção em Mariana após o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão*, Rio de Janeiro, 2016, disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vale-de-Lama-Justi-a-Global.pdf>; e FILLIPE, Miguel et. al. *A tragédia do rio doce - a lama, o povo e a água. Relatório de campo e interpretações preliminares sobre as consequências do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão (Samarco/VALE/BHP)*. UFMG, UFJF; Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.ufjf.br/noticias/files/2016/02/ufmg_uffj_relatorio_expedicaoriodoce_v2.pdf

seus territórios e a desagregação das comunidades; resultando em desmatamento, destruição da fauna e de sítios arqueológicos, poluição e contaminação de terras e rios, gerando danos à saúde; superexplorando trabalhadores/as e criminalizando os grupos que ousam enfrentar as grandes corporações¹¹⁸.

Com relação à linha jurisprudencial a respeito dos mecanismos de avaliação, de avaliação, fiscalização, monitoramento e aprovação de estudos de impacto ambiental ou sanção, não é possível ainda identificar um entendimento consolidado¹¹⁹. A demora processual repercute no fato de que a maior parte dos casos judicializados não chegaram às instâncias superiores.

Ademais, os grandes empreendimentos possuem equipes técnicas especializadas para elaboração de laudos técnicos, assim como equipes de advogados especialistas, capacitada para defendê-los, contexto que é muito diferente dos pequenos e médios empreendedores minerários que muitas vezes desconhecem os procedimentos e os ritos exigidos pelas leis para regularizem sua atividade¹²⁰.

118 Ver em Nota da Articulação Internacional dos Atingidos e Atingidas pela Vale para o Dia Global contra a mega mineração – 2016. Disponível em: <https://atingidospelavale.wordpress.com/2016/07/23/nota-da-articulacao-internacional-dos-atingidos-e-atingidas-pela-vale-para-o-dia-global-contra-a-mega-mineracao-2016/>

119 Ver mapa de conflitos ambientais produzido pela FIOCRUZ e pela FASE: <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php>

120 REIS, Debora. Análise da Dinâmica Processual dos Estudos de Impacto Ambiental na Mineração e outros pareceres técnicos do Estado de Minas Gerais. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Mineral da Universidade Federal de Ouro Preto. 2011. Disponível em: <http://www.>

Dentro deste cenário, é possível destacar alguns casos paradigmáticos, entre eles, o dos indígenas Xicrin *versus* a Mineradora Onça Puma, de propriedade da transnacional Vale do Rio Doce, Processo nº 2383-85.2012.4.01.3905. Já existem duas decisões judiciais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ordenam a paralisação do projeto de mineração de Níquel, reconhecendo que a empresa não cumpriu as obrigações previstas na licença ambiental. O governo do Estado do Pará ainda recorre ao STF para que a empresa volte a operar.

O governo do Pará argumenta, no pedido de liberação das atividades da Onça Puma, que o empreendimento gera emprego e impostos e sua paralisação provocaria prejuízos econômicos à região. De acordo com o governo paraense, a mina gera 850 empregos diretos e recolheu em 2014 um pouco mais de R\$ 5 milhões em tributos aos cofres estaduais e municipais.

Nas considerações enviadas à Corte Suprema, o Procurador Geral da República destaca que a licença de instalação da Mineração Onça Puma foi emitida em 2004 e até hoje, passados mais de 10 anos, a Vale continua descumprindo a condicionante que obrigava ações de compensação e mitigação em favor das comunidades indígenas afetadas.

repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/2368/1/DISSERTA%C3%87%-C3%83O_An%C3%A1liseDin%C3%A2micaProcessual.pdf> Acesso em 26 de agosto.

São sete aldeias dos índios Xikrin e Kayapó afetadas pela Mineração Onça Puma, que foram cercadas por quase todos os lados por 14 empreendimentos no total, extraíndo cobre, níquel e outros minérios, todos de propriedade da Companhia Vale do Rio Doce, alguns já implantados, outros em implantação. A Onça Puma, em sete anos de atividade contaminou com metais pesados o rio Cateté e inviabilizou a vida dos cerca de 1300 Xikrin, onde casos de má-formação fetal e doenças graves foram comprovados em estudos.

Assim, após pedido do Ministério Público Federal, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região em decisão do dia 6 de agosto de 2015, determinou a paralização das atividades, além do pagamento imediato de R\$ 1 milhão por mês para cada aldeia, para que possam estruturar um modo de vida de acordo com as condições novas do ambiente, que não permite mais a caça ou os banhos de rio. Os impactos foram previstos em estudos feitos pela própria Vale, mas até hoje nenhuma forma de compensação foi implantada. O processo tramitava desde 2012.

A Vale não chegou a paralisar as atividades porque teria obtido, logo em seguida, um mandado de segurança no mesmo Tribunal que suspendeu os efeitos da decisão anterior. O MPF recorreu ao STJ e conseguiu a nova ordem de paralisação, em 27 de novembro de 2016, porém o tribunal aceitou um pedido da mineradora para que o dinheiro fosse, por enquanto, depositado em juízo e não repassado aos índios. Atualmente, o processo encontra-se no STF aguardando decisão de mérito.

Outra decisão emblemática no país foi o da 1ª Vara Criminal Federal de Vitória que determinou a paralização das atividades do Porto de Tubarão, na capital do Espírito Santo, maior terminal exportador de minério de ferro do mundo, administrado pela Vale, devido à grave poluição gerada no embarque da produção. A sentença valeu por quatro dias, quando em 25 de novembro de 2015, foi cassada por decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sob o argumento de evitar maiores danos à economia e ao emprego.

A liberação do porto foi condicionada à adoção pela Vale, em 60 dias, de medidas para “estancar ou reduzir ao mínimo as partículas de pó na atmosfera e os resíduos despejados no mar de Vitória”. De acordo com a sentença, a mineradora deverá implantar novas técnicas de contenção de resíduos e colaborar com a Polícia Federal, autora da denúncia encaminhada à Justiça. Caso descumpra qualquer uma das determinações da Justiça, foi previsto que a empresa estará sujeita a multa de até 6,6% do faturamento, de 88,2 bilhões em 2014, e o porto poderá ser fechado mais uma vez.

A investigação da Polícia Federal evidenciou a precipitação de rajadas intermitentes de pó de minério de ferro sobre o mar e ar da cidade. Em 2015, uma Comissão Parlamentar de Inquérito instalada na Assembleia Legislativa do Espírito Santo em 2015 concluiu que Vale, Arcelor Mittal Tubarão e Samarco são as principais causadoras da poluição pelo chamado “pó preto”, origem de graves problemas de saúde para a população.

A sentença foi festejada por além manter suspensas por tempo mínimo as atividades de empresas importantes para a economia e exigir planos de correção dos problemas identificados, ao invés de adotar apenas ações punitivas. A Vale noticiou que a suspensão do funcionamento do terminal interrompeu as atividades de 2 mil trabalhadores e provocou prejuízos diários de 35 milhões de reais para a empresa.

Dentro deste cenário, cumpre destacar que há uma ofensiva dentro do Congresso Nacional, de congressistas ligados ao empresariado, por uma mudança no marco regulatório da mineração, acompanhando uma onda que também afeta outros países de economia extrativista na América do Sul. Inclusive, no PNM 2030, a administração de Dilma Rousseff declara a necessidade de consolidação de um novo marco regulatório para mineração.

A partir de 2009, o Ministério de Minas e Energia e a Casa Civil iniciaram a reformulação do Código da Mineração. Os documentos elaborados pela equipe responsável demonstravam que a nova regulamentação teria como principais objetivos a intensificação da exploração mineral do país e o aumento da participação do Estado nos resultados econômicos gerados pela mineração¹²¹.

Em junho de 2013, a proposta do Executivo foi encaminhada ao Congresso na forma do Projeto de Lei n. 5.807, sendo apensado a outros projetos que já tramitavam na Câmara e enca-

121 MME. (2009). Apresentação do novo marco regulatório da mineração. Acessado em 07/Mar/2012, Disponível em: http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/noticias/SGM_Apres_Novo_Marco_Regulatorio_d_a_Minerao.pdf

minhado para uma Comissão Especial. A Comissão apresentou um primeiro substitutivo em novembro de 2013, e um segundo substitutivo em abril de 2014.

O projeto sugere medidas para reformular a exploração dos recursos naturais, “facilitar” investimentos, além de criar o Conselho Nacional de Política Mineral (CNPM) e a Agência Nacional de Mineração (ANM), em substituição ao DNPM, que deixaria de existir. Até metade de 2016, já haviam sido apresentadas 372 emendas ao projeto, e o mesmo ainda não foi aprovado¹²².

Em paralelo a esse processo, por não se sentirem representados na formulação do novo Código da Mineração, movimentos sociais, organizações não governamentais (ONGs) e sindicatos de trabalhadores da indústria extrativa lançaram, em 2013, o Comitê Nacional em Defesa dos Territórios frente à Mineração-C-NDTM¹²³, aprofundando o debate sobre o novo marco regulatório.

Do ponto de vista de independência, a composição da Comissão Especial vem sendo bastante questionada, já que tanto o presidente, o deputado Gabriel Guimarães (PT/MG), como o relator, deputado Leonardo Quintão (PMDB/MG), tiveram campanhas

122 Pesquisa de mestrado em andamento feita por Giselle Viegas Dantas Rodrigues, sob orientação da Prof. Dra. Adriana de Azevedo Mathis, no programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal do Pará, em 2016.

123 MINALEZ, Bruno; CASTRO, Sabrina. O Novo Código da Mineração: convergências e divergências. Relatório Preliminar Julho, 2015. POEMAS e UFJF. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/O-Novo-C%C3%B3digo-da-Minera%C3%A7%C3%A3o-Relat%C3%B3rio-Preliminar.pdf>

eleitorais financiadas por empresas do setor mineral, em 2010 e em 2014. De acordo com o CNDTM, o processo de elaboração do Código não permitia a participação popular no diálogo¹²⁴.

7. Capacitações sobre direitos humanos e empresas no Brasil.

A discussão sobre a Educação em Direitos Humanos se fortaleceu no Brasil nos fins da década de 1980, paralelamente ao processo de redemocratização do país e das experiências pioneiras que surgiram entre os profissionais liberais, movimentos sociais, universidades e organizações populares na luta por esses direitos¹²⁵.

Na década de 1990, em decorrência de compromissos firmados internacionalmente, o governo federal se envolveu diretamente no tema, colocando-se como um novo ator ao elaborar políticas públicas voltadas à Educação em Direitos Humanos, em parceria com a sociedade civil.

No Poder Executivo, um exemplo significativo do direcionamento da atividade estatal para a promoção e proteção dos

124 CNDTM. (2013a). Lançamento do Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente à Mineração - Brasil. Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente à Mineração. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=PPqaOwmWjIE>

125 Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/12a-conferencia-nacional-de-direitos-humanos/educacao-em-direitos-humanos/caderno-de-educacao-em-direitos-humanos-diretrizes-nacionais>>

direitos humanos é observado com a aprovação dos Planos Nacionais de Direitos Humanos, em 1996, 2002, e em 2009, o vigente Decreto 7.037 - o Plano Nacional de Direitos Humanos- 3 (PNDH-3).

O Eixo 5 do PNDH-3 trata da educação e da cultura em Direitos Humanos e dialoga com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) como referência para a política nacional de Educação e Cultura em Direitos Humanos. O PNEDH foi lançado em 2003 e teve sua versão final em 2006.

O PNEDH está respaldado em instrumentos internacionais, notadamente no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMDH) e no seu plano de ação. A Secretaria de Direitos Humanos, o Ministério da Educação e o Ministério da Justiça assinam o PNEDH, que está constituído por cinco eixos, a saber: educação básica; educação superior; educação não formal; educação dos profissionais de Justiça e Segurança; e educação e mídia¹²⁶.

A Diretriz 21 do PNDH-3 prevê a promoção da educação em direitos humanos no serviço público. Em atendimento a esta diretriz, são traçados dois objetivos estratégicos: (1) Formação e capacitação continuada dos servidores públicos em Direitos Humanos, em todas as esferas de governo; (2) Formação adequada e qualificada dos profissionais de segurança pública.

126 Ver mais em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/pdf/copy_of_PNEDH.pdf/view

A partir de 2005, é criada área de concentração em Direitos Humanos em Cursos de Pós-Graduação em Direito, após iniciativas de três universidades brasileiras (UFPA, UFPB e USP) impulsionadas pelo I Programa de Dotações para Mestrado em Direitos Humanos no Brasil, lançado pela Fundação Carlos Chagas e Fundação Ford. Esse Programa, de 2003 a 2009, foi direcionado para criação de áreas de concentração em direitos humanos no Direito ao invés de criação de novos programas de mestrado, contribuindo para a transformação dos currículos em Direito.

Em 2003, já havia sido fundada a Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, com a finalidade principal de contribuir para a formação de uma comunidade de pesquisadores especializados em Direitos Humanos, seguindo os moldes de outras associações científicas congêneres¹²⁷. A ANDHEP organiza anualmente encontros nacionais, sendo que o último foi realizado em maio de 2016, em Vitória-Es, com o tema Direitos Humanos, Sustentabilidade, Comunidades Tradicionais e Circulação Global.

Nesse sentido, atualmente, no Brasil, ocorrem com frequência eventos, cursos, seminários e congressos com o tema dos direitos humanos orientado para operadores do Direito. Entre esses, destacamos alguns recentes de âmbito nacional.

A Ordem de Advogados do Brasil, desde 2009, promove Conferências Internacionais de Direitos Humanos. A última teve

127 Para saber mais, ver o sítio oficial em: <http://www.andhep.org.br>.

como tema “Efetivação dos Direitos da Igualdade” e ocorreu em Belém entre 27 e 29 de abril de 2015.

Constata-se periodicidade também de cursos de formação em direitos humanos nas Escolas superiores da Magistratura, DPU e MPU. A Escola Nacional da Magistratura (ENM)¹²⁸, coordenadora das 97 escolas da Magistratura existentes no Brasil, ofereceu aos magistrados cinco cursos sobre direitos humanos em 2016¹²⁹.

Em uma pesquisa sobre os cursos ofertados pela Escola Superior da Defensoria Pública da União¹³⁰ em 2015, constata-se

128 Com 52 anos de existência, a Escola Nacional da Magistratura (ENM), órgão vinculado à AMB, desempenha o papel de orientadora da atuação das demais Escolas da Magistratura no país, além de oferecer cursos de especialização e aperfeiçoamento cultural, jurídico e humanístico, no Brasil e no exterior. A ENM é uma entidade que busca o aprimoramento dos sistemas de seleção, formação e aperfeiçoamento de magistrados e exerce sua função aliada aos tribunais e outros órgãos e instituições do Poder Judiciário.

129 Verificar guia de cursos ofertados pela ENM em 2016, em: <http://www.enm.org.br/docs/guia2016.pdf>>

130 A Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU foi instituída em junho de 2005, por meio da Portaria DPGU nº 70, de 10 de junho de 2005. As competências da ESDPU vêm fixadas no Art. 83 da Portaria nº 88, de 14 de fevereiro de 2014: “À Escola Superior da Defensoria Pública da União compete: I. Iniciar novos integrantes da Defensoria Pública da União no desempenho de suas funções institucionais;II. Promover estudos, conferências, seminários, debates e discussões de temas conexos à prestação da assistência jurídica pela Defensoria Pública da União;III. Desenvolver projetos e programas de pesquisa na área jurídica;IV. Promover a formação, especialização, capacitação, aperfeiçoamento e atualização técnico-profissional dos membros e servidores da Defensoria Pública da União;V. Planejar, coordenar e supervisionar as atividades de educação corporativa de defensores públicos e de servidores, no âmbito da DPGU/DPU;VI. Formular diretrizes, baixar normas, estabelecer critérios, parâmetros e modelos a serem adotados na execução das atividades de educação corporativa.

que foram ofertados seis cursos sobre tópicos de direitos humanos¹³¹. Na Escola Superior do Ministério Público da União¹³², foi identificado no catálogo permanente de formações disponíveis dois cursos anuais sobre direitos humanos¹³³. Da análise das Escolas Estaduais, verifica-se o mesmo padrão.

Entre 25 a 29 de junho de 2015, mais de 150 membros do Ministério Público, Defensoria Pública; Polícia, Magistratura, servidores públicos em geral, acadêmicos e membros da sociedade civil organizada reuniram-se no estado da Paraíba com o propósito de participar de capacitação sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O curso de formação foi promovido pela Secretaria Nacional de Justiça e a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em parceria com a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão da Procuradoria Geral da

131 Verificar editais e detalhes em: <http://www.dpu.def.br/esdpu/editais-de-capitacao>>.

132 A Escola Superior do Ministério Público da União foi criada em 1998 pela Lei n. 9.628, com quatro objetivos principais: iniciar novos integrantes do Ministério Público da União no desempenho de suas atribuições institucionais; aperfeiçoar e atualizar a capacitação técnico-profissional dos membros e servidores do Ministério Público da União; desenvolver projetos e programas de pesquisa na área jurídica; zelar pelo reconhecimento e a valorização do Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

133 Ver catálogo de cursos permanentes da Escola Superior do Ministério Público da União em: <http://escola.mpu.mp.br/catalogo-de-atividades-permanentes>>.

República, a Escola da Magistratura do Espírito Santo, com apoio da Secretaria de Direitos Humanos.

Também em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou acordo inédito de cooperação com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos entre os estados-membros. O acordo foi firmado em Washington, nos Estados Unidos da América (EUA) pelo então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ricardo Lewandowski, e pela presidente da CIDH, Rose Marie Belle Antoine.

O principal objetivo é promover a educação e a difusão dos direitos humanos na cultura jurídica brasileira para melhor distribuição de Justiça segundo os padrões do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos da OEA. O acordo prevê ações em nove áreas, entre elas, capacitação em direitos humanos de juízes e funcionários de tribunais; bolsas de estudos em direitos humanos concedidas a magistrados brasileiros a serem cumpridas na CIDH; promoção do sistema de mediação de conflitos e conciliação no Brasil e inclusão de normas de direitos humanos nos cursos jurídicos e nos concursos para ingresso na magistratura¹³⁴.

Cumprir também iniciativa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) que capacitou, desde 2014, 328 juízes em início de carreira na discipli-

134 Para saber mais, ver: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80723-cnj-e-cidh-firmam-acordo-inedito-de-cooperacao-em-direitos-humanos>

na Políticas Raciais, em seguimento a recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O objetivo do curso é prepará-los para atuar contra o racismo e eventuais injustiças causadas pela estigmatização da população negra. A recomendação faz parte do Protocolo de Atuação para a Redução de Barreiras de Acesso à Justiça para a Juventude Negra, assinado por diversas instituições em outubro de 2013¹³⁵.

Sobre o tema específico de “Empresas e Direitos Humanos”, desde 2013, o HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas da Universidade Federal de Juiz de Fora¹³⁶ promove o “Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas”¹³⁷.

Em 2016, o III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas reuniu especialistas nacionais e internacionais no tema e lideranças e ativistas de movimentos sociais, ONGs, movimentos sindicais e demais atores sociais envolvidos no processo de proteção e defesa dos Direitos Humanos no contexto de violações por empresas.

Os principais tópicos abordados na programação do evento, aberto e gratuito, foram: o processo de elaboração de um instrumento internacional vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos; o processo de desenvolvimento e consulta internacional do Tratado dos Povos; o impacto da mineração e violações

135 Para saber mais, ver: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79171-mais-de-300-magistrados-recebem-capacitacao-em-politicas-raciais>

136 Sobre o HOMA, ver: <http://homacdhe.com/>

137 Sobre o seminário, ver: <http://homacdhe.com/iii-seminar/pt/>

de Direitos Humanos; processos de resistência e mecanismos de enfrentamento de violações de Direitos Humanos por empresas; e financiamento Público e Grandes Empreendimentos. Em 2017, ano o evento chega a quarta edição.

REFERÊNCIAS

BORGES, CAIO. **A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiro.** In. RODRIGUES, Graziela (org). *Acordos de investimento à brasileira.* Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015.

BRASIL, MME. (2009). **Apresentação do novo marco regulatório da mineração.** Acessado em 07/Mar/2012, Disponível em: http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/noticias/SGM_Apres_Novo_Marco_Regulatorio_d_a_Mineracao.pdf.

_____, **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - - ver. e atual. - - Brasília : SEDH/PR, 2010.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais** – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/12a-conferencia-nacional-de-direitos-humanos/educacao-em-direitos-humanos/caderno-de-educacao-em-direitos-humanos-diretrizes-nacionais>>

CICONELLO, Alexandre. **Os avanços e contradições das políticas de Direitos Humanos no Governo Lula.** In. DE PAULA, Marilene (org). “Nunca antes na história desse país”...?

: um balanço das políticas do governo Lula. Rio de Janeiro, RJ : Fundação Heinrich Böll, 2011.

CNDTM. (2013a). **Lançamento do Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente à Mineração - Brasil**. Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente à Mineração. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=PPqaOwmWjIE>

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). **Acesso a Justiça: violações de direitos humanos por Empresas-Brasil**. 2011. Pág. 7. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos-site/Brasil%20ElecDist-6\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Brasil%20ElecDist-6(1).pdf)>

FIORATI, Jete Jane; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Novas vertentes do direito do comércio internacional**. Jete Jane Fiorati e Valério de Oliveira Mazzuoli, coordenadores. Barueri, SP: Manole, 2003.

GUZMÁN, Juan José. **¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones**. In. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N0 1, 2008. pp. 9 – 35. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100002

HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel, **Confronting the Challenge of the State Capture in Transition Economies**. Finance and Development, September 2001, Volume 38, Número 3. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/hellman.htm>>

HOMA - CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS, **Direitos Humanos e Empresas. O Estado da Arte do Direito Brasileiro**. ROLAND, Manoela (coord.). Juiz de Fora, MG: UFJF.2016.

INSTITUTO POLÍTICAS ALTERNATIVAS PARA O CONESUL – PACS, **Companhia Siderúrgica do Atlântico – TKCSA Impactos e Irregularidades na Zona Oeste do Rio de Janeiro**. 2ª edição - revisada e atualizada. Novembro, 2009, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.pacs.org.br/files/2013/01/CSA.pdf>

LIMA, André. **Sinuca de bico: mineração em unidade de conservação**. In: RICARDO, Fany; ROLLA, Alicia (org.). *Mineração em unidades de conservação na Amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental. Disponível em <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00000776.pdf>>

MARTINEZ, Ana Paula. **Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: balanço e perspectivas**. In. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101. p. 1047 – 1075. jan./dez. 2006.

MAUES, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional**. In Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. Edição V. 10 - N. 18 - Jun/2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 686/687.

MINALEZ, Bruno; CASTRO, Sabrina. **O Novo Código da Mineração: convergências e divergências**. Relatório Preliminar Julho, 2015. POEMAS e UFJF. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/O-Novo-C%C3%B3digo-da-Minera%C3%A7%C3%A3o-Relat%C3%B3rio-Preliminar.pdf>

NAÇÕES UNIDAS, **Direitos dos migrantes: Comitê da ONU pede que países ratifiquem tratado global**, de 07 de abril de 2014.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/>>
_____. **“Em 2015, rede empresarial da ONU no Brasil cresceu 9%, chegando a 714 signatários, e já é a quarta maior do mundo”**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pacto-global-da-onu-no-brasil-lanca-relatorio-anual-e-logomarca/>.
_____. **UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT**. 2000. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/1831>
OECD, GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES. 2000. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>

OLIVEIRA, Rodrigo; VIEIRA, Flávia do Amaral. **Suspensão de liminar e usinas hidrelétricas: a flexibilização do licenciamento ambiental por via judicial**. In. Ocekadi : hidrelétricas, conflitos socioambientais e resistência na Bacia do Tapajós / Daniela Fernandes Alarcon, Brent Millikan e Mauricio Torres, organizadores. -- Brasília, DF : International Rivers Brasil ; Santarém, PA: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016. Pág. 247-256.

REIS, Debora. **Análise da Dinâmica Processual dos Estudos de Impacto Ambiental na Mineração e outros pareceres técnicos do Estado de Minas Gerais**. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Engenharia Mineral da Universidade Federal de Ouro Preto. 2011. Disponível em: http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/2368/1/DISSERTA%C3%87%C3%830_An%C3%A1liseDin%C3%A2micaProcessual.pdf>

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário**. Belo Horizonte: Editora del Rey. 2006.

RODRIGUES, Graziela (org). **Acordos de investimento à brasileira**. Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015.

SANTOS, Layza Queiroz; GOMES, Erina Batista. **Suspensão de segurança, neodesenvolvimento e violações de direitos humanos no Brasil**. Terra de Direitos, fevereiro de 2015. p. 26. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/wpcontent/uploads/2016/02/suspensao-e-seguranca.pdf>.

SMITH, Juliane. **Teoria da aparência: Uma análise crítica ao artigo 50 e 1.015 do Código Civil de 2002**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre n. 63 maio 2009 – set. 2009 p. 19-37.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Recurso Extraordinário 466.343- SP**, Decisão de outubro de 2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>

TEREZO, Cristina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014.

VIANA, Maurício Boratto. **Panorama do setor mineral: legislação e impactos socioambientais**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/panorama-do-setor-mineral-e-impactos-socioambientais_boratto_politicas-setoriais>

WORKING GROUP ON THE ISSUE OF HUMAN RIGHTS AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES. **Report on its mission to Brazil**. 12 May 2016. Human Rights Council Thirty-second session Agenda item 3.

Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/096/43/PDF/G1609643.pdf?OpenElement>>.

MARCO INSTITUCIONAL E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Ana Maria D´Ávila Lopes

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Martonio Mont´Alverne Barreto Lima

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutor em Direito pela Universität Frankfurt am Main. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procurador do Município de Fortaleza.

Luís Haroldo Pereira Junior

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista PIBIC/CNPq.

8. Regime jurídico da extração mineral: diretrizes e procedimento.

Conforme estabelecido no art. 20, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF/88 (BRASIL, 1988), a propriedade dos recursos minerais é da União, garantindo-se, segundo o art. 176 da CF/88, a brasileiro ou empresa constituída

sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, a propriedade do produto da lavra.

Constitui, entretanto, monopólio da União a pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação de produtos resultantes das duas anteriores atividades; o transporte marítimo de petróleo e derivados, assim como de gás de qualquer origem; e, a pesquisa, lavra, enriquecimento, processamento, industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e derivados, com exceção dos radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob o regime de permissão (art. 177 da CF/88). Esse monopólio foi relativizado com a Emenda Constitucional 49/2006, de forma a permitir à União contratar empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades, exceto no caso dos minérios e minerais nucleares (art. 177, §1o da CF/88).

A propriedade do solo no Brasil não inclui, portanto, as riquezas minerais que nela ou no subsolo se encontrem, conforme disposto no art. 176 da CF/88: “art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”, e no art. 1.230 do Código Civil - CC: “Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os poten-

ciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais” (BRASIL, 2012).

Desde o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941 (BRASIL, 1941), até a Resolução no 369, de 28 de março de 2006, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (BRASIL, 2006), ainda em vigor, a mineração é considerada uma atividade de utilidade pública, essencial para o funcionamento do Estado e o bem-estar social. Nesse sentido (BANDEIRA, 2011), os direitos minerários prevalecem sobre a propriedade superficial (imobiliária). Portanto, para viabilizar a pesquisa e lavra de recursos minerais, a propriedade onde se localize a jazida e suas limítrofes ficará sujeita a servidão do solo e do subsolo (art. 59 do Código de Mineração).

A atividade mineradora no Brasil encontra-se regulada, principalmente, pelo Código de Mineração (CM), emitido pelo Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967), e seu regulamento (RCM), Decreto no 62.934, de 2 de julho de 1968 (BRASIL, 1968), orientados, precipuamente, pelo princípio da prioridade, na medida em que se atribui a titularidade para a pesquisa ou a lavra a quem primeiro a requerer, junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)¹³⁸.

138 O Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, é uma autarquia federal criada em 1934, regulada pela Lei no 8.876, de 2 de maio de 1994. O DNPM é vinculado ao Ministério de Minas e Energia, detém personalidade jurídica de direito público, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira, com sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e circunscrição em todo o território nacional. (BRASIL, 2016a).

Apesar da propriedade dos recursos hídricos e minerais ser de apenas a União, a competência para o registro, o acompanhamento e a fiscalização dos direitos de pesquisa e exploração dos mesmos é compartilhada com os Estados membros, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios esses recursos se encontrem (art. 22, XI da CF/88). Contudo, no caso de terras indígenas, a competência para autorizar a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e a pesquisa e a lavra de riquezas minerais é de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, XVI da CF/88).

9.1. Da pesquisa e da lavra

A pesquisa mineral, ou exploração mineral, encontra-se definida no art. 14 do CM: “Entende-se por pesquisa mineral a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da sua exequibilidade do seu aproveitamento econômico”, abrangendo os seguintes trabalhos de campo e laboratório: levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar; estudos dos afloramentos e suas correlações; levantamentos geofísicos e geoquímicos; aberturas de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagens; e, ensaios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial.

Segundo o art. 16 do CM, para a realização da pesquisa é necessária a autorização do Diretor-Geral do DNPM. O requerimento deve ser protocolado em duas vias indicando o nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda do requerente. No caso de pessoa jurídica deve indicar a razão social, número de registro no Órgão de Registro de Comércio, endereço e número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

O requerimento deve ser acompanhado de: a) prova de recolhimento dos respectivos emolumentos; designação das substâncias a pesquisar; b) indicação da extensão superficial da área objetivada, em hectares, e do Município e Estado em que se situa; c) memorial descritivo da área pretendida, nos termos a serem definidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; d) planta de situação, cuja configuração e elementos de informação serão estabelecidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; e) plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução.

A área objeto da pesquisa deve estar livre, ou seja, não estar sujeita a outra pesquisa (art. 18 do CM). O prazo de validade da autorização de pesquisa não será inferior a um ano nem superior a três anos, admitida sua prorrogação (art. 22 do CM). Durante a pesquisa, não é permitida a extração de substâncias minerais, salvo prévia autorização do DNPM (art. 22, §2º do CM).

Finalizada a pesquisa, o art. 30 do CM dispõe que deverá ser apresentado um relatório ao DNPM, que verificará sua exatidão e proferirá despacho decidindo pela aprovação (existência de jazida), não aprovação (insuficiência dos trabalhos de pesquisa ou deficiência técnica na sua elaboração), arquivamento (inexistência de jazida) e sobrestamento (impossibilidade temporária da exequibilidade técnico-econômica da lavra). Aprovado o relatório, o titular terá até um ano para requerer a concessão da lavra (art. 31 do CM).

A lavra é definida pelo art. 36 do CM como “o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas”. Conforme o art. 38 do CM, o requerimento deve ser dirigido ao Ministro de Minas e Energia por pessoa jurídica, juntamente com os seguintes documentos: a) certidão de registro, no Departamento Nacional de Registro do Comércio, da entidade constituída; b) designação das substâncias a lavar; c) denominação e descrição da localização do campo pretendido para a lavra; d) definição gráfica da área pretendida, delimitada por figura geométrica; e) servidões de que deverá gozar a mina; f) plano do aproveitamento econômica da jazida, que compreende o memorial exemplificativo, projetos sobre o método de mineração a ser adotado, plano de resgate, plano de controle dos impactos ambientais, plano de fechamento da mina e licença de instalação concedida pela Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, conforme o disposto na Resolução Conama

no 09/90 (BRASIL, 1990); g) prova de disponibilidade de fundos ou da exigência de compromissos de financiamento.

O requerimento será numerado e registrado cronologicamente pelo DNPM, sendo juntado ao processo que autorizou a pesquisa (art. 41 do CM). Já a concessão da lavra será adjudicada por meio de uma portaria assinada pelo Ministro de Minas e Energia. O titular da concessão poderá requerer ao DNPM a posse da jazida dentro dos 90 dias a contar da data da publicação da portaria no Diário Oficial da União (art. 44 do CM).

A juízo do Governo, a autorização poderá ser recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, podendo o pesquisador ter direito a indenização (art. 42 do CM). O título de lavra pode ser objeto de cessão ou transferência, desde que satisfeitas as exigências legais.

9.2. Das jazidas

Jazida é “toda massa individualizada de substância mineral ou fósil de valor econômico, aflorando à superfície ou existente no interior da terra; considera-se mina a jazida em lavra, ainda que suspensa” (art. 6o do RCM). São partes integrantes das minas os edifícios, construções, maquinarias, aparelhos e instrumentos destinados à atividade mineradora; as servidões necessárias para o exercício da lavra, os animais e veículos empregados no serviço, os materiais necessários para os trabalhos de lavra e as

provisões necessárias ao trabalho por um período de 120 dias (art. 10 do RCM).

Segundo o art. 7º do RCM, há 8 classes de jazidas: jazidas de substâncias minerais metalíferas; jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil; jazidas de fertilizantes; jazidas de combustíveis fósseis sólidos; jazidas de rochas betuminosas e pirobetuminosas; jazidas de gemas e pedras ornamentais; jazidas de minerais industriais, não incluídas nas classes precedentes; jazidas de águas minerais.

As substâncias minerais relacionadas a cada uma dessas classes estão previstas no art. 8º do RCM¹³⁹.

139 Art. 8º As substâncias minerais, relacionados em cada classe, têm a seguinte especificação:

Classe I - minérios de: alumínio, antimônio, arsênico, berílio, bismuto, cádmio, cério, césio, cobalto, cromo, chumbo, cobre, escândio, estanho, ferro, germânio, gálio, háfnio, ítrio, irídio, índio, lítio, manganês, magnésio, mercúrio, molibdênio, nióbio, níquel, ouro, ósmio, prata, platina, paládio, rádio, rênio, ródio, rubídio, rutênio, selênio, tálio, tântalo, telúrio, titânio, tungstênio, vanádio, xenófito, zinco, zircônio.

Classe II - ardósias, areias, cascalhos, gnaisses, granitos, quartzitos e saibros, quando utilizados “in natura” para o preparo de agregados, pedra de talhe ou argamassa, e não se destinem, como matéria-prima, à indústria de transformação.

Classe III - fosfatos, guano, sais de potássio e salitre.

Classe IV - carvão, linhito, turfa e sapropelitos.

Classe V - rochas betuminosas e pirobetuminosas.

Classe VI - gemas e pedras ornamentais.

Classe VII - substâncias minerais industriais, não incluídas nas classes precedentes: anfibólios, areias de fundição, argilas, argilas refratárias, andaluzita, agalmatolitos, asbestos, ardósias, anidrita, antofilita, bentonitas, barita, boratos, calcários, calcários coralíneos, calcita, caulim, celestita, cianita, conchas calcárias, córidon, crisotila, diatomitos, dolomitos, diamantes industriais, dumortierita, enxôfre, estroncianita, esteatitos, feldspatos, filitos, fluorita, gipso, grafita, granada, hidrargilita, sais de iôdo, leucita, leucofilito, magnesita, mármore, micas, ocre, pinguita, piritita, pirofilita, quartzo, quar-

Essa classificação não inclui as jazidas de águas subterrâneas, de petróleo, gases naturais e outro hidrocarbonetos fluídos, gases raros e de substâncias minerais de uso na energia nuclear (art. 7o, §1o do RCM).

9.3. Regimes de Aproveitamento

Dispõe o art. 2o do CM¹⁴⁰ que os regimes de aproveitamento dos recursos minerais são: concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira e monopolização:

zitos, silimanita, sais de bromo, salgema, saponito, sílex, talco, tremolita, tripolito, vermiculita, wollastonita.

Classe VIII - águas minerais.

140 Art. 2º. Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são:

- I - regime de concessão, quando depender de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia;
- II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM;
- III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM;
- IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM;
- V - regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização.

a) Concessão: depende da emissão de uma portaria emitida pelo Ministério de Minas e Energia, ficando o DNPM responsável pela fiscalização dessa outorga, também conhecida como Portaria da Lavra¹⁴¹ (art. 37 do CM) (BRASIL, 2016a).

A concessão exige a análise prévia da área e dos minerais a serem trabalhados, em que o requerente, que somente poderá ser brasileiro, pessoa natural, firma individual ou empresa habilitada conforme a lei, deverá contratar um geólogo ou engenheiro de minas para que elaborem os relatórios que irão compor o Requerimento de Pesquisa, cujo modelo encontra-se presente no site do DNPM. Estes profissionais devem possuir a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) para a devida execução de seus trabalhos, apresentando-os nos documentos por eles realizados. Em relação à área, deverá ser considerada livre, cuja verificação poderá ser feita por meio do Sistema de Informação Geográfica de Mineração - SIGMINE (BRASIL, 2016b).

Após a aprovação do Relatório Final de Pesquisa (RFP) pelo DNPM (art. 37 do CM) , pode-se requerer ao Ministro das Minas e Energia a concessão da lavra em até 1 ano (art. 38 do CM), exigindo-se para sua validação a presença de certos documentos, como a certidão de registro do titular no Departamento

141 Paralelamente à Portaria de Lavra, o titular da concessão deve iniciar processo de licenciamento ambiental, que inclui a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação. As licenças ambientais estão estabelecidas no Decreto no 99.274/90, que regulamenta a Lei no 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e detalhadas na Resolução CONAMA no 237/97 (GUIA DE PROCEDIMENTOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL FEDERAL, 2016).

Nacional de Registro de Comércio, o Alvará de Pesquisa, a delimitação da área em que recairá a atividade mineradora e o plano de aproveitamento econômico (PAE), tendo este sua previsão no art. 38, VI, do CM, cuja outorga deve observar a viabilidade técnica-econômica do empreendimento, a ser apresentada ao DNPM. Cabe destacar que o PAE deve conter, em suas análises, projetos ou anteprojetos referentes à higiene das minas e dos locais de trabalho, assim como aqueles relativos às moradias dos que ali residem, de acordo com o art. 39, II, “e” e “f”, do CM.

Encerrado este processo, o decreto assinado pelo Ministro das Minas e Energia que concede o título de lavra deve ser publicado no Diário Oficial da União, data a partir da qual o titular da concessão poderá iniciar a exploração das jazidas dentro do prazo de seis meses (art. 47, I, do CM). Esse aproveitamento dos recursos, porém, está condicionado a certos limites, como o plano de lavra aprovado pelo DPNM, a extração de substâncias de acordo com aquelas previstas no Decreto de Concessão e a observância de certas normas relativas às condições do trabalho, promovendo a segurança e a salubridade do local. Caso o titular da exploração se depare com novas substâncias minerais não previstas no Decreto de Concessão, deverá informar o DNPM o ocorrido. Também deverá produzir um relatório anual sobre as atividades realizadas, a serem enviadas para este órgão, contendo dados sobre os métodos de lavra, características das substâncias minerais produzidas, número de trabalhadores da mina, investimentos nela realizados e o balanço anual da empresa (art. 50 do CM).

Dentre as obrigações previstas, o titular da concessão deverá responder pelos danos e prejuízos a terceiros que resultem, direta ou indiretamente, da lavra (art. 47, VIII do CM); promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local (art. 47, IX do CM); evitar a poluição do ar ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração (art. 47, XI do CM); etc.

b) Autorização: o regime de autorização de pesquisa depende de alvará do Diretor-Geral do DNPM, devendo ser publicada no Diário Oficial da União. A partir da publicação do alvará, o titular tem um prazo de 2 a 3 anos para realizar os trabalhos de pesquisa. A autorização pode ser concedida a brasileiro ou sociedade organizada no País, autorizada a funcionar como empresa de mineração (art. 12 do RCM). É por meio da autorização de pesquisa que se busca descobrir uma jazida (art. 2o, II do CM).

c) Licenciamento: o regime de licenciamento segue o sistema de acessão e se aplica para as substâncias de uso imediato na construção civil (art. 2o III do CM), a exemplo da argila vermelha e o calcário para corretivo de solos. O licenciamento atribui faculdade exclusiva ao proprietário do solo ou de quem dele obtiver expressa autorização, devendo, entretanto, a área estar livre, ou seja, não sujeita a outro licenciamento. Uma particularidade deste regime é a participação do Município na expedição da licença, que aprecia a conveniência do empreendimento para a cidade. A obtenção do licenciamento é mais rápida que a autorização e a concessão de lavra porque não requer pesquisa, além de todos os trâmites poderem ser realizados localmente. Contudo, essa carac-

terística apresenta também um lado negativa, na medida em que o interessado fica na dependência das prefeituras e do proprietários do solo.

Quando a exploração de substâncias de uso imediato for realizada por órgãos da administração direta e autarquia da União, Estados, Distrito Federal e Município para o uso exclusivo em obra pública, o regime será o de registro de extração, expedido pelo Diretor-Geral do DNPM, segundo o art. 7o do Decreto no 3.358/2000 (BRASIL, 2000). É proibido o comércio do produto dessa lavra, assim como a cessão de sua titularidade a terceiros.

d) Permissão: o regime de permissão é concedido pelo Diretor-Geral do DNPM nos casos de garimpagem, faiscação e cata, caracterizados pela extração rudimentar e individual de minerais úteis (art. 71 do CM), estando previstas no art. 70 do CM¹⁴².

142 Art. 70 Considera-se

- I - garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos.
- II - faiscação, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras; e,
- III - cata, o trabalho individual de quem faça, por processos equiparáveis aos de garimpagem e faiscação, na parte decomposta dos afloramentos dos filões e veeiros, a extração de substâncias minerais úteis, sem o emprego de explosivos, e as apure por processos rudimentares.

O trabalhador que realiza as atividades de garimpagem, faiscação e cata é chamado genericamente garimpeiro, não tendo outro ônus senão o pagamento da menor taxa remuneratória cobrada pelas Coletorias Federais¹⁴³ (art. 73 do CM). No caso do solo ser de domínio privado, deverá o garimpeiro obter o consentimento prévio do proprietário (art. 74 do CM), a quem poderá pagar uma contribuição não superior ao dízimo do valor do imposto único que for arrecadado pela Coletoria Federal da jurisdição local, referente à substancia encontrada (art. 74 do CM). Na permissão constará a matrícula do garimpeiro, que deverá ser renovada anualmente, sendo seu uso pessoal. O requerimento da matrícula pode ser realizada de forma verbal junto à Coletoria Federal, sendo necessário apresentar o comprovante de quitação do imposto sindical e o pagamento da taxa remuneratória cobrada pela mesma Coletoria (art. 73 do CM).

O regime de permissão pode também ser requerido por empresa de mineração que pretenda realizar o reconhecimento geológico visando obter informações preliminares regionais necessárias à formulação do requerimento de autorização da pesquisa (art. 91 do CM).

e) Monopolização: o regime da monopolização é uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, não ocorrendo no âmbito dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios. Esse regime encontra-se previsto no art. 2o, V, do CM e no art. 177

143 Repartição pública federal onde a população paga seus impostos.

da CF/88, no qual se assegura à União o exercício exclusivo das atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; refinação do petróleo natural ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, transporte através de conduto, petróleo bruto, derivados e gás natural de qualquer origem; pesquisa, a lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob o regime de permissão, nos termos do art. 21, XXIII, “b” e “c” da CF/88.

A monopolização foi relativizada com a Emenda Constitucional 49, 8 de fevereiro de 2006 (EC49/2006), que permitiu à União contratar empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades, exceto no caso dos minérios e minerais nucleares (art. 177, §1o da CF/88), sendo que toda atividade nuclear no território nacional somente será admitida para fins pacíficos, conforme previsto no art. 21, XXIII, “a” da CF/88, devendo a União ser civilmente responsável pelos danos ocasionados dessa atividade, independentemente da existência de culpa (art. 21, XXIII, “d” da CF/88).

9. Principais casos e experiências emblemáticas de atuação jurisdicional no tema de direitos humanos e empresas transnacionais da mineração.

Em nível internacional, o caso do Rompimento da Barragem de rejeitos da mineradora Samarco em Mariana, no Estado de Minas Gerais, pode ser citado como um dos casos mais emblemáticos do Brasil com relação a violações de direitos humanos relacionadas á mineração.

Esse caso motivou a denúncia do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos junto a outros 13 casos também de violações de direitos humanos por empresas mineradoras.

Para exemplificar a atuação jurisdicional no tema de direitos humanos e empresas transnacionais da mineração, todos esses 14 casos serão relatados a seguir, mas antes impende observar que há também diversas queixas (mais de 60) contra o Estado brasileiro perante o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pela violação das liberdades sindicais (GUIDO, 2010). No final do presente trabalho, serão relatadas duas dessas queixas relativas à atividade mineradora no Brasil.

Convém registrar que, com relação às violações de direitos humanos por empresas transnacionais em território brasileiro, não são identificadas ações judiciais contra as empresas matrizes nos Estados de origem.

9.1. Denúncias perante a CIDH

No dia 08 de Junho de 2016, a sociedade civil apresentou em audiência perante a Comissão Interamericana de Direitos

Humanos (CIDH), 14 denúncias em face do Estado Brasileiro por supostas violações de direitos humanos em decorrência de atividades mineradoras (CONNECTAS, 2016). Todos os casos foram denunciados em um mesmo ato, ainda sob o impacto ocasionado pelo desastre envolvendo o rompimento da barragem do Fundão em Mariana (MG). De acordo com as organizações civis responsáveis pela denúncia¹⁴⁴, o objetivo de propor todas essas denúncias em um único ato foi evidenciar a persistente omissão das autoridades brasileiras em tomarem as medidas necessárias para prevenir e investigar violações de direitos como consequências da atividade de mineração.

Neste e noutros casos há, porém, a inconclusa discussão acerca do direito ao desenvolvimento dos chamados países emergentes e pobres, na solução de seus problemas de alternativas enérgicas, a baixo custo para suas populações. O Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares, por exemplo, que é o principal instrumento sobre uso de energia atômica e armas nucleares, estabelece que é direito legítimo e inalienável de todas as nações a ambição pelo domínio da tecnologia para produção de energia nuclear com finalidade pacífica. Sabe-se que o grande dilema desta forma de energia é seu risco: quem domina esta tecnologia para

144 São elas: Fórum Capixaba; Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade (PoEMAS); Conectas; Coletivo Ame a Verdade; Comitê Nacional em Defesa dos Territórios frente à Mineração; Sindicato Metabase; Coletivo Margarida Alves; Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB); Artigo 19; Justiça Global; Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais (GEPISA).

produção de energia barata para seus povos, domina-a também para produção de armas com poder de destruição em massa.

O que se percebe é uma forte pressão de países desenvolvidos e suas organizações civis sobre nações emergentes – como Brasil, Rússia, China que são detentores de potenciais ambientais importantes para o planeta – para a preservação de seus ambiente, enquanto que as nações hoje desenvolvidas não enfrentaram esta pressão há 40 ou 50 anos atrás quando expandiram seus projetos de desenvolvimento e de aumento geopolítico de poder. Por fim, a dubiedade quanto à exigência de obediência aos direitos humanos da parte de países desenvolvidos compromete não somente a luta pelos direitos humanos no plano internacional, como enfraquece organismos internacionais envolvidos com esta atividade. Países aliados da OTAN cometem graves violações aos direitos humanos contra suas populações sem que recebam crítica da comunidade internacional. Países fora da aliança do militar e política entre Atlântico Norte e Europa, por sua vez, não escapam da forte pressão perante organismos e tribunais internacionais e perante a opinião pública internacional.

9.1.1. Barragem do Fundão - Mariana (Minas Gerais)

A Barragem do Fundão, administrada pela empresa mineradora Samarco e localizada no município de Mariana (Estado de Minas Gerais), rompeu no dia 05 de Novembro de 2015, destruindo o distrito de Bento Rodrigues e resultando na morte de 19 pessoas, além de afetar direta e indiretamente a vida de cerca de

outras 3,2 milhões, sendo este desastre considerado o maior do gênero no país.

Em decorrência do rompimento, houve o dejetos de inúmeros minerais pesados no Rio Doce, que corta diversos municípios ao longo dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, ao formar uma lama de detritos tóxicos que chegou até o mar, cuja distância em relação à barragem destruída supera os 600 km, causando impactos contundentes nos ecossistemas pelos quais passou, assim como a afetação da vida de inúmeras famílias atingidas (LOPES, 2016). Muitas pessoas estão privadas de seu direito à moradia, uma vez que inúmeras tornaram-se desabrigadas, sem possibilidade de exercerem suas atividades cotidianas, além dos habitantes de outros municípios também afetados pelo rastro de lama tóxica no Rio Doce que foram privados de seus meios de subsistência, como a pesca.

A Advocacia-Geral da União e o Ministério Público de Minas Gerais ajuizaram uma ação civil pública contra a Samarco e suas empresas controladoras, a Vale e a BHP Billiton, obrigando-a a pagar cerca de R\$ 20 bilhões para a reparação dos danos causados. Foram identificadas, em meio às investigações, inúmeras irregularidades em relação ao licenciamento que permitia as atividades da mineradora na região, como a fraude de documentos para sua obtenção, assim como a ausência de licença ambiental para o depósito de rejeitos da Vale (SAMARCO FRAUDOU DOCUMENTOS PARA PEDIR LICENÇA DE BARRAGEM DIZ A PROMOTORIA, 2016). Além disso, foram denunciadas irregulari-

dades nos acordos firmados entre as empresas, o governo federal e os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo – que resultou no “Termo de Ajustamento de Conduta” (TAC), em março de 2016 –, por não concederem oportunidade para que a população atingida fosse ouvida na formulação de tais acordos.

Esta população também não foi consultada, anteriormente ao rompimento da barragem, na elaboração do plano de contingência, assim como não lhes foram repassadas informações acerca dos procedimentos a serem tomados em situações de emergência, evidenciando o déficit de participação da mesma em assuntos relevantes.

Após o desastre, violações continuaram a ocorrer, como a omissão na prestação de assistência às vítimas, que deveriam ter sido cadastradas para receber a ajuda, o que não foi feito inicialmente, deixando-as desamparadas. Essa função passou à alçada da própria Samarco semanas depois, cujos critérios ela mesmo estabelecia, dificultando o ingresso de famílias afetadas e a prestação de auxílios compensatórios. Inconsistências sobre as causas do rompimento também foram verificadas, com a falta de apresentação de informações detalhadas, em especial no que tange aos projetos de recuperação ambiental, violando o direito à informação.

9.1.2 “Cidade de Chumbo”, Santo Amaro (Estado de Bahia)

Na “cidade de chumbo”, como ficou conhecido o município de Santo Amaro (BA), cerca de 1.600 pessoas foram contaminadas por conta do transporte e exposição indevida de materiais

tóxicos produzidos pela empresa Plumbum, que incorporou uma fábrica instalada na região desde 1960, então conhecida como Cobrac, poluindo o ar e o rio Subaé com chumbo e cádmio (ANDRADE, 2013).

Após o fechamento da empresa, em 1993, estima-se que mais de 400 mil toneladas de chumbo foram deixadas na região sem as devidas medidas para evitar a contaminação ambiental, levando o Ministério Público Federal da Bahia a ajuizar ações contra a Plumbum Mineração e Metalurgia LTDA., integrante do grupo TREVO. Somente em 2014 a Justiça Federal condenou a empresa ao pagamento do 10% do seu faturamento pelos danos causados à população local a título indenizatório.

9.1.3. Mina de Ouro Jacobina – Chapada Diamantina (Estado da Bahia)

A extração de ouro de uma mina subterrânea, localizada na cidade de Jacobina, na Chapada Diamantina, pela companhia Jacobina Mineração e Comércio Ltda., subsidiária da canadense Yamana Gold Inc., tem provocado, desde 2006, inúmeros impactos socioambientais e intoxicação dos trabalhadores da empresa (OLIVEIRA, 2008). Assim, no rio Itapicuru-Mirim, foram encontrados rejeitos da extração mineral de ouro causando danos e colocando em risco de intoxicação a população local.

A empresa é objeto de mais de 80 denúncias por violações trabalhistas, incluindo o não atendimento às normas básicas de segurança, cuja inobservância resultou na morte de dois tra-

balhadores em 2013. O Ministério Público do Trabalho da Bahia entrou com uma ação com pedido de liminar para que a empresa cumpra com adotar os 102 itens de segurança que estavam sendo negligenciados, além do pagamento de R\$4 milhões pelos danos morais e materiais provocados à comunidade.

9.1.4. Mina de Urânio – Caetité (Estado da Bahia)

No município de Caetité (640 km de Salvador), a empresa estatal Indústrias Nucleares do Brasil S.A., vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), é a responsável pela única mina de extração de urânio no Brasil, com capacidade de produção de 400 toneladas de concentrado de urânio por ano e reservas de 100.00 toneladas.

Há mais de 15 anos que a mina vem sendo alvo de investigações por terem sido encontrados materiais radioativos na comunidade circundante e a estatal ter se mostrado omissa na divulgação de informações sobre o nível de material encontrado. Em 2010, os poços e caixas públicas de água foram lacrados por conterem radioatividade. Sua população está sujeita, inclusive, a exposição de radiação em uma média considerada superior a mundial, evidenciando os enormes impactos que tal fato pode ocasionar, como câncer e envenenamento (PORTO; FINAMORE; CHAREYRON, [s.d]).

9.1.5. Pólo Industrial de Piquiá de Baixo - Açailândia (Estado do Maranhão)

O bairro de Piquiá de Baixo localiza-se em um polo industrial siderúrgico do Município de Açailândia, em uma área onde se encontram 14 altos-fornos de produção de ferro gusa, controlados pelas empresas Gusa Nordeste, Ferro Gusa do Maranhão, Viena Siderúrgica, Siderurgia do Maranhão e Siderurgia Vale do Pindaré.

Essas empresas utilizam a água dos cerca de 30 riachos da região para o resfriamento dos fornos, sendo que depois desse processo, a água é devolvida ao rio Pequiá para o consumo dos moradores (ROCHA, 2015). Tal procedimento, que remonta aos anos 80, tem provocado a contaminação dos mesmos. Em decorrência dessa situação, inúmeras famílias foram removidas de suas residências, no intuito de prevenir novas contaminações, reque-rendo-se, porém, indenizações pelas empresas responsáveis, entre elas a Vale, fornecedora de matéria-prima para as siderúrgicas.

9.1.6. Pólo Gesseiro, Chapada do Araripe (Estado de Pernambuco)

Na Chapada do Araripe, região que abrange os Estados de Pernambuco, Ceará e Piauí, localiza-se um polo industrial responsável pela extração de gipsita, (matéria prima para a fabricação do gesso), no qual atuam mais de 600 empresas. Como consequência da intensa atividade, há uma considerável contaminação do ar em decorrência da poeira do gesso (BEZERRA, 2015).

A água também vem sendo contaminada por causa do despejamento de materiais sólidos que a tornam imprópria para uso, afetando a vida das comunidades locais. Além disso, devi-

do ao fato de a matriz energética desse polo ser principalmente a lenha, a degradação da vegetação da região tem acelerando o processo de desertificação da Caatinga, alterando negativamente o ecossistema e provocando o êxodo rural como consequência da substituição das áreas de produção agrícola por lavras de gipsita. Algumas empresas atuantes na extração mineral foram intimadas, em 2015, para atenderem a determinações relativas à normas de segurança do trabalho, após se verificar a presença de irregularidades.

9.1.7. Serra da Cana Brava - Minaçu (Estado de Goiás)

O Município de Minaçuestá localizado a 504 km da capital do Estado de Goiás. Na região atua a mineradora Sama Minerações Associados Ltda., sob controle do grupo brasileiro Eternit, sendo a única no país que extrai amianto, material considerado proibido em outros 52 países. Sua extração expõe no ar fragmentos que podem provocar inúmeras doenças, entre elas câncer de pulmão e fibrose pulmonar (MARINO; YOSHIDA, [s.d]).

Os efeitos na inalação do amianto podem demorar de 30 a 40 anos para aparecer, sendo por esse motivo chamada de “epidemia invisível”, tendo em vista que essa demora para se manifestar impede seu diagnóstico e tratamento oportunos. Em 1 de junho de 1995, a exploração, comercialização e uso de fibras de amianto do grupo dos anfíbios foi proibida, por meio da Lei no 9.055/95 (BRASIL, 1995), em virtude da gravidade dos danos que provoca

à saúde, permitindo-se apenas o uso controlado do amianto crisotila.

Embora o Instituto Brasileiro de Crisotila (INSTITUTO BRASILEIRO DE CRISOTILA, [s.d]) tenha manifestado que esse tipo de amianto é menos nocivo por ser mais rapidamente eliminado pelo pulmão, outros estudos apontam a necessidade de aboli-lo definitivamente seu uso no país. No relatório do Grupo de Trabalho do Amianto, da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados Federais - CMADS, elaborado em 2010, sugere-se a proibição de todas as formas de amianto no Brasil, a desativação da mina de Cana Brava e a implementação de uma política de transição para outro tipo de tecnologia (DOSSIÊ AMIANTO BRASIL, [s.d]).

9.1.8. Produção de Carbonato de Níquel com Amônia - Niquelândia (Estado de Goiás)

Em Goiás, na cidade de Niquelândia, encontra-se a segunda maior reserva do mundo de níquel, cuja exploração vem sendo realizada pelas empresas Votorantim Metais Níquel S.A. e Codemin S.A., ambas atuantes na região desde a década de 1980. No processo de produção de carbonato de níquel utiliza-se amônia (NH₃), que, por ser volátil, aumenta o risco de intoxicação. A amônia pode provocar irritação e corrosão na superfície dos olhos, nariz e garganta, edema pulmonar, espasmos e morte por asfixia (MUNIZ, 2006).

Em outubro de 2007, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativistas de Niquelândia (Sitien) realizou uma reunião na qual reivindicou o fim do uso da amônia, por ter causado a morte de 50 trabalhadores. Esse mesmo ano, a Câmara dos Deputados realizou uma audiência para tratar a problemática, sem que nenhuma medida tivesse sido adotada. No início de 2016, a Votorantim Metais Níquel S.A. fechou a empresa devido ao baixo preço do metal no mercado mundial. Cerca de 800 trabalhadores foram demitidos.

9.1.9. Extração de carvão, Candiota (Estado de Rio Grande do Sul)

No Município de Candiota, no Estado de Rio Grande do Sul, encontra-se a maior reserva de carvão do país, que serve como recurso energético para o funcionamento do Complexo Termelétrico de Candiota. Esse Complexo foi inaugurado em 1961 e seu desenvolvimento passou por três fases.

A fase “A” deu-se em 1974, como a inauguração da Usina Termelétrica Presidente Médici. A fase “B” aconteceu em 1986 e a “C” em 2011. Atualmente, o Complexo é administrado pela Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), empresa do sistema Eletrobrás, sendo que seu funcionamento vem ocasionando graves consequências para a vida local por causa da contaminação do ar e das águas pelos rejeitos despejados.

Análises realizadas pelo IBAMA revelaram a presença de dióxido de enxofre (SO₂) oito vezes maior do que o limite legal,

inclusive nas residências de parte da população (ROHR, 2012). Tal fato ocasionou que, em 2011, o Ministério Público Federal solicita-se ao IBAMA, o encerramento das etapas “A” e “B” e a suspensão da licença da etapa “C”, concedida pelo própria IBAMA em 29 de dezembro de 2010.

9.1.10. Chumbo, Alto Vale do Ribeira (Estados de São Paulo e Paraná)

Na região do Alto Vale do Ribeira, nos Estados de São Paulo e Paraná, desenvolve-se uma ampla atividade, principalmente de chumbo, que atua em conjunto com usinas metalúrgicas locais. Ambas atividades vêm provocando danos socioambientais significativos, incluindo à saúde humana. O arsênio, mineral extraído a partir do chumbo, é responsável pelo crescimento dos níveis de intoxicação de pessoas que vivem nas comunidades (CHUMBO CONTAMINA SOLO E HABITANTES DA REGIÃO DO ALTO VALE DO RIBEIRA, [s.d]).

O Município mais afetado é Adrianópolis, na região metropolitana de Curitiba (PA). Durante mais de 50 anos, esse Município foi alvo das atividades de extração e refinamento de chumbo pela empresa Plumbum do Brasil Ltda., pertencente ao grupo TREVO. Em 1995, como consequência do esgotamento das jazidas, a Plumbum encerrou suas atividades, deixando um grande passivo ambiental, especialmente a contaminação do rio Ribeira do Iguape, onde a empresa jogava os resíduos.

Diversos estudos vêm mostrando níveis alarmantes de chumbo e arsênio no sangue das pessoas em Adrianópolis e municípios adjacentes. Muitas comunidades quilombolas foram desapropriadas, o que resultou em graves violações de seus direitos, principalmente o de moradia e integridade cultural, desmantelada pelas atividades desempenhadas pela empresa mineradora, assim como pelos impactos ambientais dela decorrentes, a exemplo do desmatamento (FIGUEIREDO; CAPITANI; GITAHY, [s.d]). Em 2011, foi concedida liminar contra a Plumbum, o Município de Adrianópolis e a Companhia de Saneamento do Paraná pela contaminação ambiental e danos à saúde da população.

9.1.11. Complexo Carajás (Pará-Maranhão)

Em Carajás, Estado do Pará, funciona há mais de 30 anos um complexo de mineração e metalurgia, sob a administração da mineradora Vale do Rio Doce. O complexo ocupa uma área de 429.000 hectares de terra e englobando as cidades de Paraupabas, Curionópolis, Eldorado, Marabá e Canaã. Embora a concessão tenha sido concedida apenas em 1983, as instalações começaram a ser construídas em 1978.

Desde o início de suas atividades, a comunidade local, incluindo as populações indígenas e quilombolas, vêm sentindo os impactos ocasionados pela poluição do ar e lançamento de detritos no ambiente (MONTEIRO, 2006).

Contudo, somente após a morte de um trabalhador em 2007, no exercício de sua função, teve início uma série de investi-

gações sobre as condições de trabalho no complexo realizada pelo Ministério Público do Trabalho, resultando em uma Ação Civil Pública contra a mineradora em 2009. Nessa Ação, ajuizada perante a 8ª região da Justiça do Trabalho, na 1ª Vara do Trabalho de Parauapebas-PA, requereu-se a condenação da empresa pela violação às normas trabalhistas e a indenização pelo dano moral coletivo, no valor R\$ 100 milhões.

Em 2015, o juiz Jônatas Andrade, da Segunda Vara Federal do Trabalho de Marabá (PA), condenou à empresa a pagar mais de R\$ 800 milhões, após a constatação de mais de 2.000 acidentes de trabalho e 12 mortes desde o ano 2.000. O valor deve ser revertido na promoção de melhorias sociais da comunidade, como a proteção dos ambientes de trabalho. Apesar disso, novos projetos foram elaborados para expandir a capacidade do Complexo, como o projeto Estrada de Ferro Carajás que percorre 22 municípios (3 no Estado do Maranhão e 19 no Estado do Pará).

A Estrada começou a ser construída em julho 1978 e foi inaugurada em fevereiro de 1985, provocando diversos impactos ambientais nas populações urbanas e rurais desses municípios, a exemplo do desmatamento da floresta nativa, contaminação de córrego, assoreamento de açudes, poluição do ar, etc. Essas violações foram denunciadas por um ex-funcionário do serviço inteligência da Empresa perante a Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal em 2013. Atualmente, o Ferro Carajás S11D constitui o maior projeto de ampliação e transporte de mineral

da Vale no mundo, devendo iniciar suas atividades no segundo semestre de 2016.

9.1.12. Mina Morro do Ouro - Paracatu (Estado de Minas Gerais)

Na cidade de Paracatu, no Estado de Minas Gerais, localiza-se a ouro da mina Morro do Ouro, cuja exploração vem sendo realizada pela empresa canadense Kinross Gold Corporation, desde 2004. Apesar do início da exploração mineral empresarial ter se iniciado em 1987, o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal atinge apenas o valor equivalente à média do Estado de Minas Gerais e do Brasil.

Por ser uma mina a céu aberto, em área densamente povoada, o risco de contaminação em decorrência de suas atividades é maior, devido ao lançamento de resíduos no ar que tem o potencial de ser inalado e trazer consequências nocivas para a população, principalmente levando-se em conta a proximidade entre a mina e a área urbana. Isso ocorre na medida em que, com a exploração de ouro, são liberados resíduos de arsênio, material nocivo ao corpo humano (SANTOS, 2012).

Estudos realizados em 2014 pelo Centro de Tecnologia Mineral (Cetem) comprovaram que trabalhadores da empresa apresentam 25 vezes mais o mínimo suportável de arsênio no corpo. Além disso, o Ministério Público Federal constatou violações no que tange à identidade cultural das comunidades quilombolas locais Machadinho (extinta para dar lugar à construção de uma

represa), Família dos Amaros e São Domingos. Contudo, a Justiça Federal negou os pedidos de reparação porque entendeu que não todo descendente de ex-escravo é quilombola. O Ministério Público recorreu invocando a Convenção da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil.

9.1.13. Conceição do Mato Dentro (Estado de Minas Gerais)

Em 2006, a atividade de mineração retornou no Município de Conceição do Mato Dentro (Estado de Minas Gerais), a partir do Projeto Minas-Rio (VIERA; XAVIER, 2013) de construção de infraestruturas dedicadas à mineração de ferro, inclusive com a presença de um mineroduto com 529 km de extensão, cortando vários municípios dos estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro.

O licenciamento ambiental foi concedido por três órgãos diferentes, estratégia algumas vezes utilizadas por grandes empreendimentos para fragmentar o poder de defesa dos atingidos, além de ajudar a subestimar o valor do investimento. A empresa responsável pelo empreendimento é a Anglo American, cujas atividades começaram em 2014, sendo já possível verificar certas consequências socioambientais, como o desalojamento de famílias que viviam em harmonia com a água local, utilizando-a para consumo ou irrigação, além de sua própria contaminação, tornando-a imprópria para uso. Também se verificaram trabalhadores em situações análogas à escravidão, em uma clara afronta aos direitos desses indivíduos.

9.1.14. Congonhas Minérios S.A. , Congonhas (Estado de Minas Gerais)

Em Minas Gerais, no Município de Congonhas, opera a Congonhas Minérios S.A., indiciada diversas vezes por conter irregularidades no que tange à aplicação de normas trabalhistas, como a dispensa coletiva de 20% de trabalhadores da Mina Casa de Pedra, negando o reconhecimento à negociações coletivas (MILLANEZ, 2011). Além disso, é prática comum da empresa a demissão de empregados adoecidos, mesmo sendo estas decorrentes de atividades ligadas ao trabalho na mineradora.

9.2. Queixas contra o Brasil perante a organização internacional do trabalho

9.2.1. Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Petroquímicas do Estado do Paraná (Sindiquímica-PR)

Em 2006, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Petroquímicas do Estado do Paraná (Sindiquímica-PR) denunciou à multinacional Bunge perante o poder público brasileiro pela violação de diversas liberdades sindicais. Diante da falta de respostas efetivas, em abril de 2008, o Sindicato denunciou o Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em 2009, o Comitê de Liberdade Sindical (CLS) da OIT “avaliou que o conflito estava amenizado devido à assinatura de um Termo de Ajuste de Conduta firmado entre a empresa e o Ministério Público do

Trabalho, no qual se comprometia a não praticar novas condutas antissindicais.

O TAC foi descumprido em diversas cláusulas e as práticas ilegais tomaram novas formas, continuando recorrentes e ainda mais graves” (SINDICATO PARANAENSE DENUNCIA PRÁTICAS ANTISSINDICAIS DA TRANSNACIONAL VALE À OIT, 2012). Em dia 30 de agosto de 2012, o Sindicato apresentou a segunda queixa contra o Brasil à Organização Internacional do Trabalho (OIT) por causa das práticas antissindicais cometidas pela empresa que, nesse momento, detinha o controle acionário, ou seja, a multinacional Ultrafertil S.A., empresa da Vale Fertilizantes, da transnacional Vale S.A. Dentre as práticas ilegais “a intimidação dos trabalhadores, demissões como penalidade pela participação nas ações sindicais da categoria, impedimento da entrada de dirigentes sindicais no interior da fábrica para recolher informações sobre as condições de trabalho e discriminação contra diretores sindicais nos processos de promoção da empresa” (SINDICATO PARANAENSE DENUNCIA PRÁTICAS ANTISSINDICAIS DA TRANSNACIONAL VALE À OIT, 2012).

9.2.2. Federação Nacional dos Portuários

Em 23 de setembro de 2008, a Federação Nacional dos Portuários apresentou queixa contra o Estado brasileiro perante o Comitê de Liberdade Sindical (CLS) da OIT por causa da sua omissão no combate às condutas antisindicais das empresas ligadas à exploração do amianto (FEDERAÇÃO NACIONAL DOS

PORTUÁRIOS, [s.d]), especialmente contra o Instituto Brasileiro do Crisotila, controlado pelas 12 maiores empresas extratoras de amianto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maiza Ferreira de Andrade. MORAES, Luiz Roberto Santos. **Contaminação por chumbo em Santo Amaro desafia décadas de pesquisas e a morosidade do poder público.** *Ambiente & Sociedade*. v. 16, n. 2. São Paulo abr/jun2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2013000200005 Acesso em 3 ago. 2016.

BANDEIRA, Ricardo Murari. **Dos contratos de cessão de direito de exploração mineral.** Dissertação (Mestrado em Direito). . Faculdade Mineira de Direito , Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte 2011, 224 p. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BandeiraRM_1.pdf. Acesso em 2 ago. 2016.

BEZERRA, Lireida Maria Albuquerque. **Análise dos impactos socioambientais decorrentes da mineração na Chapada do Araripe, Nova Olinda, Ceará.** *Geosaberes*. Revista de Estudos Geoeducacionais. v. 6, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.geosaberes.ufc.br/seer/index.php/geosaberes/article/viewArticle/413> Acesso em 7 ago. 2016.

BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM. *Ao minerador*, 2016a Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/assuntos/ao-minerador> Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. Sistema De Informação Geográfica De Mineração – SIGMINE, 2016b. Disponível em: <http://sigmine.dnpm.gov.br/webmap/> Acesso em: 5 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1a. Região. *Decisão: Presidente do TRF1 afasta decisão que suspendia a Licença de Operação da UHE Belo Monte, 2016c*. Disponível em: <http://portal.trf1.jus.br/portaltarf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/decisao-presidente-do-trf1-afasta-decisao-que-suspendia-a-licenca-de-operacao-da-uhe-belo-monte.htm> Acesso em: 30 de junho de 2016.

Dilma inaugura usina hidrelétrica de Belo Monte Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/05/dilma-inaugura-usina-hidreletrica-de-belo-monte> Acesso em: 14 julho de 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. *Nota 142*, Brasília, 5 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/2555-solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea> Acesso em: 7 ago. 2016.

BRASIL. Conama. *Resolução nº 369*, de 28 de março de 2006. Dispõe sobre o casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/legisparcel_18.pdfAcesso em: 3 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto Legislativo no 788*, de 14 de julho de 2005 Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=231371>Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Lei no 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto nº 3.358*, de 2 de fevereiro de 2000. Regulamenta o disposto na Lei nº 9.827, de 27 de agosto de 1999, que “acrescenta parágrafo único ao art. 2 do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, com a redação dada pela Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3358.htm Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Lei no 9.055*, de 1 de junho de 2005. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. Conama. *Resolução no 09/90*, de 6 de dezembro de 1990. Dispõe sobre normas específicas para o licenciamento ambiental de extração mineral, classes I, III e a IX. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=106> Acesso em 5 ago. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto no 62.934*, de 2 de julho de 1968. Aprova o regulamento do Código de Mineração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62934.htm. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei nº 227*, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código

de Minas). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: 2 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm Acesso em: 3 ago. 2016.

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medida Cautelar – MC 382/10* - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil. CIDH- Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm> Acesso em: 7 ago. 2016.

CONNECTAS. **Afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil**, 2016. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/45691-brasil-e-denunciado-na-oea-por-tragedia-no-rio-doce> Acesso em: 10 de julho de 2016.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS. *Queixa*. Disponível em: <http://www.abrea.org.br/PDFs/Queixa%20FNP%20para%20OIT.pdf> Acesso em: 10 set. 2016.

FIGUEIREDO, Bernardino. R.; CAPITANI, Eduardo M.; GITAHY, Leda Caria. **Exposição Humana à contaminação por chumbo e arsênio no Vale do Ribeira (SP-PR)**. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT12/bernardino_figueiredo.pdf Acesso em: 9 ago. 2016.

FONTENELES, Gabriel Mattos. **Povos indígenas e globalização: redes transnacionais de apoio a causas indígenas e a usina hidrelétrica de Belo Monte: um estudo exploratório**. 2012, 136 p.. Dissertação (Mestrado em Relações

Internacionais) Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11386/1/2012_GabrielMattosFonteles.pdf Acesso em: 7 ago. 2016.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio – FUNAI. *Parecer Técnico* No 21. Análise do Componente Indígena dos Estudos de Impacto Ambiental. Disponível em: http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/BeloMonteFUNAI.pdf Acesso em: 5 ago. 2016.

CHUMBO CONTAMINA SOLO E HABITANTES DA REGIÃO DO ALTO VALE DO RIBEIRA, [s.d]. Disponível em: http://www.cetem.gov.br/santo_amaro/pdf/Vale_do_Ribeira.pdf Acesso em: 7 ago. 2016.

DOSSIÊ AMIANTO BRASIL, [s.d.]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/18018FE8/Dossie%20Amianto%20Brasil%202010.pdf> Acesso em: 06 ago. 2016.

GUIA DE PROCEDIMENTOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL FEDERAL – Documento de Referência. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf Acesso em: 5 ago. 2016.

GUIDO, Horacio. **Mecanismos de monitoramento e procedimentos de reclamação e queixa. O papel da Organização do Trabalho na garantia da efetividade das normas.** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho.* v. 76, n. 4, out-dez 2010. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/18819> Acesso em: 15 set. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CRISOTILA, [s.d.] Disponível em: <http://www.ibcbrasil.org.br/pesquisa/riscos-a-saude-decorrentes-da-crisotila> Acesso em: 6 ago. 2016.

LOPES, Luciano M. N **O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais.** *Sinapse Múltipla*. v. 5, n. 1, p. 1-14. jun. 2016. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/11377/9677> Acesso em: 5 ago. 2016.

MARINO, Aline Marques. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Direito humano à saúde versus impacto socioeconômico: análise dos questionamentos decorrentes da utilização do amianto a partir da ADI 2.656-9/SP,** [s.d]. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro3/Aline%20Marques%20Marino%20e%20Consuelo%20Yatsuda%20Moromizato%20Yoshida.pdf> Acesso em: 7 ago. 2016.

MILANEZ, Bruno. **Grandes minas em Congonhas (MG), mais do mesmo?.** In: FERNANDES, Francisco Rego Chaves; ENRÍQUEZ, Maria Amélia Rodrigues da Silva; ALAMINO, Renata de Carvalho Jimenez. *Recursos ambientais & Sustentabilidade Territorial*. Vol. 1. Grandes Minas. . p. 199-228. Rio de Janeiro: CETEM, 2011. Disponível em: <http://cetem.gov.br/workshop/pdf/L1.pdf#page=207> Acesso em: 8 ago. 2016.

MONTEIRO, Mauricio de Abreu. **Em busca de carvão vegetal barato: deslocamento de siderúrgicas para a Amazônia.** *Novos Cadernos NAEA*. V. 9,. N. 2, p. 55-97, dez. 2006. Disponível em: http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/3213/1/Artigo_BuscaCarvaoVegetal.pdf Acesso em: 02 ago. 2016.

MUNIZ, Daphne Heloisa de Freitas. OLIVEIRA-FILHO, Eduardo Cyrino. **Metais pesados provenientes de rejeitos de mineração e seus efeitos sobre a saúde e o meio ambiente.** *Universitas: Ciências da Saúde*. V. 4, n. 1/2, 2006. Disponível

em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/cienciasaude/article/viewArticle/24> Acesso em: 8 ago. 2016.

OLIVEIRA Farias, Sara. Torres Montenegro, Antonio. **Enredos e tramas nas minas de ouro de Jacobina**. 2008. Tese (Doutorado em História). Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, 241 p. Disponível em: http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/7224/arquivo3376_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 6 ago. 2016.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza; FINAMORE, Renan; CHAREYRON, Bruno. **Relatório Preliminar. Justiça ambiental e mineração de urânio em Caetitê/Ba: avaliação crítica da gestão ambiental e dos impactos à saúde da população** [s.d]. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/edf4afff65bb36f84420c6db18765fcae5337a30.PDF> Acesso em: 5 ago. 2016.

ROCHA, Milene Rocha Vieira Santos; SILVA, Dyllean de Cássia; LOIOLA, Edney. **Amazônia Oriental: impactos socioambientais em Pequiá de Baixo no Município de Açailândia** – Ma. *Acta Ambiental Catarinense*. V. 12, n. 1/2 2015. Disponível em: <http://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/acta/article/view/3224> Acesso em: 7 ago. 2016.

ROHR, Paula. **Avaliação do risco ocupacional em trabalhadores de minas de carvão de Candiota** (Rio Grande do Sul. Tese (Doutorado em Genética e Biologia Molecular). Programa de Pós-Graduação em Genética e Biologia Molecular. Universidade Federal de Rio Grande do Sul. 2012, 126, p. Disponível em: <http://>

www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61433/000863427.pdf?sequence=1 Acesso em: 02 ago. 2016.

SAMARCO FRAUDOU DOCUMENTOS PARA PEDIR LICENÇA DE BARRAGEM DIZ A PROMOTORIA. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1780713-samarco-fraudou-documentos-ao-pedir-licenca-de-barragem-diz-promotoria.shtml> Acesso em: 3 ago. 2016.

SINDICATO PARANAENSE DENUNCIA PRÁTICAS ANTISSINDICAIS DA TRANSNACIONAL VALE À OIT. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/2012/08/31/sindicato-paranaense-denuncia-praticas-antissindicais-da-multinacional-vale-a-oit-2/> Acesso em: 10 set. 2016.

SANTOS, Márcio José dos. **O ouro e a dialética territorial em Paracatu: opulência e resistência.** Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão Ambiental). Universidade Católica de Brasília. 2012, 194 p. Disponível em: <https://bdt.d.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/1665/1/Marcio%20Jose%20dos%20Santos.pdf> Acesso em: 5 ago. 2016.

VASCONCELOS, Sarah Delma Almeida; LACERDA, Jan Marcel de Almeida. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e o caso Belo Monte: uma análise sobre a proteção internacional dos direitos humanos,** 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=974665989159e4a9> Acesso em: 7 ago. 2016.

VIEIRA, Larissa Pirchiner de Oliveira; XAVIER, Juliana Benício. **A atuação do Estado frente à indústria mineradora em Conceição do Mato Dentro/MG como instrumento de (in) efetivação do texto constitucional.** Revista Digital em Debate.

v. 9. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emdebate/article/view/1980-3532.2013n9p74> Acesso em: 6 ago. 2016.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Adriana de Azevedo Mathis

Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) com pós-doutorado na Freie Universität de Berlin/Alemanha. Professora Associada do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas (ICSA), da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social (PPGSS).

Carla Rafaela Lemos Sales

Doutoranda em Serviço Social pela Universidade Federal do Pará. Professora substituta vinculada à Faculdade de Serviço Social do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Pará.

Flávia do Amaral Vieira

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, área Direito e Relações Internacionais. Advogada Residente “Direitos Humanos e Empresas” - Clínica de Direitos Humanos da Amazônia- UFPA.

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

Doutorado em Direito PUC-RJ (2004). Mestrado em Direito pela PUC-RJ. Coordenador da Rede de Pesquisa PROCAD NF, UFPA, Unisinos e Unicap. Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará.

Ricardo Leão Ribeiro Wanzeller

Mestrado em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social (PPGSS) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Direitos Humanos e Seguridade Social (TRADHUSS), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal do Pará.

10. Marco normativo sobre política de igualdade nas condições de trabalho na mineração.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, prevê no art. 7º disposições acerca da política de igualdade nas condições de trabalho, com destaque para os incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, que tratam respectivamente sobre a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Como signatário da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Estado Brasileiro também deve garantir, de acordo com o inciso XXIII, que todo homem tenha direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego, a igual remuneração por igual trabalho, a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim com a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e o acréscimo, se necessário, de outros meios de proteção social.

Cumprе destacar ainda a Convenção da OIT 045 ratificada pelo Brasil e vigente no país desde 22 de setembro de 1939, que proíbe o emprego de mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas, deixando para a legislação nacional exceções como ocupação em cargo de direção sem vinculação ao trabalho manual, mulheres empregadas em serviços de saúde e serviços sociais, atividades para formação profissional, e quaisquer atividades que não tenham caráter manual (art. 3 da Convenção 45, de 22/11/38).

Ademais, o país ratificou em 1º de fevereiro de 1984 a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (publicada originalmente em 1979), a qual, dentre outras disposições, indica em seu artigo 11 que os Estados signatários deverão “adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na esfera do emprego, objetivando assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres”.

Quanto à legislação interna, a Consolidação das Leis do Trabalho Brasileira (CLT), de 1943, dispõe de diversos artigos que versam sobre igualdade nas condições de trabalho. Como exemplo, o art. 373-A proíbe práticas discriminatórias como a recusa de emprego, promoção ou demissão de trabalhadores em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou gravidez; ou ainda considerar sexo, idade, cor ou situação familiar como variável determinante para remuneração (ou aumento de salário), formação profissional e oportunidades de carreira, entre outros.

Destacam-se, ainda, os artigos 198 e 390 que proíbem o trabalho feminino na mesma atividade que homens quando se tratar de serviços que demande grande esforço físico. Contudo, é permitido o trabalho noturno de mulheres trabalhadoras com acréscimo salarial de 120% sobre o salário normal de um dia. Observa-se, por fim, os artigos 461 e 462 que definem igualdade no trabalho a equiparação de salários sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Além disso, a CLT pontua normas especiais de tutela do trabalho (Título III), apontando em quatro capítulos, respectivamente: disposições especiais sobre duração e condições de trabalho, nacionalização do trabalho, proteção ao trabalho da mulher, e proteção do trabalho do menor. Importa sinalizar que, somente na seção X do capítulo I, do Título III, existe referência ao trabalho com atividades minerais, porém relacionado somente a minas em subsolo. Além desta, não se observa outro dispositivo legal que trate sobre as condições de trabalho específicas para o setor mineral.

Ademais, a Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991, prevê no artigo 93 que as empresas destinem uma porcentagem de vagas para empregados que possuam quaisquer tipo de deficiência e esteja habilitado para o trabalho. A relação do percentual de vagas se dá conforme o número de vínculos empregatícios da empresa.

Cabe ressaltar ainda a Lei nº 9.029 de 1995, que proíbe em seu artigo 1º a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua

manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas.

Esta lei tipifica como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; e a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: indução ou incitamento à esterilização genética; e promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

A pena é de detenção de um a dois anos e multa, além de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência; proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A Lei nº 9.029 ainda dispõe que são sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo, a pessoa física empregadora; o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; e o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ao discorrer especificamente sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, a Lei nº 7.716 de 1989 também dispõe sobre política de igualdade nas relações de trabalho¹⁴⁵. Entre outros, esta lei tipifica como crime o ato que, com base na discriminação, negar ou obstar emprego em empresa privada; deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

Já a Lei nº 10.741 de 2003 proíbe discriminação no emprego em razão da idade, assegurando que trabalhadores com idade superior a 60 anos tenham o direito de desempenhar qualquer atividade profissional e proibindo qualquer discriminação no processo de contratação baseado em idade.

145 Ver também art. 38 a 42 do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288 de 2010) que prevê ações governamentais para promover ações de igualdade de oportunidades para a população negra.

Observa-se que, apesar de existirem documentos legais como o Código de Mineração (Decreto-lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967), e o Código de Águas Minerais (Decreto-lei nº 7.841 de 08 de agosto de 1945), entre outros instrumentos que compõem o marco regulatório da mineração no Brasil, nestes não se encontram disposições específicas sobre a política de igualdade das condições de trabalho na atividade de extração e produção mineral no Brasil, a não ser a que está prevista na CLT. Nesse sentido, verificam-se, ainda, fragilidades na efetividade prática da legislação brasileira, pois, como aponta o relatório *Education at a Glance 2015: Panorama da Educação*¹⁴⁶, assim como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2015)¹⁴⁷ ainda é alta a diferença salarial entre gêneros no Brasil, onde os homens recebem cerca de 25% a mais que as mulheres para cargos e escolaridade iguais.

Cumpra-se destacar ainda que na realidade prática das relações de trabalho no âmbito da mineração, há diferenciação entre os que apresentam vínculo empregatício direto à mineradora e aqueles com vinculação direta com as empresas terceirizadas. Além da extensa flexibilização das leis trabalhistas (como será observado mais adiante), nota-se um estímulo à competitividade cada vez mais intenso entre os trabalhadores, que os individualiza

146 Ver em: http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/estatisticas_educacionais/ocde/education_at_a_glance/eag2015_panorama_educacao.pdf

147 Ver em: http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pa&tema=-sis_2015.

e fragmenta e, ao mesmo tempo, induz a uma intensificação do trabalho¹⁴⁸.

148 Druck (2013) concebe a terceirização como a principal forma de precarização do trabalho, defendendo ser ela uma das garantias de que um emprego com registro em carteira se torna instável e ao mesmo tempo, mais produtivo; em que há estimulação de comportamentos em prol da competitividade: “Esta pode ser evidenciada pela extensão da jornada nos locais de trabalho e em domicílio (que não tem limite), pela aplicação da ‘polivalência’, pela aceitação de atividades e horas extras sem remuneração (sobretudo os bancários), pela implementação da informática/microeletrônica (que aumenta substancialmente a produtividade do trabalho, além de impor um novo comportamento dos usuários em sua relação com o tempo de processamento das operações realizadas), pela inserção num ‘segundo’ emprego (por necessidade de complementar a renda), pelo acúmulo de tarefas ou mesmo de funções, em razão do ‘enxugamento’ de pessoal nas empresas ou até mesmo de uma doentia compulsão ao trabalho (os trabalhadores ‘compulsivos’ são conhecidos no meio empresarial como ‘workaholics’)” (DRUCK, 2013, p. 69).

11. Marco normativo sobre tratamento desumano e degradante.

No Brasil, as empresas que exercem suas atividades no território nacional são proibidas de submeterem seus trabalhadores a tratamentos desumanos e degradantes, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal de 1988. Conforme a Carta Maior, o Brasil constitui-se como Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade humana um de seus fundamentos (art. 1º. III).

Ademais, o Brasil ratificou uma série de compromissos internacionais que também vedam a prática¹⁴⁹. Cumpre destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, promulgada através do Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. No capítulo II, o artigo 5.2 do referido Pacto estabelece que: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes [...]”. No mesmo sentido, também dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁵⁰ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992.

Ainda no sistema ONU, o Brasil ratificou, em 28 de setembro de 1989, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Referida Con-

149 Ver <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-nao-ser-submetido-a-castigos-cruéis-desumanos-e-degradantes>

150 <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>

venção proíbe tratamento desumano ou degradante em seu artigo 16. Para assegurar tal postura, a convenção exige do Estado-parte medidas “*eficazes*” de natureza “*judicial*”, inclusive (artigo 2º). Também em 1989, o Brasil promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, através do Decreto nº 98.386.

O Brasil também é signatário do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002.

A proibição ao tratamento degradante e desumano se consubstancia em face ao chamado *trabalho degradante*, que corresponde a todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa¹⁵¹, concebido como uma das modalidades do trabalho análogo à condição de escravo pelo Código Penal.

O art. 149 do Código Penal tipifica o crime de redução à condição análoga à de escravo, considerando a sujeição a condições degradantes de trabalho como uma das caracterizadoras do tipo. Elementos caracterizadores são a ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, que deveria ser garantido pelo empregador; ou seja, em contrário,

151 Art 3º, c) da Instrução Normativa nº 91/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego de 2011.

a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes¹⁵².

Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 91/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego também dispõe que a sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho é trabalho em condição análoga à escravidão.

A partir de 2014, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 81, a Constituição Federal passou a garantir proteção extra às vítimas de trabalho análogo a escravidão ao prever que as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde for localizada exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Assim, no país a relação de trabalho deve preservar a dignidade da pessoa humana, sempre que sejam identificadas situações de tensão ou colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido, assédio moral no trabalho, controle do uso do banheiro, revista abusiva e outras práticas podem ser consideradas tratamentos degradantes e desumanos.

A Consolidação das leis do Trabalho, no capítulo de proteção ao trabalho da mulher, o art. 373-A, inciso VI, veda a reali-

152 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006. p. 132.

zação pelo empregador ou preposto de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Há jurisprudência farta, fundamentada na proteção constitucional da dignidade humana e da proibição de tratamento desumano e degradante no sentido que a submissão à situação vexatória e humilhante garante direito a danos morais¹⁵³.

O Estado Brasileiro fornece, ainda, um serviço de recebimento de denúncias sobre tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, através do Disque Direitos Humanos, o Disque 100, oferecido pela Ouvidoria da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. O serviço funciona 24 horas, recebendo denúncias pelo site ou por telefone, e as ligações são gratuitas.

12. Regimes de contrataçãoe distintas jornadas de trabalho no âmbito da mineração.

No Brasil, há duas principais modalidades de regime jurídico de contratação nas relações de trabalho: o regime estatutário, previsto para os servidores públicos, e o regime celetista, para os demais.

O regime estatutário é assim denominado em razão de que a lei que reúne o conjunto de princípios e regras referentes a direitos, deveres e demais normas que regem a vida funcional, é denominada de Estatuto. Ou seja, a relação de trabalho entre o servidor e o Estado é regulamentada por Lei, e o ingresso na

153 Proc.: E-RR – 219500-18.1999.5.05.0009. Data de Julgamento: 09/06/2004, Relator Min. João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/07/2004; RO nº 00506 -2008-021-03-00-9) TRT MG; TRT/RO/00803-2011-070-03-00-0;

carreira se dá através de concurso público. Por exemplo, no caso dos servidores públicos federais, a relação de trabalho é regulada pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais (lei 8.112/90).

Já os celetistas são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (decreto lei n. 5452/1943), em regime de natureza contratual, ou seja, a partir da celebração de um contrato de trabalho entre as partes, empregador e empregado. Existem servidores públicos que trabalham sob regime jurídico celetista, os quais podem exercer tão somente atividades-meio do Estado, já que as atividades-fim são restritas aos estatutários, como proteção ao princípio constitucional da impessoalidade do Estado.

São várias as diferenças entre os regimes. Por exemplo, no regime estatutário, os reajustes salariais devem ser aprovados por lei, no celetista, o reajuste é definido por meio de negociação coletiva; enquanto o servidor estatutário tem direito à estabilidade, não tem direito ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), garantia dos celetistas.

Na atividade da mineração, por ser essencialmente realizada por empresas privadas, a maior parte da mão de obra tem vínculo celetista. Segundo o IBGE (2013), ao divulgar o Cadastro Central de Empresas¹⁵⁴, nos anos de 2012 e 2013, mais de 245

154 “O Cadastro Central de Empresas - Cempre reúne informações cadastrais e econômicas de empresas e outras organizações formalmente constituídas, e presentes no Território Nacional, inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, da Secretaria da Receita Federal, e suas respectivas unidades locais. A atualização desse Cadastro é realizada anualmente a par-

mil trabalhadores estavam empregados em indústrias extrativas relacionadas à mineração.

A contratação laboral por tempo indeterminado se dá através de contrato de trabalho, com assinatura na carteira de trabalho. O empregado tem direito a férias remuneradas, com adicional de 30%, décimo terceiro salário, fundo de garantia, seguro desemprego, entre outros previstos na CLT.

Entretanto, muitos trabalhadores estão vinculados a regimes especiais de contratação. Como o trabalho em regime de tempo parcial, que é aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva ou na contratação de novos empregados sob este regime. O fundamento legal é Medida Provisória 2.164-41 de 24/08/2001 - DOU 27/08/2001 que acrescentou o artigo 58-A na CLT.

O contrato de trabalho por Prazo Determinado é aquele cujo término é estabelecido quando da contratação, ou seja, “cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados, ou ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada” (parágrafo 1º e 2º do Artigo 443 da CLT).

tir das informações do IBGE, provenientes das pesquisas econômicas para as atividades de Indústria, Construção, Comércio e Serviços e do Sistema de Manutenção Cadastral do Cadastro Central de Empresas - Simcad, bem como de registros administrativos do Ministério do Trabalho e Emprego, como a Relação Anual de Informações Sociais - RAIS.” (IBGE, 2013).

Para a validade do contrato de trabalho por prazo determinado é necessário que as circunstâncias o justifiquem, dentre as quais destacamos: a transitoriedade do trabalho objeto do ajuste; a própria atividade empresarial; em razão de um contrato sujeito a prova = contrato de experiência; por determinação legal específica, os seguintes contratos: de técnico estrangeiro (decreto-lei nº 691/69; de safra (lei nº 5.889/73, artigo 14, parágrafo único; de obra certa (lei nº 2.959/58); de aprendizagem (artigo 428 da CLT) e a Lei 9.601/98 Contrato de Trabalho por Tempo/Prazo Determinado.

A Lei nº 9.601 condiciona este tipo de contratação à celebração de acordo coletivo de trabalho, entre a empresa e o Sindicato dos Trabalhadores ou que haja previsão em Convenção Coletiva de Trabalho; e deve gerar, obrigatoriamente, aumento de postos de trabalho. O prazo máximo do contrato de trabalho por prazo determinado é de dois anos, permitida uma única prorrogação quando estipulado por prazo inferior (artigo 445 e 451 da CLT). Se prorrogado mais de uma vez passa a ser contrato indeterminado.

O contrato de experiência é uma modalidade de contrato de trabalho por prazo determinado, tendo por objetivos testar o desempenho das atividades determinadas ao empregado e a capacidade de adaptação ao ambiente e colegas de trabalho, de acordo com os artigos 443, parágrafo 2º, letra c) e 445, parágrafo único da CLT. Pode ser aplicado a qualquer trabalhador, independentemente da qualificação profissional, exceto na readmissão para mesma função se não transcorridos mais de seis meses (cláusula 58 da

CCT/2005 e artigo 452 da CLT) e, após o término de contrato temporário, isto porque, o empregado já foi provado. O prazo máximo de duração é de 90 (noventa) dias.

O contrato de trabalho temporário é uma forma de contratação para atender uma necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente (trabalhador efetivo), como por exemplo, férias, licença maternidade, licença saúde, etc., e para atender acréscimo extraordinário de serviço, como campanhas promocionais, por exemplo.

Verifica-se ainda a contratação no regime pessoa jurídica, mais comum para atividades especializadas, como tecnologia da informação, geoprocessamento, na qual o empregador não é obrigado garantir benefícios da CLT ao contratado, que fornece serviços como se fosse uma empresa. Conta como fundamento legal a Lei nº. 11.196/2005, art. 129¹⁵⁵.

Esta modalidade de terceirização é vantajosa para o empregador por reduzir os custos na contratação, no entanto, é importante frisar que a contratação de pessoa jurídica para atividade-fim é controversa, em virtude do princípio do direito do trabalho da primazia da realidade, passível de anulação com base no art. 9º da CLT, que prevê que “serão nulos de pleno direito os atos prati-

155 Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

cados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Dessa forma, o ato de coagir o empregado a constituir uma pessoa jurídica, transformando a relação de emprego num contrato de prestação de serviços, com o objetivo de eximir-se, de suas obrigações legais, tais como o recolhimento do INSS, depósito do FGTS, seguro-desemprego, é ilegal e ilícito. A descaracterização, no sentido de *reconhecer a existência do vínculo empregatício*, vem sendo regra¹⁵⁶ quando, p. ex., torna-se claro a partir dos fatos que o trabalhador que forma a pessoa jurídica para prestar serviços ao empregador é submetido a mecanismos típicos de comando, como controle de ponto, cumprimento de jornada de trabalho, pagamento com caráter salarial, execução de atividade fim da empresa, etc¹⁵⁷.

O contrato de trabalho temporário ou prestação de serviço temporário é firmado entre uma empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora dos serviços. Assim, a empresa tomadora dos serviços não mantém vínculo de emprego com o trabalhador

156 Acórdão n.º. RO-0000811-18.2011.5.08.000. TRT 8ª Região. Terceira Turma. Relatora: Des. Francisca Oliveira Formigosa. 09.11.2011; (Acórdão n.º.: RO 1506006820095070011. TRT 7ª Região. Primeira Turma. Relatora: Des. Rosa de Lourdes Azevedo Bringel. 23.02.2012; Acórdão n.º. TST-RR-650-80.2010.5.03.0004. Primeira Turma. Relator: Flávio Portinho Sirangelo. 15.02.2012.

157 PICANÇO, Victor. Pejotização do trabalhador: a ilegalidade da contratação de trabalhadores como pessoa jurídica. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12743>. Acesso em jul 2016.

temporário, isto porque, o contrato de trabalho é celebrado entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador. O fundamento legal é a Lei nº 6.019 de 1974.

O contratado temporariamente, também chamado de “contratado por tempo determinado” ou “contratado a termo”, existe tanto no direito do trabalho (cf.: art.443, CLT), como no direito administrativo (cf.: art. 37, IX, da CF/88 e Lei 8.666, de 1993, em seu texto consolidado pela de nº 8.883, de 1994).

Nesse sentido, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666 de 1993).

Ante o exposto, observam-se em relação à operacionalização dos dispositivos legais, estratégias tomadas pelas empresas de subcontratação e de terceirização dos processos produtivos utilizadas na mineração, que impactam diretamente as relações sociais de trabalho, na proteção social do trabalho, nas diferentes formas de resistência e consenso dos trabalhadores, assim como, na subjetividade dos trabalhadores terceirizados, no interior dos

processos de trabalho e nas suas relações fora do ambiente de trabalho¹⁵⁸.

A subcontratação é prevista na CLT, que em seu artigo 455 trata da empreitada e subempreitada, que são formas de subcontratação de mão-de-obra, constituíram a primeira figura jurídica identificável na legislação trabalhista, da terceirização de serviços. Na empreitada, o contrato firmado tem por objeto a execução de uma obra ou serviço, claramente identificado, sendo o pagamento efetuado em função desta obra ou serviço; o empreiteiro pode, também, contratar um subempreiteiro para executar parte da obra ou serviço, ou todo ele.

Já a terceirização de serviços é realidade que vem crescendo à margem da legislação, que pouco regulamentou a matéria, prevista apenas no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Na terceirização, passa a existir uma relação jurídica trilateral ou triangular, distinta daquela relação jurídica bilateral ou linear que se estabelece no contrato de trabalho, onde o empregado se vincula diretamente ao empregador, prestando-lhe serviços pessoais, não eventuais (ligados à atividade fim), de forma subordinada e mediante salário (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho)¹⁵⁹.

158 As informações acerca da terceirização e subcontratação são resultado da pesquisa de pós-doutoramento de Mathis (2014), pela Universidade Livre de Berlim e financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES-Brasil).

159 Ver: PINTO, Maria Cecília Alves. Terceirização de Serviços - Responsabilidade do Tomador. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.39, n.69, p.123-146. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/>

De acordo com Amauri Mascaro, terceirização passa a designar o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição¹⁶⁰.

Assim, surge a figura do tomador de serviços, que contrata empresa ou pessoa física, para intermediar a prestação laboral, estando os trabalhadores a ela vinculados. A relação de emprego se estabelece com a empresa ou pessoa física, cuja atividade consiste em disponibilizar mão-de-obra para outrem - o cliente, havendo uma dissociação dos elementos que caracterizam a relação de emprego, nos moldes tradicionalmente previstos pela legislação trabalhista, uma vez que o beneficiário final dos serviços não é o empregador dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo.

Na realidade brasileira registram-se nas transnacionais e empresas econômicas que compõe a cadeia de valor da mineração inúmeros processos de terceirização de setores internos da produção e de manutenção transformados em unidades autônomas (*outsourcing*), nas quais, guardadas as suas especificidades nacionais, identificam-se os mesmos problemas sociais, a seguir: baixos salários para os terceirizados; inexistência de benefícios ou

rev_69/Maria_Pinto.pdf>

160 MASCARO, Amauri. SUBCONTRATAÇÃO OU TERCEIRIZAÇÃO Revista de Direito do Trabalho | vol. 83 | p. 20 | Jul / 1993 Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social | vol. 1 | p. 1169 | Set / 2012DTR\1993\330

benefícios previdenciários menores; extensão da jornada de trabalho; e, alta rotatividade entre os trabalhadores terceirizados.

Destarte, o Brasil segue uma tendência mundial e, registra-se, particularmente, na cadeia de valor da mineração o “fenômeno da transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho”¹⁶¹. Na maioria das vezes, essas corporações transnacionais, trabalham em redes de produção, operam acima dos estados nacionais e utilizam a subcontratação e terceirização dos contratos de trabalho para reduzir os custos do trabalho, com ações voltadas para inovação tecnológica, automação, multifuncionalidade e, produção de qualidade para e atender as exigências do mercado internacional.

Nesse sentido, recentemente, no dia 22/04/2016, na Câmara dos Deputados, em Brasília, foi concluído o processo de votação do Projeto de Lei 4330/04 que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Aprovado em Plenário, este projeto de lei permite a terceirização das atividades-fim das empresas do setor privado. O projeto ainda aguarda aprovação do Senado Federal.

Já com relação à jornada de trabalho, a Constituição Federal no artigo 7º, Inciso XIII, fixou a jornada de trabalho legal em, no máximo, oito horas diárias ou 44 horas semanas, sendo previs-

161 POCHMANN, Marcio. A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho. 2013. Disponível em: www.cnts.org.br/public/arquivos/Pesquisa_TG_Pochmann.pdf> Acesso em 05/08/2016.

tas exceções, como no caso da jornada especial de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

De acordo com o artigo 4º da CLT a jornada de trabalho é o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. Assim, é o período de tempo em que o trabalhador deve prestar serviços ou permanecer à disposição do empregador.

Com efeito, o artigo 59º da CLT dispõe que a duração normal da jornada de trabalho pode ser acrescida de, no máximo, duas horas extras diárias, com adicional de remuneração de 50% para os dias úteis e de 100% para domingos e feriados. Sobre os intervalos de descanso ou alimentação, a lei prevê que qualquer trabalho contínuo, cuja duração seja maior do que seis horas, deve ter um intervalo de, no mínimo, uma hora, exceto se houver acordos escritos ou contratos coletivos contrários.

Ademais, para as categorias cujas jornadas não são maiores do que 6 horas diárias, é obrigatório um intervalo de 15 minutos quando a jornada passar de quatro horas. A lei diz ainda que os intervalos de descanso não podem ser computados na duração do trabalho. Também não podem ser descontadas nem computadas como horas extras as variações de horário no registro de ponto inferiores há cinco minutos, observado o limite máximo de 10 minutos diários (Lei nº 10.243, de 19.6.2001)¹⁶².

162 Ver mais em <http://meusalario.uol.com.br/main/emprego/tire-suas-duvidas-em-relacao-a-jornada-de-trabalho-no-pais-1>.

A CLT prevê modalidade diferente de jornada de trabalho para as atividades em minas de subsolo (seção X da CLT), reduzindo de 8 horas para 6 horas de trabalho diário, ao mesmo tempo em que permite a jornada de 8 horas mediante acordo ou contrato individual ou coletivo de trabalho.

Ainda referente às distintas modalidades de jornada de trabalho, não se observa um aprofundamento sobre o assunto na Norma Regulamentadora n. 22 (NR 22/1978), que dispõe sobre a Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração. Ressalta-se, entretanto, que o item 22.5, que trata dos direitos dos trabalhadores, fornece indicativos sobre a interrupção das tarefas que “representem riscos graves e iminentes para a segurança e saúde”.

A partir da lei nº 9.601/98, foi criado o Banco de Horas, sistema pelo qual a empresa poderá flexibilizar a jornada de trabalho, diminuindo ou aumentando a jornada durante um período de baixa ou alta na produção, mediante a compensação dessas horas em outro período, sem redução do salário no período de redução, bem como não será devido pagamento das horas aumentadas. O estabelecimento do Banco de Horas depende acordo ou convenção coletiva de trabalho, com aprovação de 50% mais um dos empregados votantes.

Estas transformações se registram dentro de um contexto marcado pela flexibilização dos regimes de trabalho (jornadas, salários, mobilidade funcional, ritmos) e a flexibilização e/ou des-

regulamentação do sistema legislativo nacional de proteção ao trabalho, da CLT¹⁶³.

13. Proibição do trabalho infantil na mineração: sanções e responsabilização individuais e coletivas.

No Brasil, a proteção à infância, é reconhecida como direito social no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal. Dessa forma, a Constituição proíbe qualquer tipo de trabalho para crianças e adolescentes até os 13 anos; o trabalho passa a ser legal entre 14 e 15 anos, apenas na condição de aprendiz; sendo permitido trabalhar a partir dos 16 anos, desde que receba direitos previdenciários e trabalhistas, tenha acesso e permanência à escola, sendo proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos. Este é o regime legal previsto pelo artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 promulgada em 1990, absorveu os ditames da doutrina da proteção integral¹⁶⁴, pela qual se reconhece a criança

163 Ver mais em COSTA, Márcia da Silva. O Sistema de Relações de Trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 20, n. 59, p. 111-131, Oct. 2005. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092005000300008&lng=en&nrm=iso>. access on 11 July 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092005000300008>.

164 A Teoria da Proteção Integral foi instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração de Genebra, de 26 de setembro de 1924, enquanto medida para garantir a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959.

como sujeito de direitos, carecedora de proteção e cuidados especiais, entendendo sua condição de pessoa em desenvolvimento; e contempla o princípio da prioridade absoluta, traduzido como preferência na formulação e na execução de políticas públicas, bem como na destinação privilegiada de recursos. O ECA é a regulamentação do art. 227 da Constituição Federal, o qual determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, os seus direitos fundamentais, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, em nível internacional, o Brasil é signatário da Convenção 182 da OIT, sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua Eliminação ratificada em 2000 e vigente no país desde 02 de fevereiro de 2001. Esta Convenção prescreve, em seu artigo 2º, que o termo criança é designado a toda pessoa com idade inferior a 18 anos; e, no seu artigo 3º, lista as piores formas de trabalho infantil. Esta Convenção foi regulamentada no país pelo Decreto nº 6.481/2008, o qual lista 93 itens de proibição, que se desdobram em trabalhos prejudiciais à saúde e à segurança (dentre às quais o trabalho na indústria extrativa); e trabalhos prejudiciais à moralidade.

Sendo comprovada a existência de trabalho infantil, o explorador estará sujeito a sanções trabalhistas, civis, criminais e administrativas; de natureza individual e/ou coletiva, dependendo do caso.

Em seu artigo 434, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê multa de valor igual a 1 (um) salário mínimo regional ao explorador, aplicada tantas vezes quantos forem os menores empregados em desacordo com a lei, não podendo, todavia, a soma das multas exceder a 5 (cinco) vezes o salário-mínimo, salvo no caso de reincidência em que esse total poderá ser elevado ao dobro.

O órgão competente para fiscalizar o cumprimento das regras trabalhistas é o Ministério do Trabalho e Emprego. Quando o auditor fiscal do trabalho constata trabalho infantil em empresas, lavra um auto de infração, estabelecendo a multa, que varia de acordo o número de crianças e adolescentes encontradas em situação de trabalho. Além de aplicar a multa, o auditor fiscal do trabalho exige o imediato afastamento da criança e do adolescente do trabalho.

A empresa é obrigada a assegurar-lhes a percepção de todos os direitos trabalhistas (contratuais e rescisórios) e previdenciários decorrentes do labor, pois, apesar de ser proibido legalmente o trabalho, efetivou-se na prática a prestação de serviços, gerando-se efeitos irreversíveis no tempo, prejuízos concretos e irreparáveis à criança e ao adolescente. Da mesma forma, é reconhecido o direito à indenização por danos morais.

A Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) encaminha o relatório da fiscalização para o Ministério Público do Trabalho, que pode propor à empresa a assinatura de um termo de ajuste de conduta (TAC) por meio do qual a empresa

se compromete a se abster de explorar o trabalho da criança e do adolescente, sobe pena de pagamento de multa.

Caso a empresa não assine o TAC, o MPT pode ajuizar uma ação civil pública (ACP) perante a Justiça do Trabalho, que determina a responsabilidade individual ou coletiva da violação. Os valores das multas dos TAC e das ACP são revertidos para o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, podendo ser aplicados em projetos e ações de prevenção e erradicação do trabalho infantil.

Além das sanções trabalhistas, a empresa poderá sofrer sanções administrativas, como, por exemplo, deixar de receber incentivos fiscais, empréstimos e financiamentos públicos.

Quando a infração é praticada por pessoa física, não há aplicação de multa pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mas poderá haver sanções por parte do MPT e da Justiça do Trabalho. O trabalho infantil pode levar também a perda do poder familiar, dependendo de análise do Conselho Tutelar. Na esfera criminal, as sanções somente ocorrem quando a exploração constitui crime, a exemplo do trabalho análogo a escravidão, a exploração sexual, tráfico de droga, maus tratos, dentre outros ilícitos.

As políticas de combate ao trabalho infantil estavam a cargo do Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS) até maio de 2016. A partir de então, são vinculadas ao atual Ministério de Desenvolvimento Social e Agrário (MDS), o qual responsável pelo Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), este que é utilizado enquanto recurso para as políticas

que incidem nas famílias com crianças e adolescentes de até 16 anos, através do recebimento de bolsas que substituem a renda gerada pelo trabalho irregular. Haja vista que na maioria das vezes que o trabalho infantil ocorre é devido à necessidade de ajudar financeiramente a família. Em contrapartida, as famílias devem matricular a criança ou o adolescente na escola e comprovar frequência mínima de 85% da carga horária escolar mensal.

Além disso, a parceria entre a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Governo Federal e Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), mobiliza anualmente ONGs, sociedade civil, entidades representativas dos empregadores e trabalhadores na Campanha Nacional Contra o Trabalho Infantil, e nas atividades de mobilização do Dia Mundial de Combate ao Trabalho Infantil (12 de junho).

14. Proibição ao trabalho análogo à escravidão na mineração: sanções e responsabilização individuais e coletivas.

O Estado brasileiro conta com um marco normativo destinado ao combate das formas contemporâneas de escravidão, a partir do entendimento do que prevê o inciso III, do artigo 5º da Constituição Federal de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro tipifica como ilícito penal o crime de redução à condição análoga a escravidão, disposto no artigo 149, explicitando as condutas caracterizadoras do tipo e as formas de praticá-lo, nos seguintes termos: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto [...]”. A sanção é reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

O código Penal dispõe também que nas mesmas penas incorre quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. Ademais, a pena é aumentada pela metade, se o crime for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Assim, no Brasil o trabalho análogo a escravidão é constatado quando identificado um destes quatro elementos: trabalho forçado, jornada exaustiva, servidão por dívida e/ou condições degradantes. Merece destaque o fato de que a definição do Código Penal brasileiro é mais ampla que a da *Convenção nº 29* concernente ao Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada pela Organização Internacional do Trabalho em 1930, e ratificada no Brasil em 1957.

O Brasil também é signatário de outros instrumentos internacionais que fazem parte do marco normativo de proibição das formas contemporâneas de escravidão no país, como a Convenção sobre Escravatura da ONU de 1926, ratificada em 1956; a Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura de 1956, ratificada em 1966, a Convenção nº 105 de Abolição do Trabalho Forçado da OIT de 1957, ratificada em 1965; Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, adotado em 1992; e o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres de Crianças - “Protocolo de Palermo” de 2000, adotado no país em 2004.

Importante destacar que o *Brasil ainda não ratificou o Protocolo* Adicional a Convenção nº 29, adotada pela Organização Internacional do Trabalho em 2014. Este protocolo foi feito com o objetivo de completar as lacunas da aplicação da Convenção, de modo a reforçar as medidas de prevenção, proteção e indenização das vítimas, com vista à eliminação do trabalho forçado, prevendo

entre outras medidas a formulação de uma política e de um plano de ação nacional para a supressão efetiva e sustentável do trabalho forçado, envolvendo o Estado, organizações de empregadores e de trabalhadores e outros grupos de interessados, como organizações da sociedade civil e vítimas em geral; e uma proteção mais robusta para os trabalhadores migrantes, vítimas recorrentes das novas manifestações de trabalho análogo a escravidão na atualidade.

No Brasil, caso seja comprovada a existência de condições laborais análogas a escravidão, seja em propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas a exploração de trabalho escravo na forma da lei, a Constituição Federal determina que serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Todo e qualquer bem de valor económico apreendido em decorrência da exploração de trabalho escravo é confiscado e revertido a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Assim, a apuração de responsabilidades individuais e coletivas dos exploradores pelos atos praticados são determinadas dependendo das esferas: na área administrativa (com lavratura de autos de infração e aplicação de multas), no meio trabalhista (na apuração dos direitos trabalhistas), em sede criminal (para verificação de indícios de autoria ou materialidade do fato), ou na esfera cível-patrimonial (pela previsão legal de desapropriação por interesse social de propriedades nas quais se verifique a explora-

ção do trabalho escravo; ainda pendente de regulamentação). De modo que as responsabilidades de casa esfera são independentes e cumuláveis, a fim de se proporcionar maior efetividade nas condenações e na repressão deste crime.

Importa sinalizar que a política de combate ao trabalho escravo no Brasil não apresenta uma visão crítica sobre a relação entre a superexploração da mão de obra e o capitalismo, tratando-se de “ações orientadas por uma lógica conservadora que dão ênfase às ações repressivas de fiscalizações”¹⁶⁵.

O governo federal brasileiro assumiu a existência do trabalho escravo contemporâneo perante o país e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1995, se tornando uma das primeiras nações do mundo a reconhecer oficialmente a ocorrência do problema em seu território. No mesmo ano, criou os Grupos Móveis de Fiscalização, formado por auditores fiscais do trabalho, que coordenam operações de resgate de trabalhadores submetidos à condição análoga a de escravos, juntamente com policiais federais e procuradores do Ministério Público do Trabalho (MPT). De acordo com dados do Repórter Brasil, de 1995 a 2006, 19.796 trabalhadores foram resgatados, em 441 operações, e R\$ 25.129.218,50 pagos em indenizações¹⁶⁶.

165 DIAS, Priscila Tamara Menezes; MATHIS, Adriana Azevedo. Política de combate ao trabalho escravo no Brasil contemporâneo: divergências e convergências na operacionalização da política. Belém: papers do NAEA, n 282, p. 1-25.

166 Ver em:<http://reporterbrasil.org.br/2006/07/grupo-movel-de-fiscalizacao-do-mte-completa-11-anos/>

O Governo estabeleceu também uma Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), vinculada à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) e integrada por representantes de ministérios, entidades de classe e organizações não governamentais com a representatividade de vários atores, cuja principal tarefa é a elaboração e o monitoramento dos planos nacionais para a erradicação do trabalho escravo.

O Estado Brasileiro dispõe de uma Política de Combate ao Trabalho Escravo que compreende intervenções pautadas nos Planos Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. Atualmente o Ministério do Trabalho e Emprego conta com uma unidade específica para a operacionalização desta política, a Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo.

Além disso, em 2004, o Ministério do Trabalho lança uma “Lista Suja”, na qual são incluídos os nomes daqueles sujeitos à decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos ao trabalho escravo. É vedado financiamento público a pessoas físicas e jurídicas que são condenadas administrativamente por exploração de trabalho escravo.

Em 2015, a publicação da Lista Suja foi suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, que havia reconhecido que a lista anterior não explicitava procedimentos e instâncias a serem acionados pelos advogados de um empregador acusado por trabalho escravo, o que violaria seu direito à ampla defesa. Esta

decisão foi cassada em 2016¹⁶⁷, em virtude que duas portarias interministeriais posteriores à questionada, de 2011, acabaram por revogar a norma impugnada e alteraram, substancialmente, o conteúdo das normas ensejadoras do ajuizamento da ação, “*a impor o reconhecimento da perda de seu objeto*”. Nesse sentido, aguarda-se a publicação da Lista Suja de 2016.

15. Política de Seguridade Social no Brasil.

No Brasil, a lei 8.212 de 1991 dispõe que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social. Prevê que o empregado é segurado obrigatório da Previdência Social.

Esta mesma lei determina que as empresas devem fazer contribuições destinadas à Seguridade Social, de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviços; assim como para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho, incidentes sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos. Dessa forma, o Estado brasileiro exige que as empresas custeiem as políticas de seguridade social para os trabalhadores.

167 Decisão em <http://s.conjur.com.br/dl/stf-libera-lista-suja-trabalho-escravo.pdf>

As contribuições sociais previdenciárias a cargo das empresas são instituídas com o amparo do art. 195, I, “a”, da Constituição Federal. De acordo com este dispositivo constitucional, as contribuições previdenciárias do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei devem incidir a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

No Brasil, foi previsto pelo art. 198 da Constituição a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que é um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações públicas, e instituições privadas de forma complementar. Dessa forma, a população brasileira tem acesso a um sistema de saúde pública custeada pelo Estado.

Já a assistência social é política social destinada a atender as necessidades básicas dos indivíduos, como a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, cuja principal característica é ser prestada gratuitamente aos necessitados. As ações governamentais na área da assistência social são realizadas com os recursos dos orçamentos dos entes federativos e mediante o recolhimento das contribuições previstas no art. 195 da Constituição, além de outras fontes.

Nesse sentido merecem destaque a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990); a Lei Orgânica da

Seguridade Social (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991); a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e o decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que regulamenta os benefícios e regimes da Previdência Social; a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993); entre outros.

Vale ressaltar que o Estado brasileiro orienta sua Política Pública de Segurança e Saúde do Trabalhador (decreto n. 7.602 de 2011), materializada no Plano Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho (PLANSAT) tomando como referencia a Convenção 155 da OIT, vigente no Brasil desde 18/05/1993, que dispõe sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Tal Política deveria ser desenvolvida de forma intersetorializada e articulada com outras três políticas públicas, a seguir: Política de Trabalho, Emprego e Renda, Política de Saúde e Política de Previdência Social.

Ademais, as transnacionais e empresas econômicas da mineração se valem da Norma Regulatória n. 22, para direcionar na organização e no ambiente de trabalho, o planejamento e o desenvolvimento da atividade mineira com a busca permanente da segurança e saúde dos trabalhadores.

E, por fim, cabe considerar, no que se refere à política de benefícios e incentivos salariais incorporados pelas transnacionais e empresas econômicas da mineração, os acordos coletivos de trabalho, que versam sobre a garantia de assistência médica, seguro de vida por parte dos empregados, seguro contra acidentes pessoais, previdência privada, auxílio transportes, refeição no trabalho,

auxílio alimentação, programa, projetos e serviços de assistência social, psicológica, jurídica aos empregados e seus dependentes, bem como incentivos para formação e qualificação.

16. O exercício da livre participação dos trabalhadores em associações sindicais.

No Brasil, o exercício da livre participação em Associações Sindicais é direito garantido pela Constituição Federal, em seu art. 8º. Como correlatos, é também assegurada a liberdade de trabalhar (art. 5º da CF/88) e a liberdade de filiação (art. 8º, V da CF/88, OJ 20 da SDC do TST e Convenção 98 da OIT - ratificada). O Brasil também é signatário da Convenção 87, de Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização da OIT.

O Ministério Público, mais especificamente, o Ministério Público do Trabalho, é a instituição que mais se destaca na tarefa de zelar pelo exercício da liberdade sindical. Cumpre papel de proteção e promoção, podendo valer-se, para tanto, de recomendações; de campanhas em prol da liberdade sindical; da realização de eventos, como congressos; de negociações ou mediações; da celebração de termos de ajustamento de conduta; ou do ajuizamento de ações judiciais, principalmente, para combater práticas antisindicais.

O art. 5º, XXXV da Carta Magna assegura expressamente o livre acesso à Justiça, diante de lesão ou ameaça a Direito. Mostrando-se lesado ou ameaçado, poderá a entidade recorrer ao Poder Público para obter dele um provimento judicial a sanar a

situação periclitante ou mesmo para reparar o prejuízo sofrido. Assim, o papel do Judiciário para assegurar a livre participação em associações sindicais é evidente, mais especificamente a Justiça do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

Ofensa à liberdade sindical pode ensejar: ação para cessação da prática danosa; restituição ao estado anterior; ações penais cabíveis (constrangimento ilegal, crime contra a organização do trabalho, atentado contra a liberdade de associação, paralisação seguida de violência, paralisação de obra pública de interesse coletivo, invasão de estabelecimento e sabotagem e frustrar direito assegurado por lei trabalhista); a concessão de indenização ao trabalhador e/ou à organização sindical, pelos danos materiais e morais e prejuízos causados pelo ato antisindical, inclusive ação indenizatória de danos morais coletivos.

17. Violações ao direito de associação: sanções e responsabilização individuais e coletivas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê o direito a livre associação profissional ou sindical especificamente no artigo 8º. Como exemplos de liberdade sindical coletiva, pode-se citar a livre associação, porém com unicidade sindical (art. 8º, caput da CF/88); e da liberdade sindical individual, a liberdade de trabalhar (art. 5º da CF/88) e a liberdade de filiação (art. 8º, V da CF/88, OJ 20 da SDC do TST e Convenção 98 da OIT - ratificada). É garantida também a autonomia sindical, através da liberdade de organi-

zação (art. 8º, II da CF/88), de administração (art. 8º, I e IV da CF) e de atuação (art. 8º, III da CF/88) dos sindicatos.

Nesse sentido, a prática de atos antisindiciais, pela grave afronta ao princípio constitucional da liberdade associativa e sindical, insculpido no art. 8º, caput, e inc. I, da CF, poderá ensejar: (i) ação para cessação da prática danosa; (ii) restituição ao status quo ante; (iii) ações penais cabíveis (constrangimento ilegal, crime contra a organização do trabalho, atentado contra a liberdade de associação, paralisação seguida de violência, paralisação de obra pública de interesse coletivo, invasão de estabelecimento e sabotagem e frustrar direito assegurado por lei trabalhista); (iv) a concessão de indenização ao trabalhador e/ou à organização sindical, pelos danos materiais e morais e prejuízos causados pelo ato anti-sindical, inclusive ação indenizatória de danos morais coletivos¹⁶⁸.

Ademais, o Código Penal Brasileiro (decreto-lei n. 2.848/1940) prevê sanções para os crimes contra a organização do trabalho, sendo que o art. 199 discorre especificamente sobre o crime contra a liberdade de associação, prevendo a detenção de um mês a um ano a quem o cometer, além de multa e pena correspondente à violência.

Se o ato praticado constituir discriminação do trabalhador pelo exercício de atividade sindical e resulte no rompimento da relação de emprego, o empregado poderá optar entre a anulação do ato e a sua reintegração ao serviço ou então ao recebimento de

168 LIMA, Francisco Menton Marques de. Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2007.

indenização nos moldes do art. 4º, inciso II, da Lei n. 9.029/95(34), de aplicação analógica.

O dirigente sindical tem assegurado o exercício da função sindical e a permanência em local que possibilite o desempenho da sua atividade sindical (art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho). Caso despedido, o dirigente tem direito à reintegração no emprego, se a despedida não estiver assentada em justo motivo previsto no art. 482 da Consolidação Trabalhista, consoante o art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 42 do Decreto-Lei nº 1402 de 1939 dispõe que os atos que importem malversação ou delapidação do patrimônio das associações sindicais ficam equiparados aos crimes contra a economia popular e serão julgados e punidos na conformidade.

Cumprido destacar que, em nível internacional, o país é signatário da Convenção 87, a qual discorre sobre a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização. Nota-se incompatibilidade entre a Convenção da OIT e a Constituição de 88, pois, ao mesmo tempo em que a CF de 88 prevê a livre associação sindical, ela limita nos incisos II e IV do art. 8º a existência de mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial, o que significa dificultar a implementação da atuação dos sindicatos na sua totalidade.

Autores como Machaczek entendem que a construção da legislação do país e a sua aplicabilidade também reflete a sua particularidade sócio-histórica-política-econômica, mantendo, por

exemplo, resquícios da ditadura militar no que se refere à organização sindical por exemplo, o sistema corporativo de unicidade sindical e a cobrança de contribuição sindical compulsória, de modo a limitar a liberdade e o exercício dos sindicatos¹⁶⁹.

Todavia, conforme Galvão, há de se destacar que nos últimos anos, houve uma ampliação e fragmentação das organizações sindicais no Brasil¹⁷⁰. Além da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e Força Sindical, que durante o século XX representaram a frente de lutas principais dos sindicatos brasileiros, emergiram a partir do século XXI outras representações sindicais que apresentam grande número de filiados, quais sejam: CONLUTAS, INTERSINDICAL e Central de Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), que constituem cisões da CUT, e, de outro, a Nova Sindical de Trabalhadores (NCST), União Geral dos Trabalhadores (UGT), Central Autônoma do Trabalho (CAT), Confederação Geral do Trabalho (CGT), e Social Democracia Sindical (SDS), entre outros.

Importa sinalizar que estas últimas organizações sindicais surgiram da cisão com a CUT e a Força Sindical, ocasionada pela divergência de pensamentos políticos-ideológicos após a chegada do Partido dos Trabalhadores à Presidência da República, sob a afirmação de forte ligação entre essas organizações e o partido.

169 Machaczek (2009). Liberdade sindical no Brasil: a Convenção 87 da OIT e a Constituição de 1988.

170 Galvão, Andrea; Varella, Paula. Sindicalismo e Direitos. Vitória da Conquista: Politeia: História e Sociedade, v. 11, n. 1, p. 241-257, jan.-jun. 2011.

Mesmo com tal ampliação, destaca-se ainda uma tendência de criminalização das lideranças sindicais através do uso da intimidação, violência policial, do uso do judiciário através de medidas que restrinjam, limitem ou inviabilizem o direito de manifestação de sindicatos e de seus líderes na busca por direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Águas Minerais**. Decreto-lei nº. 7.841 de 08 de agosto de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7841.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Código de Minas**. Decreto-lei nº. 227 de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 1984. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-nao-ser-submetido-a-castigos-crueis-desumanos-e-degradantes>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura.** 1956. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº. 9.029 de 13 de abril de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº. 10.741 de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº. 11.196 de 21 de novembro de 2005.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Instrução Normativa nº. 91.** 2011. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/In_Norm/IN_91_11.html. Acesso em: agosto de 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora nº. 22.** Disponível em: <http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-22-seguranca-e-saude-ocupacional-na-mineracao>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em agosto de 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.330 de 2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei 12.288 de 20 de julho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto lei n. 6085 de 19 de abril de 2007**. Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: julho de 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 81 de 5 de junho de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Medida Provisória 2.164-41 de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2164-41.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto-lei nº 691 de 18 de julho de 1969.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10691.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 5.889 de 18 de junho de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5889.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 2.959 de 17 de novembro de 1958.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2959.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei 9.601 21 de janeiro de 1998.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9601.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: julho de 2016.

_____. **Lei 8.666 de 21 de junho 1993.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 8.883 de 8 de junho de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001.** Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10243.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei 8.069 DE 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <https://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto nº 6.481 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto nº. 5.017 de 12 de março de 2004.** Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres de Crianças. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei Orgânica da Saúde** (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei Orgânica da Seguridade Social** (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Lei Orgânica da Assistência Social** (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1402 de 5 de julho de 1939.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm. Acesso em: agosto de 2016.

BRASIL, Repórter. **Grupo Móvel de Fiscalização do MTE completa 11 anos.** Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2006/07/grupo-movel-de-fiscalizacao-do-mte-completa-11-anos/>. Acesso em: agosto de 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação.** São Paulo: LTr, 2006. p. 132.

DIAS, Priscila Tamara Menezes; MATHIS, Adriana Azevedo. **Política de combate ao trabalho escravo no Brasil contemporâneo: divergências e convergências na operacionalização da política.** Belém: papers do NAEA, n 282, p. 1-25.

DRUCK, Graça. **A precarização social do trabalho no Brasil: alguns indicadores.** In: ANTUNES, Ricardo (org.). Riqueza e miséria do trabalho no Brasil II. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 55-73.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS (FENABAM). **CCT/2005.** Disponível em: http://www.bancariosdf.com.br/site/images/stories/pdf/acordo_coletivo_2005-2006.pdf. Acesso em: agosto de 2016.

GALVÃO, Andrea; VARELLA, Paula. **Sindicalismo e Direitos**. Vitória da Conquista: Politeia: História e Sociedade, v. 11, n. 1, p. 241-257, jan.-jun. 2011.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Education at a Glance 2015: Panorama da Educação. Disponível em:

http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/estatisticas_educacionais/ocde/education_at_a_glance/eag2015_panorama_educacao.pdf. Acesso em: julho de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS (IBGE). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=pa&tema=sis_2015. Acesso em: julho de 2016.

LIMA, Francisco Menton Marques de. **Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista**. 12^a ed. São Paulo: LTR, 2007.

MACHACZEK. **Liberdade sindical no Brasil**: a Convenção 87 da OIT e a Constituição de 1988. São Paulo: 2009. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp117779.pdf>. Acesso em: julho de 2016.

MASCARO, Amauri. **Subcontratação ou Terceirização**. Revista de Direito do Trabalho | vol. 83 | p. 20 | Jul / 1993. Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social | vol. 1 | p. 1169 | Set /2012DTR\1993\330

MATHIS, Adriana. Pesquisa de pós-doutoramento, pela Universidade Livre de Berlim e financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES-Brasil). 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 182**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/518>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção nº. 29 que trata sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório**. 1930. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção nº. 105 de Abolição do Trabalho Forçado**. 1957. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/469>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção 045 OIT**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_045.html. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção 98**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em: agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em; <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Declaração de Genebra**, de 26 de setembro de 1924. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html>. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção sobre a Escravatura.** 1926. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf. Acesso em: agosto de 2016.

_____. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher.** 1979. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em: novembro de 2016.

PICANÇO, Victor. **Pejotização do trabalhador:** a ilegalidade da contratação de trabalhadores como pessoa jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12743>. Acesso em jul 2016.

PINTO, Maria Cecília Alves. **Terceirização de Serviços - Responsabilidade do Tomador.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.39, n.69, p.123-146. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Maria_Pinto.pdf>

POCHMANN, Marcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho.** 2013. Disponível em: www.cnts.org.br/public/arquivos/Pesquisa_TG_Pochmann.pdf> Acesso em 05/08/2016.

POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR. **Decreton. 7.602 de 2011.** Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-105206-701.pdf. Acesso em: agosto de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.209.** Disponível em <http://s.conjur>.

com.br/dl/stf-libera-lista-suja-trabalho-escravo.pdf. Acesso em: agosto de 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 8ª REGIÃO. Acórdão nº. RO-0000811-18.2011.5.08.000. TRT 8ª Região. Terceira Turma. Relatora: Des. Francisca Oliveira Formigosa. 09.11.2011; (Acórdão nº.: RO 1506006820095070011. TRT 7ª Região. Primeira Turma. Relatora: Des. Rosa de Lourdes Azevedo Bringel. 23.02.2012; Acórdão nº. TST-RR-650-80.2010.5.03.0004. Primeira Turma. Relator: Flávio Portinho Sirangelo. 15.02.2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: agosto de 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **OJ 20 da SDC**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=63246&_15_version=1.1. Acesso em: agosto de 2016.

DIRETO A VIDA, INTEGRIDADE E SAÚDE

Carina Costa de Oliveira

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Líder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB. Email: carinaoliveira@unb.br.

Gabriela Baptista Lima

Professora adjunta da Faculdade de direito da Universidade de Brasília. Professora de direito ambiental. Líder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB. Email: gabriela.lima@unb.br; gblima@gmail.com .

Marcus Tullius Leite Fernandes dos Santos

Professor do curso de Direito da UFERSA e dos cursos de Direito e Gestão Ambiental da UERN. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Doutorando em Direito pela UnB.

Paula de Paiva Santos

Advogada, formada pelo Uniceub – Centro Universitário de Brasília, pós-graduada pelo LFG – Instituto Luiz Flávio Gomes e pela ATAME – pós-Graduação. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade – GERN-UnB.

18. Violação ao direito à vida, integridade (física, psíquica e moral) e saúde por parte das empresas mineradoras: medidas de prevenção, sanções, e responsabilização.

A resposta a essa questão foi dividida em duas partes principais: a primeira elenca as medidas de prevenção, enquanto que a segunda aborda as medidas de reparação relacionadas à violação do direito à vida, à integridade e à saúde por parte de empresas mineradoras. A pesquisa limitou-se a uma análise preliminar in *abstracto* do direito brasileiro. Não foram objeto de análise, nesse primeiro momento, casos concretos de aplicação das normas organizadas abaixo. Portanto, trata-se de um estudo compilatório de normas aplicáveis à temática indicada.

18. 1. Medidas preventivas

De modo geral, as obrigações de natureza trabalhista são mais diretamente relacionadas à saúde e à integridade física e psíquica de possíveis vítimas, a exemplo do Decreto n. 6.270 de 2007 que promulga a Convenção n. 176 e a Recomendação n. 183 da OIT sobre segurança e saúde nas minas. Há exemplos concretos sobre o tema nas esferas administrativa e civil. Já as infrações penais não estão diretamente conectadas com a prevenção da violação dos direitos supracitados.

Tanto na prevenção quanto na reparação alguns elementos relacionados à prevenção de danos ao meio ambiente serão indicados, pois a saúde está diretamente ligada à uma preocupação ambiental de manter um adequado padrão de sadia qualidade de

vida. Contudo, não serão analisados os instrumentos específicos do licenciamento ambiental¹⁷¹. Nessa segunda parte será feita, ainda, uma divisão mais precisa quanto à responsabilidade do Estado, das empresas e dos indivíduos, destacando-se as sanções individuais e coletivas. As medidas preventivas foram divididas entre as esferas penal (a), civil (b), administrativa (c) e trabalhista (d).

1. A) Esfera penal

O Código de Mineração, ou seja, o Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, em seu artigo 47, inciso IX, prevê a obrigação do titular da concessão de promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local da mineração. Caso sejam descumpridas as exigências de segurança e ocorram acidentes, por imprudência ou negligência, poderá ser caracterizado o crime, de acordo com as disposições do Código Penal. Estas serão apresentadas na parte de reparação em razão da necessidade da configuração do crime para que exista a responsabilidade. Portanto, é mais apropriado tratar o tema penal na parte de reparação do que no âmbito da prevenção.

1. B) Esfera civil

171 Não será analisado, por exemplo, o Manual do Ministério do Meio Ambiente contendo normas e procedimentos para licenciamento ambiental no setor de extração mineral. Brasília, agosto de 2001. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf. Acessado em 10.11.2016.

Algumas obrigações garantidoras da saúde e da integridade física e psíquica podem ser citadas com relação às seguintes obrigações específicas: a) obrigações de atores privados relacionadas à propriedade na qual ocorrerá a atividade de mineração; b) obrigações gerais conectadas à prevenção de danos que podem ser causados a terceiros.

O primeiro item está previsto, por exemplo, na Lei n. 6.567/1978 relacionada ao regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais. O art. 11 prevê que o “titular do licenciamento obtido nas circunstâncias de que trata o § 1º do artigo anterior é obrigado a pagar ao proprietário do solo renda pela ocupação do terreno e indenização pelos danos ocasionados ao imóvel, em decorrência do aproveitamento da jazida”. Um dano, nesse caso, à propriedade que resultasse em uma alteração na qualidade de vida poderia afetar a saúde e a integridade física dos vizinhos, por exemplo. De modo preventivo, os atores devem utilizar de modo adequado a propriedade na qual esteja localizado o empreendimento.

Um exemplo da segunda circunstância seria o caso de danos a terceiros sejam eles identificados, identificáveis ou difusos. A lei 7.805/1989 que cria o regime de permissão de lavra garimpeira e prevê no art. 9º que é dever do permissionário de lavra garimpeira¹⁷².

172 “IV - executar os trabalhos de mineração com observância das normas técnicas e regulamentares, baixadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM e pelo órgão ambiental competente; V - evitar o extravio das águas servidas, drenar e tratar as que possam ocasionar danos a tercei-

A lei 12.334 de 2010 que estabelece a “Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais” fala de dano potencial associado à barragem nos seguintes termos: “Art. 2º, inciso VII - dano potencial associado à barragem: dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem”.

Há, ainda, a identificação de ações preventivas que devem ser desenvolvidas pelos atores envolvidos na atividade. Um exemplo é o que está disposto no art. 26 do Decreto 98.812 de 1990¹⁷³. Medidas relacionadas a situações de emergência decorrentes, por exemplo, de problemas relacionados às barragens de rejeitos, podem ser citadas como medidas previstas em leis gerais e algumas normas do DNPM, tal como a Lei n. 12.334 de 2010 supracitada.

No inciso III do art. 2º da lei há indicação de que a saúde é um dos elementos que deve ser considerado no processo de segurança da barragem entendida como: “III - segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e

ros; VI - diligenciar no sentido de compatibilizar os trabalhos de lavra com a proteção do meio ambiente; VII - adotar as providências exigidas pelo Poder Público; X - responder pelos danos causados a terceiros, resultantes, direta ou indiretamente, dos trabalhos de lavra”.

173 Art. 26. A cooperativa de garimpeiros titular de Permissão de Lavra Garimpeira fica obrigada a: I - promover a organização das atividades de extração e o cumprimento das normas referentes a segurança do trabalho e à proteção do meio ambiente

operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente”. Nessa lei devem ser implementadas medidas, por exemplo, de acesso à informação, pois o art. 4, inciso II prevê que “a população deve ser informada e estimulada a participar, direta ou indiretamente, das ações preventivas e emergenciais”. O inciso III do mesmo artigo estabelece que “III - o empreendedor é o responsável legal pela segurança da barragem, cabendo-lhe o desenvolvimento de ações para garanti-la”. Diversas outras obrigações do empreendedor estão citadas no art. 17 da lei, quais sejam: “XII - manter registros dos níveis de contaminação do solo e do lençol freático na área de influência do reservatório, conforme estabelecido pelo órgão fiscalizador”.

1. C) Esfera administrativa

Há normas administrativas específicas sobre a prevenção de violações à saúde e à integridade física e psíquica no âmbito das atividades de mineração. No art. 63 do Código de Mineração há indicação das infrações administrativas relacionadas à atividade e ao descumprimento de qualquer exigência em sede de autorização de pesquisa ou concessão de lavra, regulamentadas pelos órgãos competentes. O artigo 65 prevê a possibilidade de caducidade da autorização de pesquisa, ou da concessão de lavra, desde que verificadas as infrações indicadas no código. O órgão fiscalizador tem um papel central na identificação e na exigência de medidas, face ao empreendedor, que garantam a saúde e a integridade física e psíquica de possíveis vítimas, que não sejam os trabalhadores. Se-

rão apresentadas algumas infrações administrativas relacionadas ao tema e algumas obrigações do poder público em garantir a saúde e a integridade física e psíquica de possíveis vítimas.

Há alguns exemplos de infrações administrativas que podem ser causadas a terceiros. A Lei 7.805/1989 que cria o regime de permissão de lavra garimpeira prevê no art. 9º os deveres supracitados no item sobre a esfera civil. Esses deveres do permissionário de lavra garimpeira, tais como evitar o extravio das águas servidas, drenar e tratar as que possam ocasionar danos a terceiros, estão conectados a sanções previstas nos parágrafos primeiro, segundo e terceiro. As sanções vão da advertência ao cancelamento da permissão da lavra garimpeira.

O Decreto 98.812 de 1990, que regulamenta a Lei 7805/1989 prevê que: “Art. 14. A área de garimpagem poderá ser desconstituída por portaria do Diretor-Geral do DNPM quando: I - comprometer a segurança ou a saúde dos garimpeiros ou terceiros; II - estiver causando danos ao meio ambiente; e IV - comprometer a ordem pública”. Outro exemplo preventivo interessante é a exigência, pelo DNPM, por meio da Portaria nº 14, de 15 de janeiro de 2016, de apresentação de comprovante de entrega das cópias físicas do Plano de Ação de Emergência de Barragem de Mineração (PAEBM) para as Prefeituras e Defesas Cíveis municipais e estaduais, conforme exigido pelo art. 7º da Portaria nº 526, de 2013, e dá outras providências.

A Portaria nº 526, de 09 dezembro de 2013 estabelece, de modo preventivo, a “periodicidade de atualização e revisão, a qua-

lificação do responsável técnico, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Ação de Emergência das Barragens de Mineração (PAEBM), conforme art. 8º, 11 e 12 da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), e art. 8º da Portaria nº 416, de 3 de setembro de 2012”. O desastre de Mariana, que resultou em danos à saúde e ao meio ambiente, deixou evidente a necessidade de medidas preventivas no âmbito dos rejeitos da mineração.

O Poder Público também possui obrigações relacionadas à segurança, à higiene e à proteção ao meio ambiente, nos termos do art. 15 da lei supracitada “Cabe ao Poder Público favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas, devendo promover o controle, a segurança, a higiene, a proteção ao meio ambiente na área explorada e a prática de melhores processos de extração e tratamento”. Para que o Poder Público atue de modo adequado, algumas normas preveem quando o licenciamento de atividade mineral é obrigatório como, por exemplo, nos casos de uso do mercúrio metálico e do cianeto em áreas de extração de ouro, previsto no Decreto n. 97507 de 1989.

No que tange ao tema da segurança das barragens, a lei 12.334 de 2010 prevê no art. 16 diversas competências do órgão fiscalizador das barragens, tais como : “I - manter cadastro das barragens sob sua jurisdição, com identificação dos empreendedores, para fins de incorporação ao SNISB; II - exigir do empreendedor a anotação de responsabilidade técnica, por profissional habilitado pelo Sistema Conselho Federal de Engenharia, Arqui-

tetura e Agronomia (Confea) / Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea), dos estudos, planos, projetos, construção, fiscalização e demais relatórios citados nesta Lei; III - exigir do empreendedor o cumprimento das recomendações contidas nos relatórios de inspeção e revisão periódica de segurança; IV - articular-se com outros órgãos envolvidos com a implantação e a operação de barragens no âmbito da bacia hidrográfica; V - exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas à barragem no SNISB.

1. D) Esfera trabalhista

As normas trabalhistas buscam garantir o direito à vida e à integridade em diversas normas gerais e específicas do setor minerário. De modo geral, podem ser citadas as seguintes perspectivas de tutela: 1) a responsabilização dos técnicos legalmente habilitados ao exercício da profissão; 2) a adoção de medidas de segurança e de higiene do local de trabalho; 3) normas de prevenção ao desgaste físico dos trabalhadores; 4) normas de prevenção a desgastes psíquicos e morais dos trabalhadores.

D.1) A responsabilização dos técnicos legalmente habilitados ao exercício da profissão

O Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 47, inciso VI determina a obrigação do titular da concessão promover algumas ações obrigatórias, sendo uma delas, a confiança obrigatória da direção dos trabalhos de lavra a técnico legalmen-

te habilitado ao exercício da profissão, norma também disposta na Norma de Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração nº 22. Essa obrigatoriedade preventiva também é prevista na Norma Regulamentadora nº 22 do DNPM quando estabelece que os empregados admitidos devem estar aptos às suas funções, com o devido treinamento, aplicando-se ainda a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a fim de assegurar a integridade física, psíquica e moral dos trabalhadores.

D.2) A adoção de medidas de segurança e de higiene do local de trabalho

Cita-se, também, a obrigação de adotar medidas de higiene, de organização e de melhorias das condições operacionais, para promover o controle ambiental do local de trabalho. A Norma de Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração nº 22 impõe, por exemplo, no art. 22.3.4¹⁷⁴.

Essa norma também garante direitos aos trabalhadores no que concerne à organização nos locais de trabalho, aos transportes, às máquinas e equipamentos e a forma pela qual ficam

174 22.3.4 Compete ainda à empresa ou Permissionário de Lavra Garimpeira: a) interromper todo e qualquer tipo de atividade que exponha os trabalhadores a condições de risco grave e iminente para sua saúde e segurança; b) garantir a interrupção das tarefas, quando proposta pelos trabalhadores, em função da existência de risco grave e iminente, desde que confirmado o fato pelo superior hierárquico, que diligenciará as medidas cabíveis e c) fornecer às empresas contratadas as informações sobre os riscos potenciais nas áreas em que desenvolverão suas atividades.

dispostos, no intuito de eliminar ou reduzir os riscos para a segurança e a saúde dos trabalhadores.

D.3) Normas de prevenção ao desgaste físico dos trabalhadores

A Norma de Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração nº 22 dispõe, ainda, normas gerais que garantam a saúde e segurança física dos trabalhadores. Há dispositivos sobre, por exemplo, o sistema de comunicação que deve ser mantido nas minas. Há, também, obrigatoriedade de uso de equipamentos de proteção individual aos trabalhadores expostos. A redução de acidentes pode ser implementada por meio, por exemplo: “22.3.1 Os postos de trabalho devem ser dotados de plataformas móveis sempre a altura das frentes de trabalho for superior a 2 m (dois metros) ou a conformação do piso não possibilite a segurança necessária.” São previstas áreas de refúgio para abrigar feridos para a prestação de primeiros socorros. Cita-se, no mesmo sentido, o item 22.24 da Norma 22 e a Norma Regulamentadora nº 6 do DNPM, que tratam da ventilação nas minas, com obrigatoriedade de implantação de um projeto de ventilação, com fluxograma atualizado periodicamente.

Há a Norma Regulamentadora nº 7 do DNPM, que trata de vias e saídas de emergência, especificando as vias de acesso e o caminho de emergência, bem como sua sinalização, para possibilitar a imediata evacuação, em caso de emergência. Essas saídas devem ser vistoriadas trimestralmente por equipe composta de

pessoal da área de segurança do trabalho e supervisão da mina. A Norma nº 22 também normatiza sobre esse tema no item 22.33.

Já a Norma Regulamentadora nº 8 do DNPM trata da prevenção contra incêndios, explosões e inundações. Toda área sujeita a essas ocorrências deve ser marcada e sinalizada, com realização de inspeções e utilização de materiais resistentes a combustão, quando for o caso. O acesso à mina e o retorno só pode ser permitidos mediante autorização expressa do responsável. A construção de diques deve ser sempre realizada sob o controle do pessoal da supervisão. Há exigência, ainda, de inclusão no Programa de Gerenciamento de Riscos ações de prevenção e de combate de incêndios e de explosões acidentais, estabelecendo nesse sentido a Norma 22 nos itens 22.21; 22.28; 22.29 e 22.30.

A Norma Regulamentadora nº 9 do DNPM trata da prevenção contra poeiras. Estabelece a realização de monitoramento periódico da exposição dos trabalhadores. Essa norma prevê que postos de trabalho enclausurados ou isolados devem possuir sistemas adequados que permitam a manutenção das condições de conforto previstas na Norma Regulamentadora nº 17/TEM, especialmente as constantes no subitem 17.5.2 da citada NR e que possibilitem o trabalho com o sistema hermeticamente fechado. No mesmo sentido há previsões no item 22.17 da Norma 22.

A Instrução Normativa nº 1 de 11.04.1994 da Secretaria de Segurança do Trabalho dispõe sobre a adequação de proteção dada aos trabalhadores quanto aos equipamentos de proteção respiratória, por parte das empresas. Apesar de não ser uma norma

específica sobre mineração, também se aplica quanto a esse aspecto aos trabalhadores das minas, no que couber.

Há a Norma Regulamentadora nº 11 do DNPM, que trata da iluminação, nos locais de trabalho, da circulação e do transporte de pessoas que devem dispor de sistemas de iluminação natural ou artificial, adequados às atividades desenvolvidas. Nesse ponto, a Norma de Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração nº 22 também estabelece normas nos itens 22.27. Cita-se, ainda, a norma Regulamentadora nº 12 do DNPM, que trata de sinalização das áreas de trabalho e de circulação nas minas, para segurança e operacional dos trabalhadores. Sobre o mesmo tema, a Norma nº 22 também estabelece normas sobre esse aspecto no item 22.19.

Cita-se, ainda, a Norma Regulamentadora nº 14 do DNPM, que trata de máquinas, equipamentos e ferramentas. Essa norma cuida do acesso dos trabalhadores às áreas de operação de máquinas ou equipamentos e das instalações de importante relevância para a segurança da mina, bem como para a proteção ao operador. Indica-se, por exemplo, o item 14.2.6.1: “As máquinas e equipamentos devem possuir proteção para o operador contra exposição ao sol, chuva e vento.” A Norma nº 22 também estabelece normas nesse sentido nos itens 22.33.

Por fim, a Norma de Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração nº 22 também estabelece normas sobre a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes na Mineração – CIPAMIN.

D.4) Normas de prevenção a desgastes psíquicos e morais dos trabalhadores

A Norma Regulamentadora nº 22 do DNPM dispõe a obrigatoriedade de treinamento, qualificação, informações, instruções, e reciclagens, com aulas teóricas e aplicações práticas e realização anual de simulações do plano de emergência, com mobilização do contingente da mina diretamente afetado. No mesmo sentido, a Norma Regulamentadora nº 6 do DNPM e a Norma 22, item 22.35 dispõem sobre a obrigatoriedade de treinamento em princípios básicos de ventilação a todo pessoal envolvido no sistema de ventilação e supervisão da mina.

A Norma Regulamentadora nº 8 do DNPM prevê a instalação próxima aos postos de trabalho de equipamentos individuais de fuga rápida ou de auto-resgate em quantidade suficiente para o número de pessoas presentes na área, bem como câmaras de refúgio incombustíveis. Há, ainda, a previsão de medidas que previnam inundações acidentais em todo o empreendimento mineiro. As minas sujeitas a emanações de gases tóxicos, explosivos ou inflamáveis devem ser controladas periodicamente a sua concentração e investigadas sua qualidade e quantidades, como estabelece a Norma 22 no item 22.37.

Um documento que prevê diversas normas de prevenção englobando todos os elementos supracitados é o Decreto n. 6.270 de 2007 que promulga a Convenção n. 176 e a Recomendação n. 183 da OIT sobre segurança e saúde nas minas. Nessa lei há pre-

visão de direitos dos trabalhadores de serem informados; de reconhecer a legislação nacional como competente e encarregada de vigiar e regular os diversos aspectos de saúde e meio ambiente.

Além das medidas preventivas serão citadas as medidas reparatórias.

18. 2 Medidas reparatórias

O direito brasileiro prevê a responsabilização por danos causados contra o direito à vida, à integridade física, psíquica e moral causadas por empresas mineradoras. Os possíveis danos podem ser sofridos pelo: trabalhador empregado pela mineradora; terceiro diretamente afetado pelo fato danoso; meio ambiente, e, por conseguinte, por gerações futuras. Além de direito humano e individual¹⁷⁵, o direito à integridade física e moral encontra amparo no direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que consagra o postulado da solidariedade¹⁷⁶. Desta feita, trata-se

175 Nos termos do artigo 5º, caput e inciso X do mesmo artigo, na Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em 11.11.2016.

176 Ver, a propósito, ADI nº 3.540-MC, Rel. Min Celso de Mello, julgamento em 1.02.2005, Plenário STF, 3.02.2006. No mesmo sentido, o MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995: “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, den-

de direitos humanos tutelados nas esferas constitucionais, cíveis, administrativas, penais e trabalhista¹⁷⁷.

Antes de serem apresentados os tipos de sanções (civis, penais, administrativas e trabalhistas), é importante compreender a configuração da responsabilidade do Estado (A), e da responsabilidade do particular (B). Em seguida será demonstrada a configuração das responsabilidades por tipo de sanção (C).

A) Estado

A responsabilidade do Estado por danos à vida, integridade ou saúde em função de uma atividade de mineração pode ocorrer por ação (quando a empresa mineradora é estatal) ou omissão (quando o Estado falha no seu dever de fiscalizar). Seja ação ou

tro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.540-MC. Rel. Min Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 11.11.2016.

177 Separa-se a responsabilidade civil, penal, administrativa e trabalhista pelo tipo de sanção de cada uma desses âmbitos do ordenamento jurídico. Isso porque podem incidir sobre o mesmo fato, mas cada uma delas segue as regras e a sua própria tipificação legal.

omissão, a responsabilidade do Estado pelo dano causado é extracontratual ou objetiva, interpretada no § 6º do artigo nº37 da Constituição Federal. O referido artigo determina que o Estado responde pelos danos causados pelos seus agentes, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

O dano cuja responsabilidade é atribuída ao Estado é aquele causado por alguém que exerça serviço público, seja trabalhando em uma entidade com personalidade jurídica de direito público ou com personalidade jurídica de direito privado, prestadora de serviço público. Para que incida a responsabilidade extracontratual é preciso que o agente esteja em período de exercício, previsão que encontra respaldo tanto no referido §6º do artigo nº37 da CF. Desta feita, perante a vítima do dano, quem responde é o Estado.

O servidor público causador do dano terá a sua responsabilização apurada na sua relação com o Estado, em direito de regresso, nos termos do §6º do artigo nº37 da CF, bem como nos termos dos artigos 121, 122, 123, 124, 125 e 126 da Lei nº 8.112/1990. Assim, caso venha a causar danos a terceiros (danos individuais ou contra o meio ambiente) no exercício da sua função (arts. 121 e 124 da Lei nº 8.112/1990) também deve ser responsabilizado civil e administrativamente perante o Estado. A responsabilidade civil-administrativa decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, com prejuízo ao erário ou a terceiros (art. 122 da Lei nº 8.112/1990). A responsabilidade penal engloba tipificações legais imputadas ao servidor público (art. nº 123 da Lei nº 8.112/1990).

As sanções civis, penais e administrativas podem ser cumulativas e são independentes entre si, exceto a responsabilidade administrativa em caso de absolvição criminal por inexistência de provas fáticas ou de autoria (art. 126 da lei nº 8.112º1990).

Na relação entre a vítima do dano (seja um indivíduo ou uma coletividade) e o Estado, o tipo de penalidade depende da incidência ou presença de tipificação criminal da conduta (incidindo a responsabilidade penal), assim como da incidência ou presença de infração administrativa tipificada, bem como a obrigação cível de reparar o dano causado.

B) A responsabilidade do particular por dano causado

O particular, no caso uma empresa de mineração ou quem exerça atividades ligadas à mineração e que venha a causar danos à integridade física e moral de outrem, é responsável pelos danos causados nos limites das regras de cada esfera de responsabilidade: (civil-ambiental, civil-tradicional, penal, administrativa, trabalhista).

A CF brasileira prevê a responsabilização penal, administrativa e civil de pessoas físicas e jurídicas, em seu art. 225, § 3º¹⁷⁸:

178 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

“§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Recairá sobre o particular as regras de responsabilidade de cada uma dessas esferas. Tendo em vista que o dano à integridade física ou moral em atividades de mineração pode advir de um dano ambiental, é preciso compreender as teorias de responsabilidade de cada uma das esferas, ou seja, da responsabilidade civil, penal e administrativa ambiental.

A responsabilidade civil é objetiva, solidária e com base na teoria do risco integral, ou seja, de modo geral, independe de dolo ou culpa e não incide sobre ela, qualquer excludente de responsabilidade (como o caso fortuito ou a força maior)¹⁷⁹. Trata-se da interpretação do §3º do artigo art. 225 da CF, juntamente com o art. 14, §1º, da Lei nº6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil¹⁸⁰. São regras, portanto: a responsabilidade objetiva, responsabilidade solidária, responsabilidade por risco integral.

179 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp 1114398-PR (RECURSO REPETITIVO), Rel. Min. Sidnei Beneti; AgRg no AgRg no AREsp 153797-SP, Rel. Min Marco Buzzi; REsp 1373788-SP, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1412664-SP, Rel. Min. Raul Araújo; AgRg no AREsp 273058-PR, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira; AgRg no AREsp 119624-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas; EDcl no REsp 1346430-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

180 Nos termos do Código Civil, art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 11.11.2016.

A responsabilidade administrativa necessita da caracterização de infração administrativa, nos termos do Capítulo VI da Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, avaliando-se a conduta de quem praticou, ao caracterizá-la ou não como infração. Baseia-se na teoria da responsabilidade objetiva¹⁸¹ (art. 14 §1º da Lei 6.938/81), teoria do risco criado, que admite a incidência de excludentes de responsabilidade, mas exige do administrado que prove não ter contribuído para a infração que deverá ser apurada em processo administrativo próprio. São regras, portanto, a responsabilidade objetiva e por risco criado e não há a incidência de responsabilidade solidária.

A responsabilidade penal, por sua vez, importa saber se a ação ou omissão corresponde a um crime tipificado na Lei de Crimes Ambientais ou no Código Penal, nos ditames da responsabilidade subjetiva e nas regras específicas para crimes ambientais (como responsabilização da pessoa jurídica). São regras, portanto, a responsabilidade subjetiva conjugada com as especificidades do direito ambiental penal, como o seu cabimento para pessoa jurídica. Além disso, não incide responsabilidade solidária.

Na esfera trabalhista, por sua vez, deverá haver a constatação da violação das normas de segurança do trabalho na comprovação do dano causado.

181 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1318051-RJ. Rel. Min. Mauro Capmbell. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

C) A responsabilização penal, civil, administrativa e trabalhista

A ação ou omissão incidirá em responsabilidade penal caso seja tipificada como crime (C.1). Incidirá ainda na responsabilidade civil pela reparação do dano (C.2) e na esfera administrativa a partir do momento em que houver violação de regra administrativa (C.3). Como quarto âmbito de análise, a responsabilidade trabalhista também surge se a situação tratar da existência de dano ao trabalhador com a violação dos seus direitos trabalhistas (C.4).

C.1 Responsabilidade penal por dano à integridade

A responsabilidade penal é interpretada nas regras da Constituição Federal e no direito penal brasileiro. Ressaltam-se as especificidades da esfera penal para dano ambiental e, por conseguinte, para dano à integridade física e moral, especificamente, a responsabilização da pessoa jurídica e a relação dos crimes ambientais com crimes de perigo.

A Constituição Federal brasileira prevê a responsabilização penal e civil de pessoas físicas e jurídicas, em seu art. 225, § 3º, conforme já mencionado. É interessante notar que a Carta inclui a pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes ambientais, contemplando sanções à pessoa jurídica paralelamente à pessoa física - em tese, responsável no âmbito da pessoa jurídica. Contudo, a responsabilização da empresa não está condicionada à simultânea persecução penal da pessoa física – as imputações se dão em

esferas autônomas e independentes, consoante orientação jurisprudencial fixada no âmbito dos tribunais superiores. Considerada a complexidade das organizações corporativas na atualidade, a imputação do fato ilícito a uma pessoa concreta apresenta dificuldades¹⁸². Daí o relevo atribuído à inclusão da pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ambiental, superando o clássico princípio *societas delinquere no potest* (pessoa jurídica não pode cometer crime) que orienta o Código Penal Brasileiro.

A responsabilização penal da pessoa jurídica é dotada de certa complexidade. Tradicionalmente, a sanção penal deveria recair somente em pessoa física, por ocorrer em razão de conduta física (conduta individual dotada de consciência e de vontade), algo não encontrado em uma pessoa jurídica, por ser fictícia e criada em lei. A sanção penal é pessoal, e não pode ser transmitida

182 “Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548.181, Rel. Min. Rosa Weber. Acessado em 11.11.2016.

(princípio da personalidade da pena - art. 5º, XLV, CF). O referido artigo, em interpretação sistemática com o §3º do artigo nº 225 da CF poderia levar o entendimento de que a responsabilização penal recai sobre pessoa física, ao passo que a pessoa jurídica sofra as responsabilidades civis e administrativas. Discorda-se aqui desse entendimento. Entende-se aqui que o §3º do artigo nº 225 da CF acrescentou uma regra de responsabilidade penal que foi posteriormente regulada na Lei de Crimes Ambientais – nº 9.605/98, art.3º e 4º¹⁸³), possibilitando a responsabilização da pessoa jurídica posição corroborada pelos tribunais brasileiros¹⁸⁴. Assim, a pessoa jurídica é sujeito de direitos e de deveres, sendo dotada de capacidade de ação. O fato de ser fictícia e criada por lei não retira a sua responsabilidade para com os seus atos. Concorrerá para crime ambiental sempre que o fato danoso incidir em qualquer das tipificações da lei de crimes ambientais, tais como danos oriundos de ações ou atividades sem a devida licença, autorização ou permis-

183 Segundo o Art. 3º da lei nº 9.605/98, “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. E nos termos do art. 4º: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. ”

184 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1318051-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell; EDcl Resp 865864-PR, Rel. Min. Adilson Vieira; Resp 889528-SC, Rel. Min. Feliz Fischer; REsp 564960-SC, Rel. Min. Gilson Dipp; Resp 800817-SC, Rel. Min. Celso Limongi; Resp 647493-SC, Rel. Min. Mauro Campbell; Resp 610114-RN, Rel. Min. Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

são. Também nos casos de omissão poderá haver crime ambiental desde que tipificado em lei.

Seguindo esse raciocínio, a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 pode ser considerada um marco da defesa dos direitos humanos, inaugurando no ordenamento jurídico uma sistematização das sanções administrativas e uma tipificação orgânica dos crimes ecológicos¹⁸⁵. O carácter preventivo das sanções é manifesto, sendo o crime ecológico concebido, cada vez mais, como crime de perigo. Transfere-se o momento consumativo do crime da “lesão” para aquele da “ameaça”, aperfeiçoando-se o crime no instante em que o bem tutelado encontrar-se numa condição objetiva de possível ou provável lesão. Sob a ótica político-criminal, o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção, consubstanciando-se em técnica normativa mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico.

Assim, em relação às infrações ambientais preponderam os *tipos de perigo*, especialmente de perigo abstrato, para os quais é suficiente a mera probabilidade de dano. Subjaz, aí, a ideia de

185 Outro dispositivo e diploma legal extravagante editados em conexão com uma preocupação de cunho penal ambiental atrelada à atividade minerária são, respectivamente, o art. 2º da Lei nº 8.176 e a Lei nº 7.805 de 18.07.89. Não imprimem, todavia, proteção a direitos humanos, coibindo condutas infracionais específicas.

prevenção¹⁸⁶. Tal é o caso do crime de poluição, definido no art. 54 da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998¹⁸⁷.

O Código Penal também contém dispositivos específicos de proteção ao direito à vida, à integridade (física e moral) e à saúde da pessoa humana, através de sanções previstas no Código Penal para crimes comuns – não próprios. O sujeito ativo é qualquer pessoa, não especificamente agente da atividade de mineração. O Código Penal prevê, ainda, a proteção à incolumidade pública. Trata-se de sanções cominadas, respectivamente, para crime de periclitamento da vida e da saúde (art. 132), crime de perigo comum de incêndio (art. 250), crime de perigo comum de explosão (art. 251), crime de inundação (art. 254), crime de perigo comum de inundação (art. 255), e crime de perigo comum de desabamento ou desmoronamento (art. 256) e nos termos do art. 132¹⁸⁸.

186 A obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, imposta ao poluidor e ao predador, constitui objetivo condutor da Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. As duas formas principais de reparação de dano ambiental – a reestruturação natural ou o retorno ao *status quo ante*, e a indenização em dinheiro, serão abordadas em capítulo específico.

187 “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana...”.

(...)

§ 3º, “deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

188 “Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

A infração prevista no Código Penal pelo art. 132 visa à proteção da indenidade de qualquer pessoa, mas é necessário o perigo concreto, ou seja, a comprovação da existência do perigo para a respectiva configuração. Exemplo de conduta que configura o delito, na atividade de mineração, é o do empreiteiro que para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência, na execução da obra de barragem de rejeitos de mineração, expõe pessoas humanas ao risco de grave acidente. Outro exemplo é do perigo impingido a operários em razão do descaso na tomada de medidas de prevenção por parte dos patrões. Trata-se, aliás – conforme explica a Exposição de Motivos do CP, de infração instituída com esta finalidade. A título de exemplo de sua utilidade, a este propósito, cita-se a repressão ao transporte de “bóias-frias” em caminhões desprovidos de segurança, matando e ferindo centenas deles todos os anos.

Quanto ao bem jurídico da incolumidade pública (art. 250¹⁸⁹ e seguintes, da referida lei substantiva), “consiste no com-

189 “Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aumentam-se de um terço:

I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II - se o incêndio é:

a) em casa habitada ou destinada a habitação;

b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

d) em estação ferroviária ou aeródromo;

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;

plexo de condições garantidas pela ordem jurídica, necessárias para a segurança da vida, da integridade pessoal e da saúde (...) independentemente da sua relação a determinadas pessoas”; a segurança das coisas deve ser considerada “somente quando implica também a segurança das pessoas”, tratando-se assim de ações ou omissões individuais que ofendem ou expõem a perigo pessoas, transcendendo as singulares ofensas ou ameaças, enquanto se propagam ou podem propagar-se a um número relevante e indeterminável de indivíduos, prejudicando ou ameaçando a segurança social”¹⁹⁰.

Trata-se de crime de perigo comum. O termo expor (arriscar), em si já contém o fator perigo, podendo-se dizer que expor alguém é colocar a pessoa em perigo. Para consumir-se o tipo exige o perigo à vida, à integridade ou ao patrimônio de outrem. O incêndio é o fogo intenso que tem forte poder de destruição e de causação de prejuízos. Analisando as razões de aumento, em todas as hipóteses do inciso há possibilidade de se encontrar grande quantidade de pessoas, o que aumenta consideravelmente o risco de dano. Além disso, em determinados locais o risco de propagação de incêndio é bem maior, como ocorre em depósitos de explosivo, combustível ou inflamável, poços de petróleo, galerias de mineração, lavouras, pastagens, matas ou florestas.

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

§ 2º - Se culposo o incêndio, é pena de detenção, de seis meses a dois anos.

190 MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino, UTET, 1946, p. 207, *apud* DELMANTO, Celso, *et alli* Código Penal Comentado. Editora Saraiva, São Paulo-SP, 2016.

Expor, ou arriscar, no caso, pressupõe, ínsito, o fator perigo, podendo-se dizer que expor alguém é colocar a pessoa em perigo¹⁹¹. O tipo penal explicita que a exposição é o perigo voltado à vida, à integridade física ou ao patrimônio de alguém. As formas de concretizá-lo são através da explosão, arremesso e colocação de engenho de dinamite ou substância análoga. A explosão é o abalo seguido de forte ruído causado pelo surgimento repentino de uma energia física ou expansão de gás. Quando a substância explosiva não é dinamite – considerada pelo legislador mais perigosa que outras – ou análoga a esta (ex: utilização de pólvora), a pena diminui nos patamares mínimo e máximo.

Eleva-se em um terço a pena se acontecerem as seguintes hipóteses, no caso de explosão: (i) houver o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio (art. 250, §1º, I); (ii) atingir ou tiver por fim atingir casa habitada ou destinada a habitação, edifício público ou destinado ao público ou a obra assistencial ou cultural, embarcação, aeronave, comboio ou veículo

191 “Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

§ 1º - Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

§ 3º - No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; nos demais casos, é de detenção, de três meses a um ano.”

de transporte coletivo, estação ferroviária, aeródromo, estaleiro, fábrica, oficina, depósito de explosivo, combustível ou inflamável, poço petrolífero, galeria de mineração, lavoura, pastagem, mata ou floresta (art. 250, §1º, II).

Havendo negligência, imprudência ou imperícia, com resultado previsível ao agente, pune-se a forma culposa, embora o tipo penal só tenha levado em conta a explosão, e não o arremesso ou colocação.

Para consumir-se o tipo exige o perigo à vida, à integridade ou ao patrimônio de alguém. A inundação é um alagamento ou uma enchente em um local de notável extensão, não destinado a receber águas, sendo necessário que não esteja mais no poder do agente dominar a força natural das águas, cujo desencadeamento provocou, criando uma situação de perigo comum¹⁹².

Remover (mudar de um lugar para outro ou afastar), destruir (arruinar ou fazer desaparecer), ou inutilizar (tornar inútil ou invalidar) são condutas que se compõem com o verbo expor - arriscar¹⁹³. Para consumir-se o tipo exige o perigo à vida, à integridade ou ao patrimônio de outra pessoa. O cometimento de uma ou

192 “Art. 254 - Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa”.

193 “Art. 255 - Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa”.

mais condutas provoca a punição por um único crime, desde que no mesmo contexto fático. Na formulação das mencionadas infrações do Código Penal ressalta uma perspectiva eminentemente preventiva, consistindo seu fio condutor à mera exposição a perigo. Dada a necessidade de identificação do sujeito ativo, todavia, os crimes expressos acabam por ter pouca aplicação. Em termos práticos, é extremamente difícil a individualização das referidas condutas. Sendo os dispositivos codificados de pouca efetividade à sua tutela, a abordagem baseada na legislação especial ambiental acaba por refletir de modo mais apropriado a proteção aos direitos humanos.

C.2) Responsabilidade civil

O simples exercício de atividade das empresas de mineração sujeita a empresa à responsabilidade pelos danos dela decorrentes, independentemente de caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa. É a interpretação do §3º do artigo art. 225 da CF, juntamente com o art. 14, §1º, da Lei nº6.938/81 e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Para que se caracterize o dever de indenizar, em se tratando dessa espécie de dano, basta que se comprove o dano e o nexo de causalidade. a responsabilidade civil é objetiva, solidária e com base na teoria do risco integral, ou seja, independe de dolo ou culpa e não incide sobre ela, qualquer excludente de responsabilidade (como o caso fortuito ou a força maior)¹⁹⁴.

194 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1114398-PR (RECURSO RE-

Incide, em tais casos, a teoria do risco integral, ou seja, não cabe a aplicação de qualquer tipo de excludente caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou culpa - já que se trata de dano ambiental. O simples fato de desenvolver a atividade dá ensejo a responsabilização – tal como o ocorrido, v.g., no caso de inundação por lama tóxica quando de enchente que atingiu a residência de morador afetado pela atividade.

Pelo Código de Mineração, os profissionais responsáveis pelos estudos técnicos de modo geral, respondem pelos seus respectivos trabalhos. São as previsões contidas no parágrafo único do artigo 15, §3º do artigo 16 e inciso V do artigo 22, do Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/67). Em tais situações, a empresa responsável responderá civilmente perante a vítima do dano e poderão entrar com ação de regresso contra os profissionais responsáveis. Além disso, pelo fato de ser a responsabilidade civil solidária, todos os envolvidos no dano poderão responder por ele, inclusive o Estado.

A reparação civil ocorrerá para o dano material e moral individual, mas também para o dano moral coletivo, este diretamente relacionado com a violação a um direito ecologicamente equilibrado pertencente às presentes e futuras gerações. Enquan-

PETITIVO), Rel. Min. Sidnei Beneti; AgRg no AgRg no AREsp 153797-SP, Rel. Min. Marco Buzzi; REsp 1373788-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; AgRg no REsp 1412664-SP, Rel. Min. Raul Araújo; AgRg no AREsp 273058-PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; AgRg no AREsp 119624-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas; JEDcl no REsp 1346430-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

to a reparação e a indenização se complementam na recomposição do dano material e moral individual, a indenização é o instrumento da responsabilidade por dano moral coletivo¹⁹⁵ que se refere ao dano a um direito difuso. Neste caso, o montante deve ser direcionado ao Fundo de Defesa de Direito Difuso¹⁹⁶ ou Fundo equivalente ao nível estadual ou municipal.

C.3) Responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa do causador de um dano à integridade física e moral existe na presença de infração administrativa e deve ser apurada em processo administrativo próprio. Retrata-se aqui a regra geral apresentada pela Lei de Crimes Ambientais, bem como algumas características próprias da responsabilidade administrativa.

A responsabilidade administrativa é uma apuração na relação jurídica entre o autor do dano e o Estado no exercício do seu poder de polícia. Objetiva-se corrigir uma conduta ilegal. A reparação do dano é objeto da esfera cível acima já vislumbrada. É importante ter isso em mente para não se confundir com a responsabilidade civil pelo dano ambiental que pretende a reparação e a

195 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1355574-SE ; Rel. Min. Og Fernandes; AgRg no AREsp 823762-PR, Rel. Min. Diva Malerbi; REsp 1212723-PR, Rel. Min. Regina Helena Costa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

196 Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado em 24 de julho de 1985, pela Lei nº 7.347/85 trata-se de um Fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, e regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, por meio do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD.

indenização do dano. A responsabilidade administrativa pretende a correção da conduta e é complementar a reparação civil do dano.

A responsabilidade administrativa é prevista no art. 70 da Lei de Crimes ambientais: “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.”. Uma infração administrativa é uma violação das regras jurídicas pode ser qualquer atividade sem a devida permissão, autorização ou licença estando regular. São, por exemplo, atividades sem licença ou permissão, ou com a licença cassada, extinta, entre outras situações. No momento em que se constata a violação legal, a responsabilidade administrativa está configurada, independentemente, de ter havido um dano em concreto. A mera violação legal é suficiente para gerar um perigo de dano, sendo suficiente para gerar a sua responsabilização administrativa, uma vez que a conduta estará tipificada em lei.

Os tipos de sanções administrativas são previstos no art. 72 da Lei de Crimes ambientais, podendo ser uma advertência, multa simples, multa diária, apreensão, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra, demolição de obra, suspensão de atividades, restrição de direitos, entre outras. Na mineração, por exemplo, incidem como infrações administrativas, advertências, multas e caducidade do título (nos termos do artigo 63 do Código de Mineração), uma vez constatado o descumprimento de qualquer exigência em sede de autorização de pesquisa ou concessão de lavra, regulamentadas

pelos órgãos competentes, ao exemplo das infrações no regime de lavra garimpeira, previstas na Portaria 137/1998 do Departamento Nacional de Produção Mineral, ou ainda a Portaria 564 de 2008, da mesma entidade, entre outras.

Difere-se da responsabilidade penal, pela sua tipificação se precisamente a de infração administrativa e pelas sanções aplicadas. Difere-se ainda da responsabilidade civil ambiental por não se basear na teoria do risco integral. Há exame de culpabilidade e incidência de excludentes de responsabilidade, embora não deixe de ter um respaldo na teoria objetiva, no sentido específico de que não há necessidade da presença de dano, basta a violação legal para incidir a responsabilização, pois com a simples violação, o perigo de dano está caracterizado.

A aplicação da sanção administrativa é individualizada e dotada de intranscendência (nos termos do art.5º, inc. XLV, da CF/88), obedecendo, nesse sentido, à sistemática da teoria da culpabilidade, onde há o exame do dolo ou da culpa na conduta. Tal como a responsabilidade penal, não se admite solidariedade, já que é a conduta o objeto da responsabilização¹⁹⁷. O autor da conduta responde pessoalmente. Salienta-se aqui que, caso seja o autor um servidor público, quem responde perante a vítima é o Estado, situação possível em caso de omissão ou caso a mineradora seja uma empresa pública.

197 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1251697-PR, Rel. Min. Mauro Campbell. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

C.4) Responsabilidade trabalhista

A responsabilidade trabalhista tem por foco a relação entre empregado e empregador, tem amparo constitucional e legal. O dano à integridade aqui é retratado no caso da presença da referida relação. Neste caso, as obrigações ressaltadas são aquelas diretamente relacionadas à segurança no trabalho. Caso venha o empregado a sofrer algum tipo de acidente, será necessário observar se foram adotadas todas as medidas de segurança por parte da empresa, para então, apurar a sua responsabilidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, retrata o direito dos trabalhadores ao seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. O dolo ou culpa do empregador terá direta relação com os seus deveres com as medidas de segurança. Nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 157, estão dispostas as obrigações da empresa¹⁹⁸.

Na presença de um acidente de trabalho, será preciso averiguar o nexo causal entre o dano e a falta de cuidado do empregador com as suas obrigações trabalhistas. No caso de culpa

198 Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
(Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
(Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

exclusiva do empregado, há, por exemplo, o entendimento jurisprudencial no sentido da indenização não ser devida¹⁹⁹.

Uma vez apurado o cumprimento dos deveres trabalhistas do empregado e do empregador, a conformação da indenização pelos danos causados segue a responsabilidade civil tradicional veiculada pela teoria subjetiva, ou seja, analisa-se dolo ou culpa e incide algumas excludentes de responsabilidades (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior).

O direito social envolvido também deve ser garantido pelo Estado. Os acidentes de trabalho devem ser assegurados pela Previdência Social (art. 30 da CLT).

Em breve conclusão, observa-se a existência de medidas preventivas e reparatórias *in abstracto* no direito brasileiro. Para que seja analisada a aplicação dessas normas, nos casos concretos, deve ser feito um estudo mais aprofundado baseado em controvérsias reais, o que não foi feito nessa pesquisa inicial. O estudo comparado será essencial para verificar a proeminência ou não do direito nacional frente às violações à saúde e à integridade física e psíquica de possíveis vítimas.

19. Violações de direitos de defensores de direitos humanos²⁰⁰

199 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. Processo: 0000063-65.2013.5.03.0097 RO; Data de Publicação: 13/06/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acessado em 11.11.2016.

200 Há imprecisão terminológica quanto à utilização da categoria “ativistas ou defensores de direitos humanos”. A sugestão é classificar como “identidade camponesa da comunidade” envolvida no conflito. Por exemplo: Se for comunidade quilombola registra-se liderança quilombola; comunidade

relacionados ao âmbito da mineração: casos emblemáticos.

Há casos emblemáticos de violações de direitos de ativistas ou defensores de direitos humanos relacionados à mineração no Brasil. Os seguintes casos serão descritos: A espionagem de ativistas e o assédio processual no Estado do Pará (a); As terras da tribo indígena “Yanomami” e a mineração ilegal (b); O conflito na Comunidade “Baixio dos Belos” com a Mineradora “Bemisa” no Município Curral Novo/PI (c); O conflito da Comunidade Quilombola “Alto Acará” com a empresa mineradora “Biovale” (d); O conflito na Fazenda “Conquista”, acampamento “João do Vale”, município de Açailândia (MA) (e); O conflito na comunidade “Piquiá de Baixo” em face de empreendimento de fabricação de ferro gusa da Vale, no município de Açailândia/MA (f); O conflito entre a comunidade Bento Rodrigues em função do rompimento da Barragem da Samarco – “Vale-BHP Billiton” (mineradora anglo-australiana) (g). Alguns dos casos estão baseados em textos científicos, enquanto que outros estão fundamentados em notícias. Optou-se pela citação de todos os casos, pois esse estudo ainda é preliminar e, portanto, os “indícios” podem ser relevantes para os estudos posteriores.

indígena inscreve-se liderança indígena. Portanto, os questionamentos foram respondidos seguindo-se essa categorização, levando em conta que as violações podem se manifestar através de diversas condutas, tais como, homicídios, ameaças de morte, espionagem, assédio processual, omissão em solucionar o problema, falta de políticas públicas, morosidade judicial, não oitiva das comunidades afetadas, promessas não cumpridas acordadas em audiências públicas, poluição ambiental, dentre outras formas.

a) *A espionagem de ativistas e o assédio processual no Estado do Pará*²⁰¹

No ano de 2013 repercutiu na imprensa nacional e internacional a prática de espionagem realizada pela empresa “Vale S.A.” e o “Consórcio Norte Energia” contra a comunidade indígena “Gavião Parkatejê” e outros povos rurais e tradicionais. Essa atividade almejava perseguir moral e judicialmente os defensores e ativistas de direitos humanos daquelas comunidades, promovendo ações judiciais para criminalização das lideranças, prática essa denominada de assédio processual, que pode ocorrer tanto através de lides civis simuladas de reparação de danos quanto por meio de representação penal (“notícia criminis”)²⁰².

Considerados potenciais adversários pelas companhias empresariais em relação à execução de projetos de expansão da atividade mineradora no Estado do Pará, os ativistas de direitos humanos denunciaram-nas às instituições governamentais, atribuindo-lhes a responsabilidade por diversos acidentes na Ferrovia Ferro Carajás, que leva minério do interior para a capital do

201 FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. *Mineração e violação de Direitos: o projeto ferro carajás s11d, da Vale S.A.* Disponível em https://issuu.com/plataformadhescabrazil/docs/relatorio_missao_mineracao. Acessado em 09.09.2016.

202 Sobre a conceituação de assédio processual ver em: ZANATA, Mariana Lobo. *Assédio processual: análise das condutas processuais indevidas na seara processual civil*. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: set./2014. Disponível em <http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5193-mariana-lobo-zanata/file> Acessado em 23.09.2016.

Estado do Pará. Além disso, cobraram reparação às comunidades locais, por danos socioambientais ocasionados pelas mineradoras.

A destreza da atuação intimidadora deu-se mediante um esquema privado que acessava banco de dados do governo federal e que vendia “as informações” referentes à biografia de pessoas e de organizações envolvidas na proteção de direitos humanos. Em outros casos, utilizou-se de grampos ilegais, furto de equipamentos de informática e hackeamento de páginas de internet das entidades comunitárias²⁰³.

A espionagem foi praticada sobre os ativistas de uma lista de organizações, como o Movimento de Atingidos pela Vale, o Movimento de Trabalhadores Rurais Sem Terra, a ONG Justiça nos Trilhos e o Movimento Xingu Vivo para Sempre²⁰⁴.

No ano de 2013 a espionagem ilegal foi denunciada ao Congresso Nacional, por meio da realização de audiência pública na Comissão de Direitos Humanos do Senado²⁰⁵. Do mesmo modo, ao Ministério Público Federal – MPF, que instaurou um proce-

203 VIEIRA, Izabela. *ONGs cobram atuação do MPF contra espionagem da Vale*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/02/ongs-cobram-atuacao-do-mpf-contra-espionagem-da-vale>. Acessado em 23.09.2016

204 VIEIRA, Isabela. *ONGs cobram atuação do MPF contra espionagem da Vale*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/02/ongs-cobram-atuacao-do-mpf-contra-espionagem-da-vale>, acesso em 09/09/2016. Há também informação disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Movimentos-Sociais/Ativistas-pedem-aco-es-de-Estado-contra-espionagem-praticada-pela-Vale-S-A/2/29313>. Acessado em 23.09.2016.

205 O vídeo pode ser assistido através do seguinte link (publicado em 24/10/2013): <http://www.senado.gov.br/noticias/TV/Video.asp?v=295406>.

dimento investigatório sigiloso²⁰⁶. Todavia, não há informes oficiais se ambas as instituições deram os devidos encaminhamentos legais ou se ficaram apenas na promessa de aguardar a ação do executivo federal quanto à realização de um amplo programa “anti-espionagem” no Brasil, para proteção dos ativistas de direitos humanos²⁰⁷.

De forma paralela, o Poder Judiciário precisa estar atento à utilização de processos judiciais que alteram a verdade dos fatos, visando apenas intimidar defensores de direitos humanos, devendo realizar a colheita de provas judiciais almejando o esclarecimento da verdade real e à condução do acesso à ordem jurídica justa, coibindo a litigância de má-fé no processo civil e a utilização indevida do direito penal e processual penal para criminalizar o trabalho dos defensores²⁰⁸.

b) As terras da tribo indígena “Yanomami” e a mineração ilegal

206 CONJUR. *MPF investiga acusação de grampo ilegal na Vale*. <http://www.conjur.com.br/2013-abr-23/ministerio-publico-investiga-acusacao-espionagem-corrupcao-vale>. Acessado em 23.09.2016

207 Jornal o Globo. *Anistia Internacional lança programa anti-espionagem para ativistas*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/anistia-internacional-lanca-programa-anti-espionagem-para-ativistas-14611331>. Acessado em 23.09.2016

208 Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. *Criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos*. OEA: 2015. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf>. Acessado em 23.09.2016

Segundo dados da FUNAI – Fundação Nacional do Índio²⁰⁹, as terras da tribo indígena Yanomani têm sido alvo constante de atividades mineiras ilegais²¹⁰ desde a implantação do famoso “projeto meridiano 62 do governo local”, no Estado de Roraima²¹¹. De acordo com estudos sobre o tema, os anos 1970 foram marcados, especialmente em Roraima, pela implantação de projetos de desenvolvimento no âmbito do “Plano de Integração Nacional”, lançado pelos governos militares da época. Tratava-se, essencialmente, da abertura de um trecho da estrada Perimetral Norte (1973-76) e de programas de colonização pública (1978-79) que invadiram o sudeste das terras Yanomami.

Nessa época, o projeto de levantamento dos recursos amazônicos (Radambrasil²¹²) detectou a existência de importantes jazidas minerais na região. A publicidade dada ao potencial mineral do território Yanomami desencadeou um movimento progressivo de invasão garimpeira, que acabou agravando-se no final dos

209 Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Lei de Acesso à Informação. Protocolo n.º 08850.002834/2016-26. Resposta em 15/09/2016.

210 BIGIO, Elias dos Santos. *Programa (s) de índio(s): falas, contradições, ações interinstitucionais e representações sobre índios no Brasil e na Venezuela (1960-1992)*. Brasília: UnB, 2007. 398 p. Ilust. -Universidade de Brasília. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/MFN-14397.pdf>.

211 ALBERT, Bruce. “Terras indígenas, política ambiental e geopolítica militar no desenvolvimento da Amazônia a propósito do caso Yanomami”. In: Lena, Philippe; Oliveira, Adelia Engracia de. *Amazônia: a fronteira agrícola 20 anos depois*. Belem: Museu Paraense Emilio Goeldi, 1991. p. 37-58. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/MFN-39197.pdf>.

212 Informações disponíveis em https://pt.wikipedia.org/wiki/Projeto_Radambrasil, acesso em 23/09/2016.

anos 1980 e tomou a forma, a partir de 1987, de uma verdadeira “corrida do ouro”²¹³.

A “corrida do ouro” iniciou-se com a abertura de centenas de pistas clandestinas de garimpo entre 1987 e 1990, no curso superior dos principais afluentes do Rio Branco, que pertence a bacia do Rio Amazonas. Por isso, o número de garimpeiros na área Yanomami de Roraima foi, então, estimado entre 30 a 40.000, cerca de cinco vezes a população indígena ali residente. Embora a intensidade dessa corrida do ouro tenha diminuído bastante a partir do começo dos anos 1990, até hoje núcleos de garimpagem continuam encravados na terra Yanomami, de onde seguem espalhando violência e graves problemas sanitários e sociais.

Essa situação resultou, em 1993, no “massacre dos yanomami de Haximu”²¹⁴ no Rio Orenoco, entre a fronteira do Brasil com a Venezuela, consistente no homicídio de 13 índios, provocado por cerca de 22 garimpeiros que queriam intimidar a tribo e os respectivos pajés.

c) *Conflito na Comunidade “Baixio dos Belos” com a Mineradora “Bemisa” no Município Curral Novo/PI*²¹⁵

213 ALBERT, Bruce. *Informações Yanomami*. São Paulo: CCPY, 2000. 8 p. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/Folheto43/FO-CX-43-2722-2000.pdf>.

214 ALBERT, Bruce. **O massacre dos Yanomami de Haximu**. Povos Indígenas no Brasil 1991/95, São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 203-207, 1996. Disponível em: http://issuu.com/instituto-socioambiental/docs/part_2/1?e=3045194/5774604.

215 Fonte primária onde foi obtida a informação: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino, pertencente à Comissão Pastoral da Terra – CPT, ano 2016.

No ano de 2008 iniciam-se pesquisas minerais de ferro pelo grupo “Bemisa”, que após a conclusão do procedimento de licenciamento ambiental em 2013, passa a explorar minério no Município de Curral Novo/PI. Contudo, moradores da comunidade “Baixio dos Belos” denunciaram abusos nas negociações de compra de terras pela mineradora e nos processos de desapropriação.

Em 07 de março de 2014, há um protesto do Movimento dos Pequenos Agricultores da região de Paulistana - bloqueio da BR-407, onde os moradores das comunidades rurais de Curral Novo, dentre elas Baixio dos Belos, Caititus, Lagoa do Ovo e Sítio do Juá novamente denunciam que estão sendo pressionados por funcionários da Empresa Brasil Exploração Mineral S.A (Bemisa) para venderem suas terras e que as propostas de indenização feitas pela desapropriação de suas propriedades são muito abaixo dos valores de mercado (oferta de R\$ 1.500,00 por hectare) e das benfeitorias nelas instaladas, de forma que as famílias estariam sendo ameaçadas de perderem suas terras.

Para mediar a situação conflituosa houve interferência do Ministério Público Federal – MPF e Ministério Público Estadual – MPE, assim como da Comissão Pastoral da Terra - CPT. Utilizou-se do expediente de realizar diversas audiências públicas e expedição de recomendações aos órgãos competentes (federais, estaduais e municipais)²¹⁶ para que não ocorresse a “desterrito-

216 Ao poder municipal foram propostas as seguintes obrigações: transporte coletivo de qualidade, com a imediata implantação de ônibus escolares; conserto da estrutura física e mobiliária das escolas; construção de prédios próprios para escola onde não houver; merenda escolar adequada; contrata-

rialização” e “destraditionalização” das comunidades locais pela atividade mineradora.

Ainda assim os procedimentos destacados não foram suficientes, pois há relatos das comunidades afetadas no sentido de que a mineradora estaria impedindo a efetivação do programa do governo federal “luz para todos” não permitindo a entrada de postes nas terras já adquiridas pela mesma, mostrando assim sua disposição em dificultar a vida das comunidades, em especial os quilombolas “caititu” e “garapa”.

d) *Conflito da Comunidade Quilombola “Alto Acará” com a empresa mineradora “Biovale”*²¹⁷

As famílias quilombolas do Alto Acará lutam, desde o ano de 2012, para a retomada de uma área, denominada de Fazenda São Jorge, atualmente ocupada pela Empresa Biovale, de propriedade da Vale S.A.

ção regular de funcionários. Ao poder Estadual e Federal foi recomendado: implementação do programa “luz para todos”; indenizações justas, no caso da Transnordestina; revisão dos critérios de indenização, incluindo a benfeitorias, e pessoas prejudicadas, mas que não foram indenizadas; fiscalização contra os abusos de poder exercido pelas empresas; construção de acessos na Transnordestina, religando as comunidades e propriedades; revisão do licenciamento ambiental, com sua suspensão enquanto não forem apuradas as irregularidades; realização de consulta às comunidades, nos moldes da Convenção 169 da OIT sobre a implantação dos empreendimentos, com informações fidedignas, direito a voz e a decisão livre sobre a implantação da mineração; realização de audiências públicas para à informação e participação dos procedimentos administrativos relativos a obras e decisões práticas que busquem evitar a violação de direitos humanos nas comunidades.

217 Fonte primária onde foi obtida a informação: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino, pertencente à Comissão Pastoral da Terra – CPT, ano 2016.

Os terceiros interessados em vender aquela área para empresa Biovale, estão entrando em conflito com os quilombolas, fazendo ameaças. A AMARQUALTA (Associação dos Moradores e Agricultores Remanescentes Quilombolas do Alto Acará) está na luta judicial para titulação definitiva da área. São aproximadamente 700 famílias quilombolas do Alto Acará, que reivindicam 4,3 mil hectares, num território localizado entre Acará e Tomá-açu, no Estado do Pará.

Some-se a isso, que há relatos de violência praticada por policiais militares contra membros da referida comunidade e, principalmente, contra o dirigente da associação AMARQUALTA. Estranhamente, os quilombolas Abiair Amaral Gusmão e Josivani Amaral Gusmão, são assassinados, e Jaciane Gusmão dos Santos, Sueli e Júnior sofrem tentativa de homicídio, fatos ocorridos em 07/11/2012. Tais incidentes aconteceram na área retomada do Quilombo Dezenove de Maçaranduba²¹⁸.

De acordo com a promotora de justiça da Comarca que esteve em reunião com as comunidades quilombolas no dia 09/11/2012, não há indícios da ligação das empresas com a violência, mas explica que segundo relato dos quilombolas o problema é com os terceiros interessados em vender terras para a Biopalma, empresa intermediária que planta dendê (dendeicultura²¹⁹) para servir à Biovale.

218 Disponível em <http://www.mp.pa.gov.br/index.php?action=Menu.interna&id=1723&class=N>. Acessado em 23.09.2016

219 A monocultura do dendê tem se alastrado pelo interior do Estado do Pará

Há alguns anos, tramita o processo judicial de demarcação de 22 mil hectares do Território Quilombola do Alto Acará, no km 19 de Maçaranduba. A Biovale requer terras coincidentes à parte da área quilombola, declarando que adquiriu as áreas de um proprietário particular, que por sua vez invadiu a área quilombola, segundo relatos da ONG JustiçaGlobal²²⁰.

Os documentos da Biovale indicam que a área localiza-se a 60 km das terras quilombolas. Por isso, devido às informações divergentes, a juíza titular do processo judicial solicitou a cooperação de ambos os lados, quilombolas e Biovale, para a precisa apuração dos dados por peritos judiciais²²¹.

Contudo, a Biovale já está instalada nas terras quilombolas gerando diversos transtornos sociais e ambientais. As diversas famílias são ameaçadas de expulsão de suas casas pela empresa. A comunidade relata que seus igarapés e hortas estão sendo envenenados por pulverização de agrotóxicos para a produção do dendê. Algumas famílias foram obrigadas a serem remanejadas face à contaminação e conseqüente ação lesiva às suas saúdes.

de forma intensa, sob o pretexto da produção do biodiesel. Pelo menos dois impactos podem ser observados desse processo. Por um lado, a migração do agricultor para trabalhar nos campos do dendê, abandonando seu modo de vida tradicional. E por outro, o recuo da agricultura regional em favor da dendeicultura.

220 Disponível em <http://www.global.org.br/blog/comunidade-quilombola-e-invadida-pela-vale-para-plantacao-de-dende/>. Acessado em 23.09.2016.

221 Disponível em <http://www.ecoagencia.com.br/?open=noticias&id=VZL-SXRIVONIUSpFVT1WNXJFbKVVVB1TP>. Acessado em 23.09.2016.

Essa situação culminou, em 04/07/2014, no assassinato de Artêmio Gusmão, conhecido como “Alair” (ou “Alaor”), liderança quilombola da Comunidade Mançaranduba. Os requintes são de crueldade, pois o homicídio se deu mediante emboscada, utilizando-se de meio perverso como degola e esquartejamento da vítima, no local denominado Vila Camarial, em Acará/PA²²².

O homicídio é relacionado à luta por reconhecimento de território quilombola. Não há informações sobre a autoria do crime. A Associação de Moradores dos Quilombos do Alto Acará (AMARQUALTA) já havia alertado que Artêmio sofria ameaças de morte por parte de um madeireiro. Isso foi denunciado às autoridades federais. Além das ameaças de morte a lideranças comunitárias, a AMARQUALTA denunciou vários crimes ambientais e grilagem de terras.

Para contextualizar o assassinato de “Alair”, dois de seus irmãos também foram assassinados por causa de conflitos agrários, no ano de 2012. Registra-se que outras pessoas da mesma família foram ameaçadas de morte, podendo citar os nomes de Jaciane Gusmão dos Santos, que já sofreu tentativa de assassinato em 2012, e Oziel Gusmão, que também sofreu intimidações em 2012.

Enfim, é um processo conflituoso que envolve a demarcação das terras quilombolas e o interesse da mineradora em ocupar referidas áreas. Nem Ministério Público, nem INCRA, nem ITER-

²²² Disponível em <http://www.cedenpa.org.br/Morte-anunciada-de-lider>. Acessado em 23.09.2016

PA (Instituto de Terras do Pará) e Judiciário resolveram o impasse, a questão está em limbo judicial e os conflitos se perpetuam entre a empresa, índios, quilombolas e ribeirinhos.

Para chamar atenção do descaso estatal, em 13/01/2016, o movimento de resistência do povo Tembê²²³, da T.I. Turé-Mariquita, no município de Tomé-Açu-PA, lançou nota de repúdio contra as violências, massacres e perseguições que estão a sofrer indígenas e quilombolas da região. De acordo com o documento, policiais militares e civis efetuam rondas nas comunidades sem qualquer ordem judicial e em 12/01/2016, uma liderança quilombola foi presa na cidade de Acará-PA, sem mandado e sem qualquer indício de ato criminoso.

Na delegacia, representantes das comunidades foram ameaçados por policiais no sentido de que efetuariam a prisão do líder indígena Paratê. De fato, este tem recebido ameaças de prisão e morte por conta de sua luta contra a empresa Biopalma, responsável pelo cultivo de grandes áreas de dendê, nos arredores da T.I. Turé-Mariquita e das comunidades quilombolas e ribeirinhas, vitimadas pelos impactos do empreendimento, que não têm sido devidamente reparados²²⁴.

223 Informações sobre a divisão em três blocos da aldeia “Tembê” podem ser obtidas em: <https://pib.socioambiental.org/pt/povo/tembe/1023>. Acessado em 23.09.2016.

224 Informações também disponíveis no site: www.racismoambiental.net.br-14/01/2016.

*e) Conflito na Fazenda “Conquista”, acampamento “João do Vale”, município de Açailândia (MA)*²²⁵

Em 24 de setembro de 2010, 39 famílias do Acampamento João do Vale, situado na Fazenda Conquista, no município de Açailândia (MA), denunciaram que seus “barracos” estariam ameaçados por incêndio provocado por faíscas expelidas durante a manutenção dos trilhos da Ferrovia Carajás, administrada pela mineradora Vale. Os trilhos da “Estrada de Ferro Carajás”, que liga Parauapebas no Pará a São Luís no Maranhão, estendem-se cerca de 800 quilômetros por terras maranhenses. Nesse trecho, o que se vê de um lado e de outro da ferrovia, quando não são povoados muito pobres, é uma imensidão de terras devastadas, varridas em consequência do projeto de mineração da região.

A coordenação do MST relata que o incêndio iniciou-se por volta do dia 16 de setembro de 2010, consumiu 220 hectares incluindo matas nativas, florestas emergentes e toda a biodiversidade, já que essa é uma região que faz parte da Amazônia legal. A comunidade atingida encaminhou denúncia ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), mas nenhuma providência foi tomada. O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) foi informado e

²²⁵ Fonte primária onde foi obtida a informação: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino, pertencente à Comissão Pastoral da Terra – CPT, ano 2016.

se comprometeu em fazer denúncia oficial aos órgãos competentes, já que a área em chamadas pertence à União.

Cerca de 350 mulheres ligadas à Via Campesina, ao MST e ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais protestam nos acampamentos João do Vale e Francisco Romão, ambos de Açailândia, em 3 e 4 de março de 2011. A irresignação é contra a forma predatória de exploração da empresa Vale na região sudeste do Maranhão. A monocultura do eucalipto, utilizado para produção do carvão vegetal que alimenta fornos de cinco siderúrgicas localizadas no município, origina a poluição do solo e da água. Os prejuízos promovidos pela Estrada de Ferro Carajás às comunidades por onde passa o trem da Vale, vem causando a morte de animais além de atropelamentos de trabalhadores rurais.

O manifesto é contrário à duplicação dos trilhos que liga Parauapebas, no Pará, a São Luís, no Maranhão, por ocasionar impactos sociais e ambientais. Esse protesto é apoiado por agentes da Comissão Pastoral da Terra – CPT preocupados com as famílias do acampamento João do Vale, ameaçadas de despejo judicial.

As manifestações continuam e em janeiro de 2012 dois mil trabalhadores oriundos dos assentamentos Novo Oriente, Francisco Romão, Planalto I, Planalto II e do acampamento João do Vale, todos de Açailândia, bloqueiam a estrada vicinal que dá acesso às obras de duplicação da Estrada de Ferro Carajás. Os assentados voltam a denunciar que a Vale não cumpriu o que foi combinado com o grupo, junto à Prefeitura de Açailândia havia dois meses. O grupo recebe apoio do Sindicato dos Trabalhadores

Rurais e do MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra).

As reivindicações são contrapartidas compensatórias da mineradora, diante dos impactos que causa na zona rural de Açailândia, entre estes destacam-se: atropelamento de pessoas e animais; trepidação e rachaduras das casas, além do aterro de poços com a passagem do trem; poluição sonora; aumento de tráfego de carro; veneno jogado nas plantações de eucalipto que cerceiam os assentamentos; devastação ambiental e constantes incêndios provocados por locomotiva.

Entre as contrapartidas reivindicadas e não cumpridas constam: melhorias na escola; construção de túneis para passagens de carros e passarelas para travessia de pedestres sob a estrada de ferro; valor justo de indenização para remoção das casas; recuperação dos reservatórios de água; trabalho de prevenção a incêndio; apoio às experiências ambientais; pesquisas para avaliar impacto dos agrotóxicos vindos dos eucaliptos na plantação dos assentamentos e um posto de saúde.

De 26 a 29 de julho de 2012, realizou-se em Açailândia o IV Encontro Regional dos Atingidos pela Vale e o II Encontro da Juventude Atingida pela Mineração. No último dia do encontro (29/07) as comunidades impactadas pela Estrada de Ferro Carajás (Corredor Carajás), dos Estados do Maranhão e Pará, e representantes de movimentos sociais e entidades escrevem uma carta aberta endereçada ao Ministério Público Federal, à Defensoria Pública da União e ao IBAMA, denunciando os conflitos. São feitas

reivindicações para enfrentamento e resolução dos sérios problemas sociais gerados pela ameaça de expulsão, em decorrência dos projetos de expansão da Vale.

*f) Conflito na comunidade “Piquiá de Baixo” em face de empreendimento de fabricação de ferro gusa da Vale, no município de Açailândia/MA*²²⁶

Trata-se de um litígio que se iniciou no ano de 2008 envolvendo a comunidade de Piquiá, constituída por aproximadamente 300 famílias e, do outro lado, a pretensão de expansão da indústria de siderurgia na região. Os povos tradicionais reivindicam o reassentamento do povoado em condições de saúde e moradia dignas e medidas imediatas de redução do impacto da poluição, que prejudica o ar, os rios, o solo, com efeito negativo sobre toda a cidade. A comunidade acusa a empresa Vale quanto à poluição, ao desmatamento, aos conflitos sociais da região.

Além da comunidade, entidades como o Ministério Público e associações ambientais afirmam que é necessário evitar que a expansão das minas da empresa Vale e a duplicação dos trilhos da Estrada de Ferro Carajás criem novas situações parecidas. As autoridades governamentais, Ministério Público e Defensoria Pública já tomaram conhecimento do problema, realizando diversas audiências públicas.

²²⁶ Fonte primária onde foi obtida a informação: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino, pertencente à Comissão Pastoral da Terra – CPT, ano 2016.

Esse caso de Piquiá de Baixo representa a existência de um espaço antecessor e tradicional (bairro pré-existente às gusarias) e agora cercado pelos empreendimentos altamente poluentes, deixando mais de 300 famílias nessas condições de precariedade. A luta da comunidade é pela implantação de um projeto de reassentamento. Não resta dúvida, trata-se de uma área de sacrifício do povo no altar do desenvolvimento sem controle.

Em 24/05/2011 as famílias do Povoado Piquiá conseguem um acordo para serem reassentadas em outra área. O pacto é mediado pelo Ministério Público. Ficou acertado que a Prefeitura de Açailândia vai desapropriar uma área de 38 hectares escolhida pelos moradores para o reassentamento. A desapropriação será custeada pelo Sindicato das Indústrias de Ferro Gusa do Estado do Maranhão, cujos representantes assinaram um termo se comprometendo a depositar R\$ 400 (quatrocentos mil reais) em um prazo de 30 dias.

A mineradora Vale, que no estudo também foi responsabilizada pelos danos à comunidade, não enviou representante à reunião. A empresa explora o minério de ferro de Carajás, que é transformado em ferro gusa nas siderúrgicas. Ainda não está definido quem irá pagar pela construção das novas casas nem se as famílias irão receber uma área para cultivo, já que 70% delas são de pequenos agricultores. Os moradores do povoado Piquiá de Baixo e do assentamento Califórnia sofrem de doenças respiratórias, problemas de visão e de pele provocadas pela poluição.

Aproximadamente três mil moradores da Comunidade Piquiá de Baixo bloqueiam, em 07/12/2011, a BR-222, em Açailândia. Eles protestam contra a decisão judicial que suspendeu provisoriamente a desapropriação da área pleiteada para o reassentamento das famílias impactadas pelas atividades de mineração. Estas sofrem contaminação do Pólo Siderúrgico instalado no local. São cinco empresas alimentadas pela Companhia Vale do Rio Doce: Fergumar, Gusa Nordeste, Pindaré, Simasa e Viena.

A Articulação Internacional dos Atingidos pela Vale entrega, em 30/10/2012, para Murilo Ferreira, presidente da Vale, o prêmio Public Eye Awards, pelas numerosas violações dos direitos socioambientais causados pela empresa, bem como pelas acusações de evasão fiscal e dívidas bilionárias. O presidente da Vale, ironicamente repudia, dizendo que não considera prêmios dessa modalidade, por envolver organizações estrangeiras, que, na opinião dele, “querem bloquear o desenvolvimento do Brasil”.

Em 17/04/2013 acontece o Encontro da Articulação Internacional dos Atingidos pela Vale. O evento é organizado em paralelo à assembleia dos acionistas da empresa mineradora. As vítimas dos impactos sociais e ambientais participam do encontro cobrando da empresa responsabilidade pelos danos provocados no Brasil e em mais 37 países, onde ela atua. O caso ainda clama por justiça ambiental, redução da poluição e punição dos responsáveis.

A situação das famílias do Povoado Piquiá de Baixo ganhou repercussão internacional tornando-se tema da audiência sobre “Violência contra Povos Indígenas”, na Comissão Interame-

ricana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington, nos EUA, em 27/10/2015. A principal reivindicação das famílias é o reassentamento coletivo numa região livre da poluição, pois há 27 anos as comunidades sofrem como os danos provocados por cinco empresas siderúrgicas e pelas atividades de escoamento de ferro da mineradora Vale S.A.²²⁷.

*g) Conflito entre a comunidade Bento Rodrigues em função do rompimento da Barragem da Samarco – “Vale-BHP Billiton” (mineradora anglo-australiana)*²²⁸

A discussão do projeto de Lei Estadual pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, que flexibiliza os procedimentos administrativos do licenciamento ambiental, visando fomentar a economia local com a atração de mais investimentos do setor privado, notadamente da mineração (v. Projeto de Lei 2.946/15), propondo um “fura-fila” e institucionalizando o licenciamento de gabinete de projetos e obras “considerados prioritários” pelo poder econômico em Minas Gerais, ocorre pitorescamente em meio ao maior desastre ambiental já registrado no Brasil, que tem como causas os problemas relacionados à ineficácia do controle estatal sobre o licenciamento ambiental.

227 Outra fonte de consulta: IHU - Instituto Humanitas Unisinos - 27/10/2015.

228 Fonte primária onde foi obtida a informação: Centro de Documentação (CEDOC) Dom Tomás Balduino, pertencente à Comissão Pastoral da Terra – CPT, ano 2016.

Paradoxalmente às discussões sobre o retrocesso das regras de proteção ambiental, sobrevém o rompimento de duas barragens de rejeito mineral, no distrito de Bento Gonçalves, município de Mariana-MG. A barragem Fundão rompeu e danificou a barragem Santarém, ambas ficam na Mina de Germano, no Complexo Alegria, de responsabilidade da Mineradora Samarco S/A, controladas pela BHP Billinton (mineradora anglo-australiana) e a Vale do Rio Doce. Os riscos ambientais já haviam sido anunciados pela comunidade atingida. Mas não foram ouvidos, resultando na morte de dezenas de pessoas.

Quando se rompeu a barragem de Fundão, a mineradora Samarco realizava obras para unificá-la a de Germano, a fim de criar uma megabarragem cinco vezes maior em volume da que ruiu; uma equipe terceirizada realizava obras para unir as barragens quando a tragédia aconteceu. A onda de lama contaminada com mercúrio, arsênio e ferro arrasou a comunidade de Bento Rodrigues, que tinha cerca de 200 famílias, somando 600 moradores. Aproximadamente 30 trabalhadores estavam no local na hora do rompimento.

A lama atingiu deixando isolada diversas localidades, nas comunidades de Camargos, Paracatu de Baixo, Ponte do Gama, Pedras, Gesteira, Cachoeira, Barra Longa, Águas Claras, Gesteira, T. I. Krenak, Naque, dentre outras. Não fosse isso, os moradores de Mariana passaram por problemas constantes de falta d'água, nuvem de poeira, especulação imobiliária e uma série de outros transtornos gerados pela mineração na região. Importante

frisar também que essas mesmas empresas utilizam as águas de forma irresponsável em pleno momento de crise hídrica no país e violam, diariamente, uma série de direitos humanos em atividades que priorizam apenas o lucro.

O Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), de várias regiões do Estado, fazem um ato em 13/11/2015 reunindo cerca de 450 militantes, cobrando a responsabilidade das empresas na tragédia de Mariana, na frente do escritório da Samarco, da Vale e da Associação Brasileira de Metalurgia, Materiais e Mineração, em Belo Horizonte.

Mesmo com o impacto ambiental no Estado, as mortes causadas em função do rompimento das barragens de Bento Rodrigues e o sofrimento das famílias atingidas, não conseguiram sensibilizar para superar o lobby das mineradoras na Assembleia legislativa estadual. É que apesar de provocados, os deputados desistiram de instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar o desastre de Mariana e a situação das demais barragens em operação em Minas. O Colégio de Líderes decidiu criar, no lugar da CPI, a Comissão Extraordinária das Barragens.

Enquanto isso, o PL 2946, apelidado de “AI-5 ambiental” (um cheque em branco com força de lei), propõe a centralização do licenciamento, mediante a criação de um setor específico de “projetos considerados prioritários” no âmbito do comando da Se-

cretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad).

Não por acaso, o PL está afinado com outro que tramita no Senado Federal, por iniciativa do senador Romero Jucá (PMDB/RO) - o de nº 654/2015. Segundo o artigo 1º deste PL, regras excepcionais serão criadas “para o licenciamento ambiental especial de empreendimentos de infraestrutura estratégicos para o desenvolvimento nacional sustentável”, tais como: sistemas viário, hidrovieário, ferroviário, portos, energia e exploração de recursos naturais, que “serão considerados de utilidade pública” - em consonância com o também disposto na proposta de código de mineração (PL 5803/2013), defendido pelos deputados federais Leonardo Quintão (PMDB/MG) e Gabriel Guimarães (PT/MG), entre outros.

O desastre de Mariana, ao desmascarar negócio tido como sustentável dos grupos Vale S.A. e BHP Billiton, também despiu a desumanidade no trato da questão. Nos dias seguintes ao desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana corpos foram resgatados sem a devida divulgação à sociedade e famílias. O acesso à informação estava sendo administrado, sem transparência, o que reforça a desconfiança geral nas autoridades governamentais.

O debate paralelo à tragédia continua sem dó nem piedade, pois o governador do Estado concede entrevista coletiva na sede da empresa responsável pelo acidente, dizendo que manterá a proposta das exigências escabrosas que quer impor ao licenciamento ambiental em Minas Gerais, em consonância com a

proposta do novo marco regulatório da mineração e o PL do “licenciamento ambiental especial”, que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Certo é que após quase um ano do acidente, as comunidades lutam por garantia de direitos mínimos como: direito de enterrar os mortos; continuidade e agilidade nas buscas e que a Samarco repasse recursos ao poder público para arcar com os custos; acesso à informação, diariamente e de forma irrestrita; acompanhamento psicológico com profissionais escolhidos pela própria família, com custo pago pela empresa; que haja séria investigação e que os responsáveis por este crime sejam punidos; que haja alguma forma de reparação para todas as famílias que perderam seus parentes.

O acidente, além disso, deixou um passivo ambiental para 39 cidades, sendo 36 do Estado de Minas Gerais e mais três do Espírito Santo. Além dos municípios mineiros de Mariana e Governador Valadares, fazem parte da lista: Barra Longa, Sem Peixe, Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado, Rio Casca, São Domingos da Prata, São José do Goiabal, São Pedro dos Ferros, Dionísio, Raul Soares, Córrego Novo, Pingo D´Água, Com. Cava Grande, em Marileia, Bom Jesus do Galho, Caratinga, Timóteo, Santana do Paraíso, Bugre, Iapu, Coronel Fabriciano, Ipaba, Ipatinga, Belo Oriente, Naque, Periquito, Sobrália, Fernandes Tourinho, Alpercata, Tumiritinga, Galileia, Conselheiro Pena, Resplendor, Itueta, Aimorés. Entre as cidades Capixabas, Baixo Guandu, Colatina e Linhares.

Há relato de um fato ocorrido em 25/11/2015 onde quatro jovens são detidos de forma violenta pela Polícia Legislativa, enquanto protestavam em Brasília, na câmara dos deputados, contra o novo código de mineração. No momento da detenção, os manifestantes gritavam: “Viva Mariana!”. O protesto é em solidariedade às vítimas do rompimento das barragens da Samarco - Vale e BHP Billiton-, em Mariana (MG). Não por acaso, os militantes foram acusados de cometer crime ambiental, por jogarem lama nas paredes da Câmara.

No cenário internacional, os relatores especiais da ONU para assuntos de Direitos Humanos e Meio Ambiente, John Knox, e para Direitos Humanos e Substâncias Tóxicas, Baskut Tuncak, em 25 de novembro/2015, criticaram publicamente a demora de três semanas para a divulgação de informações sobre os riscos gerados pelos bilhões de litros de lama vazados no Rio Doce após o rompimento da barragem. Em um comunicado, os relatores afirmaram que as providências tomadas pelo governo brasileiro, a Vale e a BHP para prevenir danos foram claramente insuficientes. As empresas e o governo deveriam estar fazendo tudo que podem para prevenir mais problemas, o que inclui a exposição a metais pesados e substâncias tóxicas. Este não é o momento para posturas defensivas.

O Movimento dos Atingidos por Barragem – MAB, em 30/05/2016, esteve presente junto com aliados da Campanha pelo Desmantelamento do Poder Corporativo, contra a impunidade das Transnacionais, no Parlamento Europeu, em Bruxelas, Bélgica,

para denunciar as violações aos direitos humanos cometidas na bacia do Rio Doce pela empresa Samarco, e suas acionistas Vale e BHP Billiton. O espaço de compartilhamento foi uma iniciativa da bancada de esquerda, promovida pelo partido “Podemos”, da Espanha, que iniciou a sessão, com seu líder Miguel Urbán, prestando sua solidariedade aos brasileiros e brasileiras que estão vivendo mais esse momento de invasão de transnacionais em seus territórios, e recordando o que se passou em Honduras com assassinato de Berta Cárceres.

As críticas ao modelo de concessão de direitos as empresas transnacionais através dos tratados de livre comércio, como o Tratado Transpacífico, o Nafta, a corte do Banco Mundial (CIA-DI), em detrimento do estabelecimento de deveres para com os direitos humanos também foi tema da discussão. Em consenso afirmou-se pela necessidade de estabelecimento de normas de caráter vinculantes para que estas empresas sejam punidas por violações, como no caso da Samarco e a destruição da bacia do Rio Doce. Diversos parlamentares da Alemanha, Espanha, e a Embaixadora do Equador, presidenta do Grupo de Trabalho Intergovernamental sobre o tema, afirmaram a preocupação com a situação brasileira de captura corporativa da democracia.

O MAB em sua exposição afirmou a importância da solidariedade dos povos do Norte Global para firmar repúdios a governos ilegítimos e a necessidade de que seus países promovam o respeito aos direitos humanos em outras partes do grupo, que prevalece a autonomia das comunidades de decidir sobre a gestão

de seus territórios, e que estas sempre sejam consultadas sobre impactos das atividades econômicas em sua terra.

Em meio a isso, em 09/06/2016 a Polícia Federal informa que concluiu o inquérito sobre o rompimento da barragem de Fundão em Mariana, na Região Central de Minas Gerais, e a consequente contaminação do Rio Doce e da área costeira, no Espírito Santo. A Vale e a consultoria VogBR foram indiciadas por crimes ambientais e danos contra o patrimônio histórico e cultural.

As investigações foram finalizadas após o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidir pela competência federal para o julgamento do caso, após todos os procedimentos terem ficado suspensos por mais de dois meses, conforme informou a PF. Com a conclusão do inquérito, a Polícia Federal apontou vários fatores como causa do rompimento da barragem, dentre eles falta de drenagem de água, falha no monitoramento da estrutura, equipamentos com defeito e elevada saturação dos rejeitos de minério. Ainda segundo a PF, a barragem de Fundão estava sem responsável técnico desde 2012. Em consequência foram devastados 1.176,44 hectares de mata, sendo 774,23 hectares de áreas de preservação permanente. As empresas Samarco, Vale e VogBR disseram que ainda não tiveram acesso ao inquérito e, por isso, não vão comentar.

O Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), em 09/08/2016, participa de atividade na busca de construir convergências entre as organizações para superar a crise social em que se encontra o capitalismo, notadamente a exploração de recursos

minerais, sob o lema do evento: “Outro mundo é necessário, juntos é possível”. Ao longo da semana do evento o MAB promoveu mesas de convergência com o objetivo de denunciar o crime socioambiental que ocorreu em Mariana (MG), do rompimento da barragem de rejeitos da Samarco (Vale/BHP Billiton) e a violação dos direitos humanos dos atingidos por barragens no Brasil.

Foi organizada no local do fórum, uma exposição fotográfica com 41 fotos de fotógrafos parceiros do movimento que estiveram registrando ao longo da Bacia do rio Doce, a luta e organização das famílias atingidas pela lama da Samarco. O objetivo da exposição é fazer a denuncia internacional da impunidade do crime de Mariana a partir das imagens. De acordo com Yara Naí militante do MAB, o Fórum Social Mundial é um canal de dialogo e troca de experiências entre os atingidos: “Participamos da mesa de convergência com atingidos pelo rompimento da barragem de Mount Polley, no norte do Canadá, criando diálogos sobre a atuação das empresas mineradoras canadenses em outros países, como a Belo Sun, na Amazônia Brasileira, e também da transnacional brasileira Vale do Rio Doce, com atuação no Canadá”.

Apesar das manifestações, pressões das comunidades nacionais e internacionais bem assim dos movimentos sociais, o problema permanece sem solução, principalmente diante da “judicialização” e sua morosidade, perpetuando-se a violação de direitos humanos das comunidades atingidas.

20.Mecanismos ou instituições específicas de proteção para ativistas ou defensores de direitos humanos.

a) *Mecanismo legal que define a política pública de proteção*: - Decreto nº 6.044, de 12 de fevereiro de 2007, que aprova a Política Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos - PNPDDH, define prazo para a elaboração do Plano Nacional de Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos e dá outras providências²²⁹.

b) *Mecanismo legal que estabelece as formas de implementação da política pública*: - Decreto n.º 8.724, de 27 de abril de 2016. Que institui o Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e cria o seu Conselho Deliberativo, no âmbito do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos (à época)²³⁰.

c) *Instituição específica de proteção*: Por conta do Estado, seria a Secretaria Especial de Direitos Humanos, vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania. Há o Programa Nacional de Proteção de Defensores de Direitos Humanos com registro de 415 casos em que os ativistas estão sob a proteção estatal²³¹. Além do programa nacional, constam alguns programas estaduais. Por

229 BRASIL, Planalto Central. DECRETO Nº 6.044, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6044.htm>. Data de acesso em 11/09/2016.

230 BRASIL, Planalto Central. DECRETO Nº 8.724, DE 27 DE ABRIL DE 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8724.htm>. Data de acesso em 11/09/2016.

231 Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/defensores-dos-direitos-humanos-1>, acesso em 22/09/2016.

enquanto, instalados apenas os do Maranhão - MA²³² e do Ceará - CE²³³.

232 Disponível em <http://www.ma.gov.br/governo-assina-termo-para-instalacao-do-programa-de-protecao-de-defensores-dos-direitos-humanos-pepdh/>, acesso em 22/09/2016.

233 Disponível em <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/component/content/article/58-cidadania-interna/1719-ppddh-programa-de-protecao-aos-defensores-de-direitos-humanos>, acesso em 22/09/2016.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce. “Terras indígenas, política ambiental e geopolítica militar no desenvolvimento da Amazônia a propósito do caso Yanomami”. In: Lena, Philippe; Oliveira, Adelia Engracia de. *Amazônia: a fronteira agrícola 20 anos depois*. Belém: Museu Paraense Emilio Goeldi, 1991. p. 37-58. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/MFN-39197.pdf>.

ALBERT, Bruce. *Informações Yanomami*. São Paulo: CCPY, 2000. 8 p. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/Folheto43/FO-CX-43-2722-2000.pdf>.

ALBERT, Bruce. *O massacre dos Yanomami de Haximu*. Povos Indígenas no Brasil 1991/95. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 203-207, 1996. Disponível em: http://issuu.com/instituto-socioambiental/docs/parte_2/1?e=3045194/5774604.

BIGIO, Elias dos Santos. *Programa (s) de índio(s): falas, contradições, ações interinstitucionais e representações sobre índios no Brasil e na Venezuela (1960-1992)*.

CEDENPA. Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará. *Morte anunciada de líder quilombola*. Disponível em <http://www.cedenpa.org.br/Morte-anunciada-de-lider>. Acessado em 23.09.2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. *Criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos*. OEA: 2015. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/Criminalizacao2016.pdf>. Acessado em 24.09.2016.

CONJUR. MPF *investiga acusação de grampo ilegal na Vale*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-23/ministerio-publico-investiga-acusacao-espionagem-corrupcao-vale>. Acesso em 23.09.2016.

Eco Agência – *Notícias ambientais. Justiça determina perícia sobre impactos de agrotóxicos em área indígena no Pará*. Disponível em <http://www.ecoagencia.com.br/?open=noticias&id=VZISXR1-VONIUspFVT1WNXJFbKVVVB1TP>. Acessado em 23.09.2016.

Governo do Estado do Maranhão. Disponível em: <http://www.ma.gov.br/governo-assina-termo-para-instalacao-do-programa-de-protecao-de-defensores-dos-direitos-humanos-pepddh/>. Acessado em 22.09.2016.

Jornal o Globo. *Anistia Internacional lança programa anti-espionagem para ativistas*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/anistia-internacional-lanca-programa-anti-espionagem-para-ativistas-14611331>. Acessado em 23.09.2016.

Justiça Global. *Comunidade Quilombola é invadida pela Vale para plantação de Dendê*. Disponível em <http://www.global.org.br/blog/comunidade-quilombola-e-invadida-pela-vale-para-plantacao-de-dende/>. Acessado em 23/09/2016

FAUSTINO, Cristiane; FURTADO, Fabrina. *Mineração e violação de Direitos: o projeto ferro carajás s11d, da Vale S.A*. Disponível em https://issuu.com/plataformadhescabrazil/docs/relatorio_missao_mineracao. Acesso em 09.09.2016.

MANZINI, Vincenzo, Trattado di Diritto Penalle Italiano, Torino, UTET, 1946, p. 207, *apud* DELMANTO, Celso, *et alli* Código Penal Comentado. Editora Saraiva, São Paulo-SP, 2016.

Ministério Público do Pará. *MP apura conflito agrário envolvendo quilombolas do Alto Acará*. Disponível em <http://www.mp.pa.gov.br/index.php?action=Menu.interna&id=1723&class=N>. Acessado em 23/09/2016.

Secretaria da Justiça e Cidadania. Governo do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/component/content/article/58-cidadania-interna/1719-ppddh-programa-de-protecao-aos-defensores-de-direitos-humanos>. Acessado em 22.09.2016.

Secretaria de Direitos Humanos. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/combates-as-violacoes/programas/defensores-dos-direitos-humanos-1>. Acessado em 22.09.2016.

ZANATA, Mariana Lobo. *Assédio processual: análise das condutas processuais indevidas na seara processual civil*. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: set./2014. Disponível em <http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5193-mariana-lobo-zanata/file>. Acessado em 23.09.2016.

VIEIRA, Isabela. *ONGs cobram atuação do MPF contra espionagem da Vale*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/02/ongs-cobram-atuacao-do-mpf-contras-espionagem-da-vale>. Acessado em 09.09.2016.

DIREITOS DE PROPRIEDADE

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra. Pós-doutorado em Direito pela UFSC. Docente permanente do PPGCJ-UFPB

Talden Queiroz Farias

Doutorado em Recursos Naturais pela UFCG e em Direito da Cidade pela UERJ. Docente permanente do PPGCJ-UFPB

Pedro Henrique Sousa de Ataíde

Mestrando em Direito Econômico, PPGCJ- UFPB

Adriana de Medeiros Gabínio, Antônio Alves de Vasconcelos Filho e

Ylana Zalife de Farias Lira. Bolsistas PIBIC-CCJ-UFPB

21.Regime jurídico da proteção ao direito da propriedade no Brasil e empresas da cadeia da mineração.

Para entender as medidas normativas elaboradas em torno da garantia do direito de propriedade, deve-se, primeiramente, destacar que o regime atual de exploração mineraria no Brasil, previsto na Constituição Federal de 1988, é o da concessão, no

qual o Estado é o proprietário do subsolo e concede sua exploração através de critérios legalmente estabelecidos.

No Brasil, este tem sido invariavelmente o regime de “aproveitamento” de bens minerais desde a Constituição de 1934. Havia concessão da exploração para empresas estatais (como era a empresa Vale do Rio Doce, hoje, depois de privatizada, simplesmente Vale) ou para empresas particulares. No entanto, a partir da privatização da Vale, em 1997, somente tem sido registrada, de maneira relevante, a concessão de exploração da atividade de mineração a empresas privadas.

Assim, o aproveitamento da atividade de mineração se dá pela concessão do direito de exploração do subsolo a empresas privadas. Cabe a essa empresa respeitar o direito de propriedade dos terceiros, quais sejam: (a) o proprietário do solo é indenizado, posto que sua propriedade perde a função pela existência da lavra; (b) o Estado, que é proprietário do subsolo onde se encontram os minerais. Percebe-se, pois, que a retribuição, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, ocorre por meio de indenização ao particular, que é dono do solo, e por meio do pagamento de *royalties* ao Estado²³⁴.

Estabelecido este primeiro parâmetro, identifica-se no ordenamento legal do país as seguintes disposições legais (parâ-

234 ENRIQUEZ, Maria Amélia. *Mineração: maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira*. São Paulo: Signus Editora, 2008.

metros, princípios) relativas ao direito de superfície e ao usufruto ou participações nos resultados da mineração:

- 1 - Renda (compensação) pela ocupação utilizada pelo minerador (Art. 27 do Código de Minas);
- 2 - Indenização por danos e prejuízos causados à propriedade ou ao superficiário (Art. 27 do Código de Minas);
- 3 - Participação no resultado da lavra (§ 2º, art. 176 da C.F.);
- 4 - Garantia da recuperação da área lavrada (§ 2º, art.225 da C.F.).
- 5 - Rigidez locacional;
- 6 - Alto risco do empreendimento;
- 7 - Exigência de altas taxas de retorno financeiro;
- 8 - Singularidade de minas e jazidas;
- 9 - Dinâmica própria do projeto mineiro;
- 10 - Monitoramento ambiental específico;
- 11 - Obrigação de recuperação da área minerada;
- 12 - Plano específico para o fechamento de mina (NRM 20/DNPM);
- 13 - Preponderância da mineração sobre outras atividades (Art. 57 e 87 do C.M.);
- 14 - Descentralização da Administração Mineral (Parágrafo único dos arts. 22 e 23 da C.F.).

Entre as possibilidades expostas, destaca-se que a principal medida legal destinada a garantir o direito de propriedade frente à atividade de mineração é a Lei nº 7.990, de 28 de Dezembro de 1989. Essa lei trata, *inter alia*, da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), devida em face do aproveitamento econômico que as mineradoras obtêm dos recursos minerais, cuja propriedade é da própria União.

O art. 6º da Lei nº 7.990/89 estabelece que:

“a compensação financeira pela exploração dos recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento lí-

quido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial”

A base constitucional da CFEM é o artigo 20, IX, § 1º, enfático ao afirmar que são bens da União:

[...]

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

[...]

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração do petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A Lei nº 8.001/90 disciplina o faturamento líquido para cálculo da CFEM. O cálculo é realizado sobre o total das receitas obtidas com as vendas, se excluído o ICMS, COFINS, PIS, as despesas de transporte e também as despesas de seguro. Cabe destacar que, para os minérios extraídos em regime de permissão de lavra garimpeira, o valor da CFEM será pago pelo primeiro comprador. Ainda é oportuno mencionar que, não havendo a venda, porque o bem mineral foi plenamente usado, transformado ou consumido pelo próprio agente minerador, o cálculo da CFEM será feito levando-se em consideração a soma das despesas diretas e indiretas ocorridas até o momento de utilização do produto mineral.

O Decreto nº 1/1991 define a atividade de exploração mineral:

Art. 14. Para efeito do disposto no artigo anterior, considera-se: I - atividade de exploração de recursos minerais, a retirada de substâncias minerais da jazida, mina, salina ou outro depósito mineral para fins de aproveitamento econômico;

O mesmo decreto ainda define, em seu artigo 15, o fato gerador da CFEM. Este fato gerador é a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provém, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial. Também é considerado fato gerador a transformação industrial do produto mineral ou seu consumo por parte do minerador.

De modo geral, percebe-se que a CFEM é uma compensação (classificada como royalty e, portanto, não caracterizada como tributo), incidente sobre o “faturamento líquido”, obtido com a venda do produto mineral, deduzidos os impostos incidentes sobre a atividade (inclusive PIS e COFINS), em um percentual variável. Pela Lei 8.001/90, esse percentual muda de acordo com a substância mineral “aproveitada” (3% para alumínio, 2% para ferro, etc.). A fiscalização da arrecadação e destinação da CFEM cabe ao DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral), desde a edição da Lei 8.876/94.

Observa-se que o percentual aplicado para a cobrança desses royalties tem sido alvo de críticas. Avalia-se que seriam patamares muito baixos, que variam entre 0,2% e 3%, bem como

afirma-se que a fiscalização do DNPM, ao permitir alta clandestinidade na atividade de mineração (várias mineradoras de pequeno porte operam, ao longo do país, sem o devido registro de permissão / concessão, ou com o mesmo desatualizado ou insuficiente), gera grande prejuízo para o Estado, que deixa de receber, nestes casos, a CFEM pela extração mineral.

Na questão do respeito ao direito de propriedade de terceiros, podem ainda ser mencionadas situações diferenciadas. Em casos dos espaços territoriais especialmente protegidos, a atividade minerária poderá vir a ocorrer, a depender do caso, contudo, a regra é a impossibilidade. Mencionem-se as Áreas de Proteção Ambiental – APAs, que constituem exceção, por se tratar da Unidade de Conservação de Uso Sustentável mais permissiva, desde que o Plano de Manejo (espécie de plano diretor da área) não vede; e as Áreas de Preservação Permanente – APPs, onde também é possível, nos limites das exceções previstas na Lei n. 12.651/2012:

Art. 8º. A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.
(...)

Por sua vez, a regulamentação legal do que seja “de utilidade pública” e “de interesse social” é feita da seguinte forma:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
(...)
VIII - utilidade pública:
(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;

e) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal;

(...)

IX - interesse social:

(...)

f) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

g) outras atividades similares devidamente caracterizadas e motivadas em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional à atividade proposta, definidas em ato do Chefe do Poder Executivo federal;

(...)

Quanto à mineração em áreas indígenas, cabe mencionar que, conforme o art. 231, § 2º da CF/88, “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Entretanto, a despeito dessa previsão, a propriedade das terras indígenas ainda permaneceu com a União (art. 20, XI), competindo a ela “demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Em contrapartida, no que diz respeito à mineração formal nessas terras, o artigo 231, § 3º, da CF/88, determina que

“a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.

No mesmo sentido, o art. 176, §1º, faz referência à atividade minerária em terras indígenas, afirmando que “a pesquisa e a lavra de recursos minerais [...] somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União [...], que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”.

Significa que cabe ao Congresso Nacional avaliar a necessidade da atividade minerária em terras indígenas, levando em conta a prevalência dos interesses indígenas, pois, a execução de tais atividades, assim como a autorização do Congresso Nacional, somente pode ocorrer nas condições específicas estabelecidas em lei (art. 176, § 1º).

No entanto, embora seja um debate antigo no Congresso, ainda hoje a matéria não foi regulamentada, cabendo referir o Projeto de Lei n. 1.610/96, de autoria do Senador Romero Jucá, que, a partir de 2015, passou a tramitar em caráter de urgência.

Em outras palavras, excluídas as exceções legais, toda a atividade minerária que ocorre nessas áreas é ilegal, estando, portanto, sujeita às penalidades de âmbito civil, criminal e administrativo.

22 - Mecanismos administrativos de proteção ao direito de propriedade.

Um traço importante da regulação minerária diz respeito à propriedade e ao aproveitamento dos minérios, com desdobramentos em todo o marco regulatório. No Brasil, assim como na maior parte dos países da América do Sul, o subsolo e os minérios constantes na superfície terrestre pertencem ao Estado, desse modo, os títulos minerários seguem, em regra, o regime jurídico de direito público e os objetivos da mineração ficam atrelados ao interesse público.

A principal peculiaridade da atividade mineira, aquela que a diferencia das demais, é a rigidez locacional²³⁵, segundo a qual a atividade minerária somente pode ser desenvolvida no local em que ocorra a formação natural dos minérios. Aliadas a essa característica, estão a raridade e a indispensabilidade dos recursos minerais, a permitirem que exploração (pesquisa) e exploração (lavra) ocorram mesmo em áreas de preservação permanente, em unidades de conservação ou em propriedade alheia²³⁶. Em decorrência da importância política, econômica, social e estratégica dos

235 “Em apenas algumas pequenas e raras porções do nosso planeta a natureza concentrou certos elementos, dando origem às jazidas minerais. Uma das características da mineração, como foi mencionado, é a sua rigidez locacional. Isso significa que a exploração e o aproveitamento mineral só podem ser realizados no local da existência da jazida”. HERRMANN, Hildebrando; POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues; SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. Código de Mineração de A a Z. Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 10-11.

236 SERRA, Sílvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. **Mineração**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

recursos minerais, não seria compatível com o interesse público deixar que seu aproveitamento ocorresse apenas mediante anuência do proprietário do solo.

Os sistemas de propriedade dos recursos minerais²³⁷ são: regaliano, dominial imperial, acessão e dominial republicano. Na sequência histórica, pelo sistema regaliano, o subsolo e os minérios de superfície eram patrimônio da realeza, assim, a propriedade do solo era distinta do domínio do subsolo. Tal regime existiu no Brasil do início da colonização, sob a normatização das Ordenações Manuelinas até as Ordenações Filipinas, que mantiveram o domínio da realeza sobre os recursos minerais.

O sistema dominial imperial foi muito semelhante ao sistema regaliano²³⁸. Mesmo depois da proclamação de independência do Brasil, a Lei de 20/10/1823 ratificou as legislações anteriores, assim, alguns debates surgiram com a Constituição de 1824, que não tratou expressamente o domínio das jazidas, mas garantiu a plenitude do direito de propriedade, fato que motivou a tese de não haver mais a distinção entre a propriedade do solo e do subsolo.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que os bens minerais pertenciam ao império. O regalismo esteve presente em todo o período do Brasil imperial, desse modo, a distinção entre

237 RIBEIRO, Carlos Luiz. **Tratado de direito minerário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 4-26.

238 Carlos Luiz RIBEIRO, cit, p. 5-6.

regalismo e sistema dominial imperial não possui efeitos práticos, apenas o domínio passou da realeza para o império²³⁹.

Após a Proclamação da República e o advento da Constituição de 1891, estabeleceu-se o sistema de acessão, também chamado de fundiário, no qual a propriedade do solo abrange a do subsolo. Vale dizer que o acessório (subsolo) segue o principal (solo). A Constituição brasileira de 1891, no art. 72, § 17, adotou tal sistema por influência do individualismo liberal, ideologia dominante na burguesia rural e nas forças armadas que depuseram o regime monárquico²⁴⁰.

Todavia, é importante esclarecer que em tal sistema era possível encontrar a dominialidade pública nos recursos minerais, visto que as terras devolutas poderiam ter como titulares da superfície e, por consequência, do subsolo, a União ou os Estados federados. O art. 64 da mencionada Constituição deixou claro que “pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

Foi a partir da Constituição de 1934, de clara influência nacionalista da Revolução de 1930, que se ultrapassou o sistema da acessão para estabelecer o sistema dominial republicano.

239 SCAFF, Fernando Facury. Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

240 Carlos Luiz RIBEIRO, cit, p. 6.

Embora o sistema do Brasil imperial também tenha recebido a nomenclatura de domínial, esse possuía maior similitude com o sistema regaliano.

Entre as disposições expressas, a Constituição de 1934, no art. 118, estabeleceu que as minas e demais riquezas do subsolo são propriedades distintas da do solo. Por sua vez, o art. 119 condicionou o aproveitamento das minas e das jazidas minerais à autorização ou concessão federal; foi este dispositivo que originou a necessária aplicação do regime jurídico de direito público. Além disso, o art. 5º, XIX, *j*, trouxe a competência privativa da União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas e energia elétrica.

A Constituição outorgada de 1937 não acarretou modificações relevantes no tocante à propriedade dos recursos minerais. Já a Constituição de 1946 manteve a separação entre a propriedade das minas e as do solo, os regimes de autorização e concessão federais, mas estabeleceu o direito de preferência ao superficiário para o aproveitamento dos minérios.

A Constituição de 1967 não previu o direito de preferência ao superficiário no aproveitamento dos minérios. A nova disciplina garantia ao proprietário do solo a participação no resultado da lavra, calculada como o valor equivalente ao dízimo do imposto único sobre minerais.

Por fim, a Constituição de 1988 deixou expressamente consignado que os recursos minerais constituem bens da União (art. 20, IX). Em dispositivos insertos no Título VII, dedicado à or-

dem Econômica e Financeira, foi previsto que a pesquisa e a lavra dos recursos minerais somente ocorreria mediante autorização ou concessão da União, assegurada a participação do superficiário no resultado da lavra²⁴¹.

Atualmente, a regulação das atividades minerárias ocorre por meio do Decreto-Lei nº 227/1967 (Código de Mineração). O art. 3º deste menciona que a matéria regulada abrange os direitos sobre as substâncias minerais encontradas na superfície terrestre ou no subsolo, o regime de aproveitamento e a fiscalização pelo poder público federal da pesquisa, da lavra e das demais características da indústria mineral.

Contudo, nem todas as substâncias minerais são tratadas pelo Código de Minas. O art. 10 determina que serão regidos por Leis especiais:

241 “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente”.

I - as jazidas de substâncias minerais que constituem monopólio estatal; II - as substâncias minerais ou fósseis de interesse arqueológico; III - os espécimes minerais ou fósseis, destinados a Museus, Estabelecimentos de Ensino e outros fins científicos; IV - as águas minerais em fase de lavra; e V - as jazidas de águas subterrâneas.

Exemplo dessa legislação especial é o Código de Águas Minerais (Decreto-Lei nº 7.841/1945). A competência da União em gerir os recursos minerais abrange, segundo o art. 1º do Código de Mineração, “a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais”. Por sua vez, a execução do código e das respectivas matérias reguladas compete do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), nos termos do art. 3º, § 2º, do mesmo diploma.

Assim, no Brasil, a propriedade do solo, nos termos do art. 1.229, da Lei nº 10.406/2002, abrange a do subsolo e a do espaço aéreo correspondentes, contudo, as jazidas de recursos minerais constituem bens da União (ente maior do Estado Federado brasileiro), segundo o disposto no art. 176, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, há distinção ocorre entre a propriedade dos minérios e entre a propriedade imobiliária, não havendo que se falar em separação de domínio entre solo e subsolo²⁴². Significa que até mesmo os recursos minerais constantes na superfície terrestre constituem bens da União.

242 ATAÍDE, Pedro Henrique Sousa de. Estatalidade e recursos minerais: análise do direito constitucional sul-americano. In SILVA JÚNIOR, D. **Propuestas de derecho para custiones jurídicas universales**. Volumen I, p. 25-40. Rio de Janeiro: Autografia, 2016, p. 31.

No entanto, mesmo o bem sendo de domínio estatal, sua pesquisa (exploração) e extração (exploração) irão ocorrer em propriedade de particulares ou do Poder Público, existindo mecanismos administrativos para proteger os direitos reais nas áreas que forem objeto da atividade minerária.

O principal mecanismo de proteção ocorre ainda na fase de exploração, etapa na qual o titular da autorização de pesquisa somente poderá iniciar as atividades quando juntar ao processo administrativo “prova de acordo com os proprietários ou posseiros do solo acerca da renda e indenização”, nos termos do art. 27, *caput*, e inciso VI, do Decreto-Lei nº 227/1967. Tal acordo consiste no ajuste realizado entre minerador e proprietário do imóvel a respeito dos valores da renda pela ocupação e da indenização pelos danos previstos.

Caso não haja o aludido acordo, o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, ente público responsável pelo exercício do poder de polícia minerário, deverá ajuizar demanda para que o Poder Judiciário arbitre o valor devido pela ocupação e pelas indenizações. Os trabalhos de exploração (lavra), de igual modo, somente poderão ser iniciados após o pagamento da renda e da indenização (art. 62, do Decreto-Lei nº 227/1967).

Além disso, os elementos necessários à atividade minerária, tais como vias de transporte, moradias, transmissão de energia elétrica etc. serão instalados sob a forma de servidões minerais, as quais também dependem do pagamento prévio de indenização e de renda (art. 60, do Decreto-Lei nº 227/1967).

Importante destacar que o acordo entre minerador e proprietário ocorre única e exclusivamente para definir valores, sabendo-se que os regimes de autorização de pesquisa e concessão de lavra de recursos minerais constituem atividade de utilidade pública. Não há, pois, a necessidade de consentimento do proprietário do solo para a realização ou não da atividade minerária, vez que as jazidas são bens da União; por outro lado, o direito de propriedade não deverá ser ignorado, já que os empreendimentos de mineração irão ocupar a propriedade imobiliária, assim como poderão acarretar danos no bem.

Em suma, existe a conjugação dos seguintes fundamentos e parâmetros: prevalência do interesse público sobre o particular; regimes de autorização e concessão; interesse nacional na mineração; proteção do direito de propriedade²⁴³.

Destaque-se que estas considerações são válidas quando a atividade minerária ocorrer nos regimes de autorização de pesquisa e concessão de lavra. A mineração de agregados da construção civil (como areia, cascalho, saibro, argila etc.) pode ser realizada por meio dos mencionados regimes ou através do regime de licenciamento mineral, que, por ser mais simplificado, apenas poderá ser utilizado quando o minerador for o proprietário do imóvel ou quando detiver autorização deste último.

243 PESSOA, Thiago Thomaz Siuves. Ação de avaliação de renda pela ocupação e danos e prejuízos para a pesquisa mineral. *In* SOUZA, M. M. G. **Direito Minerário em evolução**, p. 197-206. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 198-199.

Outro instrumento de proteção dos direitos reais é a participação do proprietário do imóvel nos resultados da lavra. Quando o empreendimento minerário alcança a fase de exploração, são devidos o pagamento de *royalties* à União, sendo o principal deles a Contribuição Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). O direito do proprietário à participação nos resultados da lavra corresponde à metade do valor correspondente à CFEM, nos termos do art. 11, § 1º, do Decreto-Lei nº 227/1967.

Portanto, há três parcelas percebidas pelos proprietários dos imóveis durante a extração mineral: (i) renda pela ocupação, (ii) indenização pelos danos previstos, e (iii) participação nos resultados da lavra.

Realizados tais pagamentos, haverá a imissão na posse. Se houver qualquer irregularidade nesta, o proprietário poderá apresentar recurso administrativo ao Ministro de Minas e Energia, o qual, se provido, irá anular a imissão de posse, nos termos do art. 46, do Decreto-Lei nº 227/1967.

23. Violação ao direito de propriedade na mineração: sanções e medidas de prevenção.

O art. 63, do Decreto-Lei nº 227/1967 (Código de Minas), traz as sanções administrativas que podem ser aplicadas às empresas de mineração por irregularidades:

Art. 63. O não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, em

- I - advertência;
- II - multa; e
- III - caducidade do título.

§ 1º. As penalidades de advertência, multa e de caducidade de autorização de pesquisa serão de competência do DNPM.

§ 2º. A caducidade da concessão de lavra será objeto de portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia.

Percebe-se que as penalidades acima destacadas são cabíveis em quaisquer casos quando do descumprimento das obrigações contidas nos títulos minerários. Entre essas hipóteses pode ser mencionado o desrespeito aos direitos reais dos proprietários ou posseiros dos imóveis.

Quanto às obrigações decorrentes dos títulos minerários, enumeram-se abaixo algumas do Código de Minas que possuem relação com o respeito aos direitos reais:

Art. 47. Ficarà obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V:

I - iniciar os trabalhos previstos no plano de lavra, dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados da data da publicação do Decreto de Concessão no Diário Oficial da União, salvo motivo de força maior, a juízo do D.N.P.M.;

II - Lavrar a jazida de acordo com o plano de lavra aprovado pelo D.N.P.M., e cuja segunda via, devidamente autenticada, deverá ser mantida no local da mina;

III - Extrair somente as substâncias minerais indicadas no Decreto de Concessão;

IV - Comunicar imediatamente ao D.N.P.M. o descobrimento de qualquer outra substância mineral não incluída no Decreto de Concessão;

V - Executar os trabalhos de mineração com observância das normas regulamentares;

VI - Confiar, obrigatoriamente, a direção dos trabalhos de lavra a técnico legalmente habilitado ao exercício da profissão;

VII - Não dificultar ou impossibilitar, por lavra ambiciosa, o aproveitamento ulterior da jazida;

[...]

IX - Promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local;

X - Evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos;

XI - Evitar poluição do Art., ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração;

XII - Proteger e conservar as Fontes, bem como utilizar as águas segundo os preceitos técnicos quando se tratar de lavra de jazida da Classe VIII.

No caso das sanções cíveis, podem ser mencionadas as de indenização ou de obrigação de fazer consistente em reparar dano específico. O mencionado Decreto-Lei nº 227/1967, no art. 27, VI, estabelece que a indenização deverá ser prévia, ocorrendo simultaneamente ao pagamento da renda pela ocupação.

Contudo, se houver danos não previstos no pagamento da indenização prévia, será acionada a responsabilidade subjetiva do minerador, que ocorrerá nos termos do art. 927, do Código Civil brasileiro de 2002²⁴⁴. Importante destacar que o Decreto-Lei nº 227/1967 traz previsões específicas acerca da responsabilidade civil do minerador, tanto na fase de pesquisa quanto de lavra:

Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código:

[...]

244 NOGUEIRA, Luciana Rangel. **Direito minerário brasileiro e as restrições à propriedade superficiária**. 137 f. Dissertação (Mestrado em Geociências) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004, p. 111-112.

IV - o titular da autorização responde, com exclusividade, pelos danos causados a terceiros, direta ou indiretamente decorrentes dos trabalhos de pesquisa;

Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V:
[...]

VIII - Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra;

Com relação às infrações penais, a sanção irá variar de acordo com a conduta, sobretudo nos seguintes delitos abaixo listados:

Alteração de limites

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.
[...]

Esubulho possessório

II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.
§ 2º - Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.
§ 3º - Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Os crimes acima tipificam a conduta de suprimir, invadir ou causar dano à propriedade imobiliária. Contudo, se a violação ao direito de propriedade também acarretar a perda do título mi-

nerário, ou mesmo se este não existir, o minerador poderá ser responsabilizado pelo crime de usurpação do patrimônio da União:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo. Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

De igual modo, ocorrerá a incidência nesse crime se o minerador extrair recursos minerais em desacordo com as obrigações constantes no título minerário. Conforme visto acima, muitas obrigações impostas à empresa de mineração apresentam em desdobramento a defesa do direito de propriedade.

Por sua vez, as sanções laborais são cabíveis quando ocorre violação aos direitos dos trabalhadores das minas, e não pelo desrespeito ao direito de propriedade.

As sanções cíveis e administrativas podem ser impostas tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica (empresa de mineração), contudo, a responsabilidade penal dos crimes acima elencados apenas será aplicável às pessoas físicas. A única hipótese de responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorre nos crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998), os quais não estão relacionados diretamente à defesa do direito de propriedade em face da atividade mineradora.

Muitas medidas de prevenção devem estar previstas no Plano de Aproveitamento Econômico da Jazida, nos termos do Código de Minas:

Art. 39. O plano de aproveitamento econômico da jazida será apresentado em duas vias e constará de:

I - Memorial explicativo;

II - Projetos ou anteprojetos referentes;

a) ao método de mineração a ser adotado, fazendo referência à escala de produção prevista inicialmente e à sua projeção;

b) à iluminação, ventilação, transporte, sinalização e segurança do trabalho, quando se tratar de lavra subterrânea;

c) ao transporte na superfície e ao beneficiamento e aglomeração do minério;

d) às instalações de energia, de abastecimento de água e condicionamento de ar;

e) à higiene da mina e dos respectivos trabalhos;

f) às moradias e suas condições de habitabilidade para todos os que residem no local da mineração;

g) às instalações de captação e proteção das fontes, adução, distribuição e utilização da água, para as jazidas da Classe VIII.

Os projetos relativos aos métodos de extração a serem adotados, bem como as condições de higiene da mina e dos postos de trabalho, certamente possuem desdobramentos para evitar danos na propriedade imobiliária.

24. Instituições estatais responsáveis pela autorização, controle e fiscalização do uso da terra e outros recursos naturais.

Os empreendimentos de mineração estão sujeitos à anuência de diversos órgãos e entidades estatais. Contudo, há dois mecanismos de regulação que subordinam a totalidade dos empreendimentos: regulação minerária e regulação ambiental.

A regulação minerária consiste nos atos de autorização de pesquisa, concessão de lavra, permissão de lavra garimpeira,

licenciamento mineral, registro de extração, dentre outros (art. 2º, do Decreto-Lei nº 227/1967). Esse consentimento é necessário porque os recursos minerais constituem bens de domínio da União, logo, a pesquisa e a extração necessitam de anuência desse ente federado. O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) é responsável pela confecção da maior parte dos títulos minerários, bem como pelo exercício da fiscalização e a execução do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967). Por sua vez, o Ministério de Minas e Energia (MME) é quem outorga a concessão de lavra, nos termos do art. 2º, I, do citado diploma legal, além de julgar os recursos oriundos dos processos minerários iniciados no DNPM (art. 19, § 1º; art. 46). É possível também a interposição de recurso ao Presidente da República, contra as decisões do MME (art. 68, § 3º, b).

Por outro lado, todo empreendimento minerário precisa de anuência do órgão ambiental competente para promover o licenciamento ambiental, vez que a mineração é pautada na extração de recursos naturais não renováveis, o que caracteriza a atividade como efetiva ou potencialmente poluidora (art. 9º, IV, Lei nº 6.938/1981). O licenciamento ambiental também poderá exigir atos adicionais, como o Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório (EIA/RIMA), Plano de Recuperação de Área Degradada, os quais possuem fundamento no art. 225, da Constituição Federal de 1988. O licenciamento ambiental poderá ser efetuado por um dos órgãos ambientais dos entes federados - da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (Lei

nº 6.938/1981 e Lei Complementar nº 140/2011). Se o empreendimento afetar Unidade de Conservação da Natureza, será necessária a anuência prévia do órgão gestor, nos termos do art. 36, da Lei nº 9.985/2000.

Caso o empreendimento capte água de reservatórios ou de aquífero subterrâneo, assim como lance esgoto e demais resíduos em corpo de água, ou qualquer uso que altere a quantidade e a qualidade da água de determinado corpo hídrico, será necessária a outorga de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 12, da Lei nº 9.433/1997.

Se a atividade estiver localizada em terras indígenas, o art. 176, § 1º, determina que a lei estabelecerá condições específicas para o exercício; no entanto, até a presente data a lei federal ainda não foi editada. Independente do advento da legislação, a mineração em terras indígenas exige a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a qual compete o poder de polícia nas áreas reservadas (art. 1º, VII, da Lei nº 5.371/1967).

As considerações acima refletem as principais instituições que autorizam, fiscalizam e controlam a pesquisa e extração dos recursos minerais. Em suma, são: IBAMA/órgão estadual ou municipal do meio ambiente - responsável pelo licenciamento ambiental; DNPM (Departamento Nacional de Prospecção e Minério) – responsável pelo controle, fiscalização e autorização da lavra; CONAMA (Conselho Nacional de Meio Ambiente) – responsável pela normatização do licenciamento ambiental que reflete na autorização de lavra; INCRA (Instituto Nacional de Colonização

e Reforma Agrária) – Órgão Federal responsável por realizar a reforma agrária; o Ministério de Minas e Energia (MME) que outorga a concessão de lavra e julga os recursos oriundos dos processos minerários iniciados no DNPM.

O DNPM tem por finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõem o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa.

Por fim, deve-se destacar que o atual Código de Mineração não prevê casos de desapropriação de terras para fins de atividade minerária. Contudo, o Projeto de Lei nº 5.807/2013, propõe casos de desapropriação, mostrando que o requisito para a declaração de utilidade pública pelo Poder Público concedente será a tentativa de negociação entre o minerador e o proprietário do imóvel.

Art. 23. Compete ao poder concedente:

[...]

VIII - declarar a utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa das áreas necessárias à atividade de mineração, frustrada a negociação do minerador com o proprietário do solo.

Antes de concluir, cabe ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 5.807/2013, de iniciativa

do Poder Executivo, que pretende criar novo Código de Mineração. Entre as alterações previstas está a transformação do DNPM em agência reguladora, sob a denominação de “Agência Nacional de Mineração – ANM”.

Neste ponto, é preciso analisar se a modificação proposta pelo PL nº 5.807/2013, no tocante à criação da ANM, verificando se haverá efetiva alteração no perfil regulatório da entidade. Embora o DNPM não possua natureza jurídica de autarquia reguladora em regime especial, é clara sua função regulatória em relação ao setor da mineração, em virtude do exercício do poder normativo, fiscalizatório, de fomento etc.

Com relação aos poderes normativo e de fiscalização do DNPM, o modelo é bastante semelhante ao das atuais agências reguladoras. É que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.876/1994 prevê a possibilidade de a entidade baixar normas e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, higiene e segurança da atividade minerária, cuja atuação deve ser articulada com os órgãos de meio ambiente e saúde dos trabalhadores. Sem falar que o controle exercido sobre a atividade abrange desde a produção até o consumo dos minérios.

Embora não possua estrutura de agência reguladora, “isto não lhe diminui o caráter regulatório”. Mesmo antes da adoção predominante do modelo de Estado regulador, a atividade minerária já estava sujeita ao controle efetivado por entidade especializada.

Quando ao exercício da função reguladora, entende-se que a transformação em ANM não trará alterações significativas nas atribuições do DNPM. Contudo, o setor da mineração e a sociedade terão maior segurança na atuação da entidade, sobretudo no tocante às ingerências administrativas, que deverão ser minoradas com certo grau de independência em relação ao Ministério de Minas e Energia. Nesse sentido, o novo contexto de agência reguladora da mineração poderá reduzir as possibilidades de falhas de governo, em virtude da independência da entidade.

Cabe destacar que o PL nº 5.807/2013 traz importantes disposições no tocante à aplicação do regime jurídico de direito público aos bens minerais. No capítulo III, seção I, é prevista a realização de licitação para a obtenção de títulos minerários, competindo à ANM a promoção das licitações e chamadas públicas, segundo o art. 25, IV, PL nº 5.807/2013. Por sua vez, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo dispôs expressamente sobre o dever de a ANM comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a existência de fato que possa caracterizar infração à ordem econômica.

MEIO AMBIENTE

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Coimbra. Pós-doutorado em Direito pela UFSC. Docente permanente do PPGCJ-UFPB

Talden Queiroz Farias

Doutorado em Recursos Naturais pela UFCG e em Direito da Cidade pela UERJ. Docente permanente do PPGCJ-UFPB

Pedro Henrique Sousa de Ataíde

Mestrando em Direito Econômico, PPGCJ- UFPB

Adriana de Medeiros Gabínio, Antônio Alves de Vasconcelos Filho e Ylana Zalife de Farias Lira. Bolsistas PIBIC-CCJ-UFPB

25. Possibilidades de extração mineral em espaços territorialmente protegidos.

Inicialmente, é preciso esclarecer o que são os Espaços Territoriais Especialmente Protegidos (ETEPs), também chamados de áreas protegidas. A Constituição de 1988, no art. 225, § 1º, III, trouxe o dever fundamental dirigido ao Poder Público no sentido de criar, em todas as unidades da Federação, ETEPs e seus

componentes a serem objeto de tutela. Por sua vez, a criação de áreas protegidas pela Administração federal, estadual e municipal também constitui um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, segundo o art. 9º, VI, da Lei nº 6.938/1981.

Logo, áreas protegidas são aqueles espaços dotados de predicados especiais do ponto de vista ecológico, sujeitos a um regime de interesse público, que especifica regras para a sua utilização sustentável, visando à preservação e proteção da biota e da abiota. Em outras palavras:

Considerando-se os critérios fixados, é possível definir os espaços territoriais especialmente protegidos como aqueles espaços, públicos ou privados, criados pelo poder público e que conferem proteção especial ao meio ambiente, tomado este termo em sua acepção mais ampla²⁴⁵.

É necessário que a limitação imposta pelo Estado ocorra com o intuito de preservar e/ou conservar o meio ambiente. Dessa forma, é possível encontrar, no direito brasileiro, diversas modalidades de ETEPs, dentre os quais merecem destaque as Áreas de Preservação Permanente (APPs), a Reserva Legal (RL) e as Unidades de Conservação (UCs). Vale dizer, ETEP constitui o gênero do qual as modalidades mencionadas (APPs, RL e UCs) são espécies.

245 PEREIRA, Polyana Faria; SCARDUA, Fernando Paiva. Espaços territoriais especialmente protegidos: conceito e implicações jurídicas. In: **Revista Ambiente & Sociedade**, Vol. XI, n. 1, p. 81-97, Campinas: jan-jun 2008, p. 95.

Cumpra esclarecer que existem duas espécies de APPs: as *ope legis* e as administrativas. As primeiras são criadas pelo Código Florestal - Lei nº 12.651/2012 -, a exemplo dos manguezais e das margens de cursos d'água; nesse caso, a Lei define que todos esses ecossistemas encontrados no território nacional serão APPs. Ou seja, trata-se de criação a priori, na qual basta que um espaço possua as características legais para ser caracterizado como de preservação permanente. Já as APPs administrativas são aquelas em que sua criação depende de ato administrativo. No presente texto, serão abordadas tão somente as APP *ope legis*.

Além das APPs, a RL também é regida pelo Código Florestal, cujo art. 12 determina que “todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de reserva legal [...]”. A seguir, será analisada a possibilidade de realizar mineração nas principais espécies de ETEPs.

As UCs são regidas pela Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Tal diploma dividiu as unidades em dois grupos, com objetivos específicos:

Art. 7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas:

I - Unidades de Proteção Integral;

II - Unidades de Uso Sustentável.

§ 1º O objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei.

§ 2º O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação:

- I - Estação Ecológica;
- II - Reserva Biológica;
- III - Parque Nacional;
- IV - Monumento Natural;
- V - Refúgio de Vida Silvestre.

[...]

Art. 14. Constituem o Grupo das Unidades de Uso Sustentável as seguintes categorias de unidade de conservação:

- I - Área de Proteção Ambiental;
- II - Área de Relevante Interesse Ecológico;
- III - Floresta Nacional;
- IV - Reserva Extrativista;
- V - Reserva de Fauna;
- VI - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e
- VII - Reserva Particular do Patrimônio Natural.

As Unidades de Proteção Integral possuem a finalidade precípua de preservar a natureza, cujo uso de recursos naturais ocorre apenas de forma indireta. Já as Unidades de Uso Sustentável são criadas com o intuito de unir conservação da natureza e desenvolvimento econômico, isto é, o uso sustentável dos recursos naturais.

Dessa forma, a mencionada Lei brasileira proíbe expressamente a mineração nas Unidades pertencentes ao Grupo de Proteção Integral. Por outro lado, a atividade minerária seria permitida nas Unidades de Uso Sustentável, na qual há a compatibilização entre conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

Contudo, as seguintes categorias de Uso Sustentável não permitem o exercício da mineração: Reserva Extrativista e Reserva Particular do Patrimônio Natural²⁴⁶. A Lei nº 9.985/2000 contém dispositivos proibitivos:

Art. 18. A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. (Regulamento)
[...]

§ 6º São proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional.

Art. 21. A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. (Regulamento)
[...]

§ 2º Só poderá ser permitida, na Reserva Particular do Patrimônio Natural, conforme se dispuser em regulamento:
I - a pesquisa científica;
II - a visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais.

Nesse sentido, a extração de recursos minerais é expressamente proibida na Reserva Extrativista. Já na Reserva Particular do Patrimônio Natural, embora componha formalmente o Grupo de Uso Sustentável, apresenta objetivos semelhantes aos das Unidades de Proteção Integral, admitido o uso indireto dos recursos naturais (para fins de pesquisa ou de visitação).

246 GUEDES, Rogério Pereira. **A autorização administrativa ambiental de atividade mineradora em unidade de conservação: uma análise no Brasil e em Portugal.** 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 153.

Não há que se falar, no Grupo de Proteção Integral, de proibição *a priori* para extração de recursos minerais, ou seja, a vedação somente ocorre por presunção legal, nas duas categorias acima mencionadas. Porém, nada impede que o Plano de Manejo das demais Unidades de Uso Sustentável proíba a extração de minérios, conforme entende a Advocacia-Geral da União do Brasil (AGU)²⁴⁷. O Plano de Manejo consiste no documento técnico pelo qual o gestor da irá estabelecer o zoneamento e as normas restritivas da Unidade.

Outra importante modalidade de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos no Brasil é a que fixa as Áreas de Preservação Permanente (APPs), consideradas como *non aedificandi*. Assim, o regime jurídico não admite supressão, a não ser em três hipóteses específicas e taxativas (art. 8º, da Lei nº 12.651/2012): utilidade pública, interesse social e baixo impacto.

A atividade minerária é caracterizada como de utilidade pública, segundo o art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012. Entretanto, a mineração de areia, argila, saibro e cascalho – minérios da construção civil – não são considerados como de utilidade pública, mas de interesse social.

Inicialmente, não haveria diferença prática entre os agregados da construção civil e os demais minérios, vez que o interesse social também configura hipótese de intervenção. Contudo, a supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e

247 AGU. Procuradoria-Geral Federal. Departamento de Consultoria. **PARECER Nº 22/2013/DEPCONSU/PGF/AGU**. 31 jul. 2013, p. 10.

restingas (que são espécies de APPs) apenas poderá ser permitida nas hipóteses de utilidade pública. Logo, a extração de areia, argila, saibro e cascalho não podem ocorrer nas aludidas espécies de APPs.

Com relação à **RL**, o Código Florestal (NCF) assegura ser possível a exploração de minério, em qualquer regime de aproveitamento, estabelecendo a distinção entre os minérios podem ser explorados sob a ótica da utilidade pública²⁴⁸. É admitida a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do SISNAMA (Código Florestal, art. 17, parágrafo primeiro).

248 Lei n. 12 651 de 2012, VIII - utilidade pública:

(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;

(...)

IX - interesse social:

(...)

f) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;

As **Cavidades Naturais Subterrâneas (CNS)**²⁴⁹ são legalmente protegidas e fazem parte do rol de bens da União²⁵⁰. Dessa forma, o Dec. n. 99.556/1990 classificou, conforme seus atributos, essas áreas como de baixa, média, alta e máxima, graduação que vai efetivamente balizar a exploração ou não dessas áreas, sob condições. Nas CNSs, a atividade minerária não poderá ser exercida quando a cavidade estiver classificada com grau de relevância máximo. No entanto, quando se tratar de cavidade classificada com grau de relevância alto, médio ou baixo, a possibilidade de mineração será admitida ou não a partir do processo de licenciamento ambiental.

Nas terras indígenas qualquer tipo de exploração dependerá de autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades envolvidas. Portanto, no que tange ao aproveitamento mineral, o parágrafo 3º. do artigo 231 da CF/88 estabelece que a pesquisa e a lavra mineral em terras indígenas devem ser precedidas de autorização do Congresso Nacional, ouvida as comunidades afetadas e assegurando-se a estas a participação nos resultado.

249 Dec. n. 6640 de 2008, art. 1., parágrafo único. “Entende-se por cavidade natural subterrânea todo e qualquer espaço subterrâneo acessível pelo ser humano, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, gruta, lapa, toca, abismo, furna ou buraco, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que tenham sido formados por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou tipo de rocha encaixante.”

250 Inciso X do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, inciso V do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, e art. 225 da Constituição Federal de 1988.

O parágrafo 6º. do artigo 231 expressa que são nulos e extintos e não produz qualquer efeito jurídico quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e a posse das terras indígenas, bem como a exploração das riquezas naturais do solo e recursos hídricos nelas existentes.

A mineração possui dispositivo normativo na constituição federal e em norma específica sobre a matéria através do Código de Mineração. No âmbito constitucional a matéria está regulamentada através dos seguintes dispositivos:

Art. 20 CF - São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Parágrafo 1.º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Art. 22, XII- estabelece que compete privativamente à União legislar sobre “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia”

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

XI- Estabelece que é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegura-

rar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§§1º a 4º - definem como se dá a concessão para pesquisa e aproveitamento destes recursos, e como é dada a participação do proprietário do solo nos resultados deste aproveitamento.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º, inciso IV - incumbe ao poder público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

§ 2º- Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º - As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano”.

Art. 231, III- A pesquisa e a lavra de riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Por último, cabe mencionar que as terras indígenas podem ser alvo de mineração, desde que haja autorização do Congresso Nacional, mediante oitiva das comunidades afetadas, nos

termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988. Nesse caso, as comunidades atingidas terão direito à participação nos resultados da lavra, segundo o mesmo dispositivo. Importante acrescentar que a mineração em terras indígenas deverá acontecer nas condições especificadas em Lei, conforme determina o art. 176, § 1º, da Constituição, sendo que tal lei, até a presente data, ainda não foi editada.

26. Marco normativo sobre a avaliação de impacto ambiental na atividade de mineração.

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei n. 6.938 de 1981, estabelece o mecanismo do Licenciamento Ambiental como meio para mitigar os prejuízos das interferências humanas na natureza, através de obras, empreendimentos e explorações diversas. Leva em consideração, de igual modo, a Resolução CONAMA n. 237, de 1997.

O Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM é a autarquia responsável pela exploração mineral, com competência para promover a concessão relativa à exploração e ao aproveitamento dos recursos minerais, além de baixar normas, em caráter complementar, exercendo fiscalização sobre o controle ambiental das atividades de mineração, em articulação com os órgãos responsáveis pelo meio ambiente. Os empreendimentos que se destinem à exploração de recursos minerais deverão, quando do desenvolvimento dos procedimentos de licenciamento ambiental, apresentar documentos próprios para esse tipo de atividade.

O processo de licenciamento ambiental é constituído de três modalidades de licenças, cada uma exigida em etapa específica do licenciamento: Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO). Desta forma, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do correspondente Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, para obtenção da Licença de Prévia- LP, devem submeter à aprovação do IBAMA o Plano de Recuperação de Área Degradada - PRAD, por determinação do Decreto no 97.632/89.

Entende-se como degradação os processos resultantes dos danos ao meio ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades originais, tais como a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais.

A obtenção de Permissão de Lavra Garimpeira, emitida pelo DNPM, instituída pela Lei no 7.805/89 e regulamentada pelo Decreto no 98.812/90, depende de prévio licenciamento concedido pelo órgão ambiental competente. Nos casos previstos na Resolução CONAMA 237/97 cabe ao IBAMA este licenciamento.

Pela Resolução CONAMA no 009/90, a obtenção da LI para as atividades de lavra e/ou beneficiamento mineral das classes I, III, IV, V, VI, VII, VIII, e IX, excetuado o regime de permissão de lavra garimpeira, depende de apresentação de comunicado do DNPM julgando satisfatório o PAE – Plano de Aproveitamento Econômico.

A obtenção da LO, por sua vez, exige a apresentação de cópia da Portaria de Lavra, emitida pelo DNPM (BRASIL, 2002, p. 21).

O Licenciamento Ambiental²⁵¹ é o instrumento, ou conjunto de instrumentos, que autorizam ou impedem o início de empreendimentos que causem danos negativos e até mesmo irreversíveis, bem como se estabelece a contrapartida por parte dos empresários ou responsáveis pelo empreendimento mineral, em termos de obras mitigadoras, indenizações ou outro tipo de contraprestação.

27. Direito de participação e acesso à informação das comunidades atingidas pela extração mineral.

O princípio da participação deve permear todo o direito ambiental brasileiro, não havendo como fazê-lo sem garantir antes a informação e a transparência. A Lei n. 6.938/81 instituiu no inciso XI do art. 9º “a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes” como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA.

A mesma lei também procurou garantir esse acesso ao exigir que todo requerimento de licença ambiental tivesse o seu pedido publicado:

²⁵¹ Há disponível um **Manual de Licenciamento Ambiental. Guia de Procedimentos passo a passo**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cart_sebrae.pdf Acesso em: 30 de set./2016.

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. § 1º. Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

Por sua vez, a Lei n. 10.650/2003 estabelece que todos os documentos e processos relativos ao licenciamento e à política ambiental de maneira geral são públicos, de maneira que qualquer cidadão pode ter acesso sem precisar motivação.

Depois, no Brasil, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA editou resoluções em consonância com a PNMA, estabelecendo a audiência pública como etapa necessária para a concessão de cauterização do empreendimento.

Assim, a resolução n. 237 de 1997, art. 3º, estabelece que a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetivamente ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio, dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e do respectivo relatório acerca (EIA/RIMA), o qual deve ser publicizado. Ademais, deve ser garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Assim, o procedimento de Licenciamento prevê a obrigatoriedade da consulta pública e a realização de audiências, nas quais os impactos são comunicados, como também as formas de mitigação.

Nesse sentido, destaca-se que, diante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, as Constituições trazem disposições acerca da consulta prévia, livre e informada, conformando-se ao disposto na Convenção 169 da OIT, que determina o respeito às comunidades originárias e o reconhecimento dos direitos da população indígena.

O direito à consulta prévia e informada nesses Estados emancipa e empodera os povos indígenas, inclusive pelo reconhecimento de uma pluralidade jurídica indígena. Nesse aspecto, é facultado que as consultas sejam realizadas pelas normas próprias de determinada comunidade e de acordo com os critérios culturais e princípios de convivência harmônica com a natureza, de modo a respeitar suas concepções de desenvolvimento, diversas dos conceitos neoliberais.

Ademais, o reconhecimento constitucional atribuído aos povos comunitários faz com que estes tenham mais força frente ao Estado e às empresas quando do não cumprimento da consulta, podendo reivindicar seus direitos através de manifestações sociais ou judicialmente.

Implica reconhecer que há mecanismos de participação e de acesso à informação no âmbito do licenciamento ambiental. O problema é que o escopo do licenciamento ambiental é limitado, não abrindo espaço para planejamento de grande porte, assim, a discussão de interesse indígena deveria ocorrer quando da discussão das macropolíticas, a exemplo da macropolítica energética, minerária ou madeireira, mas isso, infelizmente, não acontece,

fato que muitas vezes reduz a participação indígena a mera formalidade.

28. Mecanismos e entidades estatais de fiscalização, monitoramento e supervisão de empresas com relação a danos ao meio ambiente.

A organização administrativa brasileira referente à proteção ao meio ambiente é composta pelo Sistema Nacional do Meio ambiente – SISNAMA, instituída pela Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, responsável pela proteção e melhoria da qualidade ambiental.

A estrutura tem previsão legal no art. 6º, da lei 6938/81. É organizada com: (i) um Órgão Superior, o Conselho de Governo, órgão consultivo e deliberativo, denominado Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; (ii) um Órgão central, o Ministério do Meio Ambiente – MMA; (iii) um Órgão executor, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA; (iv) Órgãos seccionais e Locais.

Diante deste panorama institucional, destacam-se os Órgãos Seccionais e Locais. Os primeiros são compostos por órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades com potencial para causar degradação ambiental. Os Órgãos Locais, por sua vez, são integrados por órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização dessas mesmas atividades, dentro de sua esfera jurisdicional.

O IBAMA também ganha relevância diante do quesito proposto, visto que além de assessorar a Secretaria do Meio Ambiente – SEMA, fiscaliza e exerce controle sobre os recursos naturais.

Observa-se, ainda, que no caso específico da Mineração, tem-se o Departamento Nacional de Produção mineral, responsável pela autorização dessa atividade e fiscalização da mesma.

Os demais órgãos possuem finalidades diversas. O Conselho de Governo assessora o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais. O CONAMA assessora, estuda e propõe, ao Conselho de Governo, Diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, além de deliberar sobre as normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. E, o Ministério do Meio Ambiente promove a adoção de princípios e estratégias para o conhecimento, proteção e recuperação do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais, além de valorizar os serviços ambientais.

Assim, há no Brasil órgãos destinados à fiscalização e ao monitoramento das ações com potencial de destruição ambiental, somado à previsão no ordenamento jurídico brasileiro de instrumentos de gestão ambiental para controle e regulação, que são as licenças, zoneamentos e padrões.

Observa-se, também, que o sistema de responsabilidade por dano ambiental, e.g., responsabilidade objetiva estabelecida

no art. 14, § 1º da PNMA, e recepcionada pelo art. 225, § 2º e 3º da CRFB/88, tem caráter iminentemente preventivo, contribuindo para inibição de atividades com risco danoso à base material da vida.

Destaca-se, por fim, o relatório da Comissão Interamericana sobre atividade mineira e sua implicação nos direitos humanos, com passagem específica sobre o Brasil, pondo luz ao problema da fiscalização no Brasil:

Quanto à precarização e ao sucateamento dos órgãos licenciadores e fiscalizadores da atividade mineradora, o quadro é dramático.

Por exemplo, no que concerne ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), para cada fiscal federal, há 124 empreendimentos a serem fiscalizados. Em Minas Gerais, Estado brasileiro com a maior quantidade de empreendimentos minerários, há 184 barragens a serem monitoradas para cada um dos quatro fiscais existentes no Estado. Os mesmos problemas se verificam no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA): em carta divulgada em junho de 2015, servidores do órgão reclamam da sobrecarga de demanda sobre o corpo técnico. (COMISSÃO INTERAMERICANA, 2016).

Dessa forma, constata-se a existência dos mecanismos e órgãos destinados à fiscalização ambiental no Brasil e de um sistema voltado a prevenção. Contudo, torna-se notória a dificuldade enfrentada para um efetivo policiamento diante de instituições sucateadas e pouco efetivas, superpondo-se ao discurso desenvolvimentista que cerca a atividade mineira.

DIREITOS DE POVOS INDÍGENAS E AFRODESCENDENTES

Fernanda Frizzo Bragato

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2002), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período de estágio doutoral na University of London (Birkbeck College) (2009) e pós-doutorado na University of London (School of Law - Birkbeck College) (2012). Atualmente é professora do Programa de pós-graduação e graduação em Direito da Unisinos e Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos.

Paulo Víctor Schroeder

Bolsista CAPES/PROEX no mestrado em Direito Público/Unisinos, sob a orientação da professora Fernanda Frizzo Bragato e membro do Núcleo de Direitos Humanos/Unisinos.

Introdução

A colonização do território latino americano apresentou características diversas em relação à exploração e ocupação dos diferentes países que o constituem. Apesar disso, a redução drástica das populações indígenas em função da exploração de suas terras e do esgotamento de seus recursos apresenta-se como uma

característica intrínseca ao projeto colonial e possui uma relação direta com a utilização de mão de obra indígena não paga e exposta a condições de trabalho precárias para a extração de metais preciosos sob o solo dos territórios colonizados. No início dos processos de independência dos países latino americanos, as consequências da lógica acumulacionista provinda do metalismo já eram irreversíveis sobre os modos de vida dos povos e comunidades indígenas²⁵².

Os conflitos contemporâneos que envolvem a extração dos recursos naturais sobre as terras e territórios indígenas são tributários da herança de exploração excessiva trazida ao território latino pelo mercantilismo, um projeto que desembocaria no capitalismo globalizado. As formas de violência praticadas contra os povos e comunidades tradicionais provindas tanto do setor público quanto privado são materializadas de três formas distintas: restrição de direitos, restrição de acesso ao seu ambiente natural, e violência física - que muitas vezes resulta na perda de vidas humanas.

O informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos

252 Um dado que não pode ser ignorado quando se tem em vista perceber a gravidade dos conflitos entre empresas mineradora e indígenas é a hostilidade com a qual ativistas de direitos humanos são tratados. O Relatório da Global Witness, “Em Terreno Peligroso”, traz um dado alarmante: o Brasil lidera o ranking dos países onde mais ocorreram mortes de ativistas engajados com causas ambientais em 2015 (50 mortes). No mundo, ativistas ligados a causas relacionadas à mineração são os que mais sofrem repressões violentas (42 mortes em 2015).

em el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo” (CIDH, 2015), emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresenta o panorama contemporâneo no que se refere às demandas indígenas e constata a vulnerabilização dos direitos desses povos devido ao aumento da extração e exploração de recursos naturais sobre o solo latino americano no século XXI, o que decorre principalmente da valorização do preço de matérias primas em um mercado que apresenta uma crescente demanda internacional. Se por um lado as atividades extrativistas possuem cada vez mais importância nas estratégias de desenvolvimento econômico de diversos países no plano global; por outro, os direitos indígenas conquistados no cenário internacional estão cada vez mais ameaçados. Nesse panorama, o “Mapa de Conflitos Mineiros, Projetos e Empresas Mineiras na América Latina” (OCMAL, 2016) registrou um número alarmante: 205 conflitos na América Latina envolvendo atividade mineradora, muitos dos quais envolvendo povos e comunidades indígenas .

O aumento da exploração dos recursos naturais da América Latina e do Caribe se desenvolve em três frentes principais: extração mineira e petroleira, presença de monoculturas de exploração e influência de grandes projetos de infraestrutura, como a construção de estradas, canais, barragens, hidrelétricas, parques eólicos, portos e resorts. A exploração dos recursos naturais assume características peculiares nos diferentes países do território latino e caribenho, realizando-se em cinco formas principais: a) diretamente por parte dos Estados; b) através de empresas adminis-

tradas pelos Estados; c) por entidades financiadas conjuntamente por capital público e privado; d) exclusivamente por empresas privadas; e) por agentes informais (CIDH, 2015). Em uma estrutura de mercado globalizada, todas essas formas de exploração estão expostas à influência do capital estrangeiro - público e privado.

Os interesses que balizam atividades empresariais e que resultam na exploração dos recursos naturais da América Latina remetem a um cenário econômico globalizado e transpassam as fronteiras estatais. Entretanto, a exploração possui espaço físico localizado e produz efeitos imediatos sobre os habitantes do território explorado. Paradoxalmente, ao impulsionar o desenvolvimento econômico, o que pode representar um ganho significativo em termos de direitos humanos (na concepção liberal do termo) como a superação da pobreza e da desigualdade, o desenvolvimento empresarial desvela, também, uma série de impactos negativos sobre o campo ambiental, social, cultural e humano - muitas vezes negligenciados.

Nesse cenário, a CIDH (2015) constata que, com frequência, os projetos de extração, exploração e desenvolvimento afetam terras e territórios que são historicamente ocupados por povos e comunidades indígenas. Trata-se de uma situação delicada tendo em vista que referidos territórios habitualmente possuem um vasto potencial econômico, o que contrasta com a pouca influência política que os povos indígenas (muitas vezes em condição de extrema pobreza) exercem sobre as demais partes envolvidas nos projetos exploratórios. Os próprios termos das negociações (or-

denamento jurídico estatal e internacional) envolvem processos alheios à realidade destas populações. A isso, soma-se a evolução preocupante da tecnologia moderna, que gera uma ampliação exponencial dos danos causados à terra e aos recursos naturais de comunidades originárias, não produzindo as contrapartidas sustentáveis cabíveis.

Os impactos da atividade econômica sobre os recursos naturais disponíveis na América Latina são múltiplos e peculiares à atividade desenvolvida e ao território explorado. Em relação à mineração, a CIDH (2015) destaca a destruição de ecossistemas através da remoção de rochas, alteração do sistema hidrológico, contaminação da água, explosões, emissão de poeira, e contaminação do meio ambiente. A exploração de hidrocarbonetos, por sua vez, implica o desmatamento para a abertura de caminhos, abalos sísmicos e poluição. Somado a isso, a monocultura implica principalmente a perda da biodiversidade e da segurança alimentar, o uso de agrotóxicos e a invasão de fronteiras naturais.

Devido a esse contexto, a CIDH (2015) vem recebendo um vasto número de denúncias sobre os impactos sociais e culturais que os projetos de exploração possuem sobre comunidades e povos tradicionais habitantes de localidades economicamente exploradas, das quais se destaca uma série de danos indígenas: degradação da saúde, alteração das relações comunitárias, decréscimo da qualidade de vida, migrações forçadas, mudança nos padrões econômicos e, até mesmo, o desaparecimento de comunida-

des. Referidos malefícios são significativamente mais prejudiciais sobre as vidas de mulheres, crianças e idosos.

A vulnerabilidade dos povos e comunidades indígenas é acentuada pela inexistência de mecanismos capazes de monitorar e prevenir violações de direitos humanos, ou, quando na inexistência de um aparato jurídico protetivo, constata-se obstáculos e barreiras jurídicas e administrativas que resultam na impunidade de agentes que perpetuam situações de violações a direitos humanos. Além disso, a impunidade agrava-se consideravelmente quando companhias estrangeiras estão envolvidas nos projetos exploratórios, tendo em vista a dificuldade de submetê-las à jurisdição do país onde ocorreram as violações.

29. Proteção dos direitos coletivos de povos indígenas e afro-descendentes em relação a atividades extrativas minerais em seus territórios.

Para prevenir, mitigar ou reparar os danos causados aos povos indígenas²⁵³ pelos empreendimentos geridos por empresas privadas que possuem severas conseqüências sobre o meio ambiente necessário para a manutenção da vida dos indígenas, o estado brasileiro alinha-se com o panorama jurídico internacional de proteção aos direitos individuais e coletivos dos sujeitos per-

253 O Decreto nº 6.040 que institui a Política Nacional de Desenvolvimento dos Povos e Comunidades Tradicionais define os povos indígenas como grupos que são e que se reconhecem como culturalmente diferenciados, possuindo “formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica”.

tencentes a comunidades tradicionais. No território nacional, um amplo quadro normativo garante o respeito aos direitos dessas comunidades, principalmente no que tange a sua relação com os territórios que tradicionalmente ocupam e cujas particularidades históricas exigem um tratamento legislativo minucioso.

O quadro normativo que se refere a políticas indigenistas no território nacional compõe-se, principalmente, pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e pela Constituição Federal de 1988 - o prisma interpretativo para as políticas indigenistas, visto que estabelece as bases para uma concepção jurídica pluriétnica e multicultural. Mais recentemente, foi aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2016.

A Convenção 169, apesar de incorporada ao ordenamento jurídico nacional apenas em 2002, é o primeiro documento a proscrever, no plano normativo global, políticas que incluíam os indígenas em uma perspectiva assimilacionista, estabelecendo uma série de novos direitos sociais, liberdades fundamentais, direito ao meio ambiente, direitos gerais de cidadania, direito de petição, direitos de propriedade e posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas, direito de consulta prévia, direito à não discriminação, direito à seguridade social direito à saúde e à educação, além de se estabelecer, em diversas passagens, a necessidade de proteção à identidade cultural. Conforme Lippel (2014, p. 54),

[a] Convenção também tem auxiliado os próprios povos indígenas na fundamentação de seus pleitos e na luta por mudanças legislativas consistentes com as obrigações internacionais do Estados em matéria de direitos indígena.

Por sua vez, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas em 29 de junho de 2006 e adotada pela Assembléia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007 com algumas alterações, não possui espécie legislativa interna. Apesar de não se tratar de um instrumento jurídico vinculante e obrigatório, a Declaração “espelha o desenvolvimento dinâmico de normas legais internacionais” refletindo “o comprometimento dos Estados a adotarem certas diretrizes no tocante aos direitos indígenas, a partir de princípios nela reconhecidos” (UNESCO, 2009). A declaração apresenta-se como um importante marco, visto que, já em seu preâmbulo, destaca a importância do vínculo dos indígenas com suas terras, afirmando a necessidade de se respeitar os seus direitos no campo econômico, social, cultural e histórico, salientando o direito à autodeterminação dos povos indígenas no que se refere aos acontecimentos que afetam as suas terras, territórios e recursos.

Como principal diploma legal do quadro normativo indigenista nacional, a Constituição de 1988 é o parâmetro para as políticas indigenistas nacionais. Trata-se do primeiro diploma normativo brasileiro que reconhece as comunidades tradicionais como coletividades culturalmente distintas e detentoras de direitos especiais (direito à diferença), rompendo com um antigo con-

junto normativo integracionista ao identificar um amplo leque de direitos coletivos e permanentes protegidos constitucionalmente (Araújo, 2006, p. 45).

Conforme Anjos Filho (2009), a partir da CF/88, o indígena em território nacional é protegido por uma série de princípios constitucionais, quais sejam: 1) o reconhecimento e a proteção de sua organização social, costumes, línguas e tradições; 2) o reconhecimento de direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam, garantindo-se a sua proteção permanente em usufruto exclusivo; 3) a igualdade de direitos e de proteção legal, e 4) a proteção da identidade. Uma interpretação sistemática da Constituição Federal revela que o texto compreende a igualdade entre todas as culturas do território nacional, no sentido de se possibilitar uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

A proteção identitária resguardada na Constituição Federal desdobra-se no direito à alteridade (direito à diferença), pois assegura aos indígenas o direito a “serem e permanecerem diferentes” e de não sofrerem qualquer discriminação por suas escolhas, refletindo a necessidade de o Estado proteger a identidade das comunidades indígenas (sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições) (LIPPEL, 2014, p. 59). Nesse sentido, o art. 231 da Constituição garante expressamente a proteção aos direitos individuais e coletivos dos indígenas a partir de suas próprias concepções, do que Anjos Filho observa que “[e]stá constitucionalmente vedado qualquer entendimento jurídico que implique em afirmar direta ou indiretamente a superioridade cultural

da sociedade envolvente em relação aos grupos indígenas, o que resulta na necessidade de se proteger e respeitar o modo de ser e de viver dos índios a partir de seus próprios costumes, garantindo-lhes o pleno exercício dos seus direitos culturais (2009, p 4).

Vale ressaltar que o marco normativo brasileiro e internacional (ao qual o Brasil se vincula) estabelece uma série de proteção aos direitos indígenas, aí incluídos seus bens e territórios. Essa proteção ocorre, via de regra, pela proibição de se manter relações comerciais com as comunidades indígenas e seus bens, caso da alienação de terras (§ 1º, 2º e 4º do art. 231 da CF/88), ou pela autorização sob condições, mas neste último caso a regulamentação é parca, quando não inexistente, como é o caso da mineração (§ 3º e 6º do art. 231 da CF/88). Como se verá adiante, a PEC 215/2000 e outros projetos de lei a ela vinculados tentam justamente afastar as proibições e criar normas que autorizem as relações comerciais incidentes sobre bens e direitos indígenas com regulamentação claramente contrária à proteção dos direitos indígenas já existente no plano internacional.

30. Avaliação de impactos de atividades extrativas minerais sobre os direitos de povos indígenas e afrodescendentes.

O Texto constitucional brasileiro, bem como os demais instrumentos legislativos protetivo aos indígenas em território nacional, não fazem menção expressa à obrigatoriedade de Estu-

dos que precedam a exploração mineira²⁵⁴. Entretanto, a política nacional do meio ambiente, através da resolução do Conselho Nacional de meio Ambiente nº 001/86 de 23 de janeiro de 1986, que institui o Estudo de Impacto Ambiental –EIA, prevê, no âmbito administrativo, a necessidade de um documento técnico que contenha a descrição do local onde serão implantados novos empreendimentos empresariais com o intuito de avaliar todos os seus possíveis impactos negativos e positivos sobre o meio ambiente circundante. A partir desse estudo, o órgão administrativo competente capacita-se a decidir sobre a possibilidade ou não da realização de empreendimentos comerciais.

Apesar de não haver regulação administrativa específica em relação ao EIA em terras e territórios tradicionalmente ocupados por indígenas, o estudo é obrigatório para qualquer atividade que possa gerar danos sócio-ambientais. Conforme CURI (2007):

O EIA, para qualquer projeto de pesquisa ou lavra mineral em terra indígena, é absolutamente essencial, já que as comunidades indígenas dependem do equilíbrio ecológico de suas terras para sobreviverem, na medida que constituem base de seu habitat. Esse estudo deve observar as diretrizes estabelecidas em lei e demais regulamentos, entre elas a de “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com as hipóteses de não executar o projeto” (art. 5º, I da Resolução

254 O artigo 32.3 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, apesar de não possuir espécie legislativa interna, é o diploma legal que mais se aproxima de abranger especificamente a necessidade de estudos prévios à exploração mineira, ao dispor que: “Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual.”

nº 01, de 23 de janeiro de 1986, do Conama). No mesmo sentido, o Decreto Federal nº 99.274/90 prevê que os estudos de impacto ambiental conterão a “descrição da ação proposta e suas alternativas” e a “identificação, análise, previsão dos impactos significativos, positivos e negativos” (art. 17, § 1º, “b”, “c”).

O Estudo de Impacto Ambiental deve avaliar - para além dos possíveis danos sobre o meio ambiente - a distribuição de ônus e benefícios do projeto, bem como mensurar os efeitos sobre os componentes sociais que arcarão com os efeitos da atividade. Dado que as comunidades indígenas dependem do equilíbrio ecológico de suas terras como base para o exercício de qualquer direito individual ou coletivo estabelecido no texto constitucional, a autorização do Congresso Nacional para a pesquisa e lavra de riquezas minerais a que faz menção o § 3º do art. 231 da Constituição Federal não pode prescindir de uma pesquisa apurada no sentido de balizar a opinião dos legisladores acerca das particularidades de cada empreendimento.

Curi (2007, p. 236) constata que o EIA é um importante instrumento no sentido de formar um discernimento acerca das reservas minerais consideradas “indispensáveis para o desenvolvimento econômico da região e/ou país, e aquelas que são alvo, única e exclusivamente, do imediatismo e ganância de empresas mineradoras”. Entretanto, o procedimento de aplicação do EIA não garante a preservação dos direitos indígenas por si só, e deve ser analisado de forma crítica: para os setores empresariais o EIA geralmente é interpretado como um impedimento burocrático

demasiadamente rígido; entretanto, sob o ponto de vista das comunidades indígenas o instrumento é excessivamente deficitário, não contemplando todos os impactos que as obras abrangem. Para Brighenti (2014):

[o] Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA são importantes instrumentos de avaliação, mas da forma como são aplicados atualmente não dão conta de identificar e evitar que obras sejam realizadas (...). A existência do projeto em licenciamento é, no geral, desconhecida pelas comunidades, que somente vão tomar conhecimento quando os técnicos responsáveis pelo EIA-RIMA se apresentarem à comunidade, o que implica que o projeto já está pronto, e não pode mais sofrer alterações, mesmo que legalmente essa possibilidade esteja garantida. É como se a opinião e a vontade das comunidades fossem menor que a vontade do “empreendedor” e a ideia de “desenvolvimento”, a desigualdade na relação não possibilita um processo democrático de participação efetiva. (p. 39).

Esse problema procedimental, que pode resultar no desprezo acerca do consentimento indígena nas diversas fases do licenciamento ambiental, acaba forçando as comunidades a participar de decisões que as afetam diretamente a partir do momento em que a decisão já está tomada e, portanto, pode impedi-las de interferir no resultado, restando como estratégia apenas negociações no sentido de mitigar os danos (BRIGHENTI, 2014).

31. Proteção ao direito de propriedade coletiva de povos indígenas e afrodescendentes em áreas de extração de recursos minerais.

Os direitos individuais e coletivos dos povos e comunidades indígenas desdobram-se em um instrumental protetivo aos territórios tradicionalmente ocupados, amplamente ameaçados pelos interesses econômicos do capital público e privado. Lippel (2014, p. 79) destaca que as terras indígenas tradicionalmente ocupadas configuram uma modalidade de propriedade especial e coletiva, calcada no reconhecimento de uma territorialidade constituída histórica e antropologicamente e que encontra justificção na própria preservação da identidade cultural. Disso, decorrem uma série de normas constitucionais em relação ao aproveitamento de recursos hídricos, pesquisa e lavra de minerais em terras indígenas, que, conforme o parágrafo terceiro do artigo 231 da Constituição Federal (1988), “só podem ser efetivados com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. Em complementação, o parágrafo primeiro do artigo 176 refere que a pesquisa e lavra de recursos minerais, que pertencem à União,

somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas (CF, 1988).

1. Conforme Almeida:

Entende-se, portanto, que os índios têm a posse permanente das terras que ocupam, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo e dos rios nela existentes; no entanto, os recursos minerais e potenciais hidráulicos são considerados de propriedade da União. Dessa forma, é possível que tais riquezas sejam exploradas e aproveitadas, mas no caso de estarem presentes em terras indígenas, a atividade exploratória fica sujeita a regulamentações específica (2014, p. 101).

Baptista (2005) assevera que a interpretação isolada do artigo 231 da Constituição Federal pode ser percebida tanto como uma derrota para os povos indígenas quanto uma derrota às empresas mineradoras, pois, mesmo que excepcionalmente, prevê possibilidades de exploração econômica; ao mesmo tempo em que restringe severamente as situações em que se permite a atuação empresarial sobre as terras e os territórios indígenas.

Passados 28 da promulgação da Constituição Federal, inexistente qualquer instrumento legislativo capaz de suprir o requisito do parágrafo terceiro do artigo 231 da Constituição no sentido de regulamentar a exploração de minério sob o solo pertencente a comunidades indígenas, o que resulta em um panorama delicado. Conforme o relatório “Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira”, publicado em 2013 e desenvolvido pelo Instituto Socioambiental²⁵⁵, que vem monitorando a incidência de interes-

²⁵⁵ Conforme o relatório, o ISA constitui-se como “uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), fundada em 22 de abril de 1994, por pessoas com formação e experiência marcantes na luta por direitos sociais e ambientais. Tem como objetivo defender bens e direitos coletivos e difusos, relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos. O ISA produz estudos e pesquisas, implanta projetos e programas que promovam a sustentabilidade socioambiental, valorizando

se sobre Terras Indígenas no sentido de suprir a inexistência de regulamentação específica, atualmente existem 104 processos titulados e 4.116 interesses minerários incidentes em 152 TIs (independentemente das fases em que se encontram) (ROLLA, RICARDO; 2013). Para se ter uma idéia da extensão do problema, o relatório apresenta uma série de dados alarmantes:

“Observa-se que o Cadastro Mineiro permite diversas requisições sobre uma mesma área, gerando várias camadas sobrepostas de interesses. Para se ter uma idéia, os 120 requerimentos de pesquisa incidentes sobre a TI Xikrin do Cateté somam cerca de 1 milhão de ha, enquanto a TI tem apenas 439 mil ha. Entre as terras com mais de 1 milhão de ha, 19 possuem incidência de processos minerários, sendo seis com mais de 50% de seu território: TI Baú (92,5%), TI Rio Paru d’Este (77,4%), TI Trincheira/Bacajá (70,2%), TI Menkragnoti (68,6%), TI Nhamundá-Mapuera (65,9%) e TI Yanomami (54,8%). Entre as terras com extensão entre 100 mil ha e 1 milhão de ha, 63 possuem processo incidentes, 11 das quais com mais de 50% de sua superfície comprometida: TI Xikrin do Cateté (100%), TI Parakanã (84,2%), TI Rio Branco (83,7%), TI Waiãpi (79,4%), TI Rio Mequéns e TI Uaçá I e II (78,5%), TI Arara (72,6%), TI Sai Cinza (70,2%), TI Igarapé Lourdes (60,5%), TI Apyterewa (59,1%) e TI Rio Apapóris (55,8%). Na faixa de terras com extensão entre 10 mil e 100 mil ha encontram-se 41 terras com incidência de processos minerários, sendo 15 terras com mais de 60% de seu território. Com mais de 90% de seu território coberto por processos, estão as TIs: Ponta da Serra, Murutinga/Tracajá, Paquiçamba (ampliação), Araçá, Jauary, Boqueirão e Barata/Livramento. Entre as terras com menos de 10 mil ha, 36 apresentam sobreposição de processos, 26 destas com mais de 80% de seu território cobertos por processos! Com 100% de seu território com incidência, estão as pequenas TIs dos Mura: Capivara, Guapenu, São Pedro, Paracuhuba, Itaitinga, Padre e Ponciano.” (ROLLA, RICARDO; 2013)

a diversidade cultural e biológica do país.”

Nesse panorama de lacuna legislativa, abre-se espaço para uma disputa no Congresso Nacional entre os interesses das empresas mineradoras e os interesses das comunidades indígenas. De um lado, o novo Estatuto das Sociedades Indígenas que, com amplo apoio das comunidades tradicionais, tramita no Congresso Nacional e define critérios específicos, procedimentos e responsabilidades referentes ao processo de mineração sob o solo de terras indígenas, como a participação nos resultados na lavra. Em oposição, tramitam, no Congresso Nacional, Projetos de Lei que se propõem a regular a exploração de minério sob o solo indígena sem atentar para os direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

A PEC 215/2000, por exemplo, tem por objetivo principal retirar a competência para aprovar as demarcações de Terras Indígenas do executivo e passá-la para o Congresso nacional (VILLAS BÔAS, 2013). Mas, além disso, este projeto pretende alterar fundamentalmente o artigo 231 da Constituição Federal, em seus parágrafos 1º e 2º, e acrescentar os parágrafos 8º ao 18, no sentido de restringir as futuras demarcações mediante aprovação pelo Congresso Nacional e observância da efetiva ocupação em 05/10/1988 (tese do marco temporal), vedar ampliação das demarcações já realizadas, retirar o usufruto exclusivo dos índios sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, permitir

parcerias para fins de exploração econômica com não-índios, bem como a permuta destas terras (BRASIL, 2000)²⁵⁶.

Dalmo Dallari, ao comentar o Projeto de Ementa Constitucional 215 ressalta que

A Constituição não deu direito à demarcação. Deu direito à terra. A demarcação é só o jeito de dizer qual é a terra. Quando se coloca todo o direito sobre a demarcação, se retira o direito à terra, porque aí o direito à terra só irá existir se houver demarcação. É isso que está escrito na PEC: que não há mais direitos originários sobre a terra (2013).

Independentemente desse embate legislativo, a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos originários sobre as terras que os indígenas tradicionalmente ocupam: são direitos considerados primários e congênitos, pois precedem a própria formação do estado brasileiro, de forma que o direito à demarcação desvela-se como um mero procedimento administrativo provindo do direito à terra. Se aprovada, a PEC 2015, em detrimento de propostas legislativas progressistas como o Novo Estatuto do Índi-

256 Além deste projeto, existem outros, tais como: o Projeto de Lei Complementar nº 227/2012, que reputa de interesse público a exploração de recursos naturais em terras indígenas, a criação de rodovias e assentamentos rurais, entre outros, conforme estabelecido pelo parágrafo 6º do art. 231 da Constituição; a Portaria nº 303/2012 da Advocacia Geral da União, que estende as condições aplicadas no julgamento da Petição nº 3.388/RR a todas as Terras Indígenas, inclusive aquelas já regularizadas; o Projeto de Lei nº 1.610/1996, que versa sobre processos de licitação para realizar atividades de mineração em Terras Indígenas, nos quais poderão participar brasileiros, empresas, cooperativas e associações indígenas; o Projeto de Emenda Constitucional nº 237/2013 que, acrescentando o art. 176-A na Constituição, autoriza que terras permanentemente e tradicionalmente ocupadas por indígenas desenvolvam atividades de produção agropecuária mediante concessão da União.

dio, desrespeitará a legislação constitucional e internacional, negligenciando o direito originário dos indígenas à terra, que seria absorvido pela noção de demarcação (VILLAS BÔAS, 2013).

Tendo em vista o vácuo normativo acerca da regulação da exploração para fins de mineração em terras indígenas, o Relatório de 2016 para o Brasil, da relatora especial da ONU para povos indígenas, recomendou que o governo federal

adote medidas para reparar impactos e consequências de atividades de mineração, da expansão do agronegócio e outros projetos de desenvolvimento de grande escala sobre a saúde, terras, culturas e modos de vida dos povos indígenas, inclusive suas formas de organização social e econômica. Essas medidas deveriam também abordar impactos secundários desses projetos, que frequentemente estão associados com a especulação e entrada de terceiros como resultado da maior facilidade de acesso às terras indígenas (ONU, 2016).

32. Direito a consulta prévia de povos indígenas e afrodescendentes.

Com a ratificação da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Brasil alinhou-se a uma perspectiva jurídica que, pela primeira vez no cenário internacional, afastou-se de uma visão assimilacionista sobre os direitos dos povos indígenas (VILLAS BÔAS, 2013). Ainda hoje, os parâmetros estabelecidos pela Convenção constituem-se como um dos mais progressistas instrumentos legislativos em termos de relações interculturais no âmbito internacional, estabelecendo

[o] direito de participação dos povos indígenas, pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e nos órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que os afetem; O direitos dos povos indígenas de decidirem suas próprias prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, da implementação e da avaliação dos planos e dos programas de desenvolvimento nacional e regional que os afetem diretamente; O direito dos povos indígenas de serem beneficiados pela distribuição de terras adicionais, quando as terras de que disponham sejam insuficientes para garantir-lhes o indispensável a uma existência digna ou para fazer frente a seu possível crescimento numérico; O direito a terem facilitadas a comunicação e a cooperação entre os povos indígenas através das fronteiras, inclusive por meio de acordos internacionais (VILLA BÔAS, 2013, p. 10).

O artigo 6.1, “a”, da Convenção, estabelece que os governos, ao aplicarem as disposições da convenção devem “consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”; e o artigo 6.2, em complementação, dispõe que, além da necessidade de as consultas serem realizadas de boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, o objetivo deve sempre visar o consentimento acerca das medidas propostas.

Mais especificamente em relação à extração de recursos naturais do subsolo de Terras Indígenas, em caso de essas pertencerem ao Estado (como ocorre no Brasil), o artigo 15 da Convenção deixa claro que: “os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessa-

dos, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados”.

Já a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas determina, em seu art. 32,2, que os Estados celebrem consultas e cooperem de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. A mesma disposição é estabelecida no art. XXIX, 4, da Declaração Americana dos direitos dos povos indígenas.

No corpo legislativo desenvolvido em território nacional, em alinhamento à perspectiva estabelecida na Convenção, uma das exigências do artigo 231 do texto constitucional como condição de possibilidade para a exploração de minério sob terras indígenas é a consulta direta aos povos e comunidades indígenas afetados²⁵⁷. Ocorre que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional, apesar de mencionarem a necessidade de consulta

²⁵⁷ Uma importante prática que deve ser salientada é a elaboração de um protocolo próprio de consulta prévia pelo povo Wajãpi. O documento organizado pela própria comunidade indígena explica em que circunstâncias e de acordo com quais procedimentos os indígenas pretendem ser consultados pelos órgãos do governo. Um dos principais tópicos do protocolo é o estabelecimento de medidas que visem possibilitar uma comunicação mais apurada entre os indígenas e o Governo Federal, no sentido de se possibilitar uma discussão livre de qualquer tipo de pressão. O protocolo pode ser acessado no link: http://www.institutoiepe.org.br/media/livros/2014_protocolo_consulta_consentimento_wajapi.pdf<acesso em 20.11.2016>.

prévia, não especificam pormenorizadamente todos os aspectos que envolvem o seu procedimento, do que Curi (2007, p 232) destaca: “não está previsto, por exemplo, que a audiência às comunidades indígenas deverá acontecer dentro de suas próprias terras, nem está definida a forma como se dará a oitiva”.

Essa lacuna legislativa pode gerar complicações delicadas à preservação dos direitos das comunidades indígenas. Uma interpretação restritiva, que leve em conta tão somente a necessidade de consulta para a exploração de recursos naturais no subsolo de terras indígenas e que ignore a necessidade de consentimento pode significar uma maneira de as empresas privadas interessadas em explorar o minério sob o solo de Terras indígenas utilizarem-se da consulta como uma estratégia para legitimar processos extrativos que ignorem os interesses das comunidades diretamente afetadas.

Muito embora o texto constitucional não faça menção expressa à possibilidade de os indígenas concordarem ou não com a realização de atividades extrativistas em suas terras, uma leitura abrangente do diploma legal assegura a necessidade de consentimento prévio dos povos indígenas para a realização de atividades extrativas em seu território. Nesse sentido, Curi (2007) pontua que:

Uma vez prevista a consulta pelo texto constitucional, esta indica a possibilidade de escolha de um desses caminhos, ou seja, dos índios aceitarem a realização da mineração ou negarem que esta ocorra. Portanto, os índios possuem pleno direito de não concordarem com a realização de uma

atividade minerária em suas terras, visto serem os maiores alvos dos impactos socioambientais gerados pela mineração.

Para que não restem dúvidas interpretativas, outros instrumentos normativos que integram o aparato protetivo aos direitos fazem menção expressa a necessidade de consentimento prévio à atividade mineradora sob o solo de Territórios indígenas, como o artigo 8º, alínea “j”, da Convenção sobre Diversidade Biológica-CDB²⁵⁸, bem como os já citados artigos 6º, 1, alínea “a” e artigo 15.2 da Organização Internacional do Trabalho-OIT.

258 Transcrição da alínea: “Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica, e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina Soccio Di Manno. Conflitos na Exploração de Recursos Naturais em Terras Idígenas: Um Estudo de Caso nas Américas. **Revista Política Hoje**, 1ª Edição - Volume 23 - p. 93-111, 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

BAPTISTA, Fernando Mathias. Descascando o abacaxi da mineração em Terras Indígenas. In: **Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira. Instituto Socioambiental**: São Paulo, 2005. p. 123-134.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Decreto nº 5.051/2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRIGHENTI, Clóvis Antônio. Impactos ambientais sobre comunidades indígenas: necessidade de revisão metodológica e construção de novos referenciais de análise. **Empreendimentos que Impactam Terras Indígenas**. Cimi – Conselho Indigenista Missionário (Org.). Brasília, 2014, 76p.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA, 2015.

CORPUZ, Victoria Tauli. End of Mission Statement. **[Relatório]**. Genebra, 2016.

CURI, Melissa volpato. Aspectos legais da mineração em terras indígenas. **Revista de Estudos e Pesquisas**, FUNAI, Brasília, v.4, n.2, p.221-252, dez. 2007.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. **O conceito de terras indígenas na Constituição Federal de 1988: crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol**. 1 ed. Curitiba, PR: CRV, 2014. 150 p.

Nações Unidas. Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral nº 31: A índole da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto. U.N Doc. 2004.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

OCMAL. **Conflitos Mineros em América Latina: Extración, Saqueo y Agressión.** OCMAL, 2015.

OIT. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT.** Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011.

“Para Juristas, PEC 215 é inconstitucional”. Entrevista com Adalmo Dallari. **Instituto Socioambiental.** São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/node/2342>>.

ROLLA, Alicia; Fany Ricardo (Org.). *Mineração em Terras Indígenas na Amazônia brasileira em 2013.* ISA, São Paulo: 2013.

VILLAS BÔAS, Hariessa Cristina. **Mineração em Terras Indígenas: A invisibilidade do direito à consulta prévia como um processo e a visibilidade ao flagrante desrespeito de ouvir e consultar os verdadeiros titulares desses direitos.** Sustainability 2013. Disponível em: http://www.cetem.gov.br/files/docs/palestras/2013/sustenta101013-hariessa_v_boas_pdf. Acesso em: 10 dez 2016.

WAJÁPI. **Protocolo de Consulta e Consentimento Wajápi.** 2014. Disponível em: http://www.institutoiepe.org.br/media/livros/2014_protocolo_consulta_consentimento_wajapi.pdf <acesso em 20.11.2016>.

PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra

Pós-Doutorando em Direitos Humanos (PPGIDH/UFG), Mestre e Doutor em Direito (UFMG), professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG) e das Faculdades Alves Farias (ALFA-GO)

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira

Doutora em Direito (UFPR) e Pós-Doutora em Direitos Humanos (PPGIDH/UFG). Professora do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG)

33. Marconormativo sobre participação cidadã ambiental no processo de atividades de exploração e/ou extração mineral.

No Brasil, existem marcos normativos específicos sobre participação cidadã ambiental, fundados no direito à informação e participação, o que ocorre principalmente – mas não exclusivamente – na ocasião do licenciamento ambiental, procedimento administrativo prévio às atividades poluidoras, de caráter obrigatório, cuja renovação é exigida periodicamente, e que será exami-

nado com maiores detalhadamente em seguida. Não se pode olvidar, ainda, que a base para uma participação popular qualificada, através da educação ambiental, é, igualmente, uma preocupação no Brasil. Por fim, há, também, mecanismos jurisdicionais para controlar, evitar e reparar lesões à disposição do cidadão e da sociedade civil organizada, como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, o direito de petição dentre outros.

As questões ambientais, em geral, ganharam *status* constitucional, no país, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988). No âmbito constitucional, o art. 225 da Constituição inovou ao prever que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito e, também, um dever da coletividade, anunciando dessa forma o papel ativo do cidadão na tutela ambiental. Ainda, no art. 225, IV, exigiu-se que, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente (modalidade na qual se inclui a atividade mineradora), seja realizado estudo prévio de impacto ambiental que deverá ser publicizado (FINK, 1995).

Vale ressaltar que, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já havia a previsão infraconstitucional da necessidade de licenciamento ambiental, trazido pela Lei Federal nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA), na hipótese de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV). Agora,

a obrigatoriedade do licenciamento foi resguardada constitucionalmente.

Não há dúvidas de que a publicidade dos estudos de impacto ambiental é fundamental ao controle e tutela ambiental pelos cidadãos, dever explicitado na carta magna, e que isto não seria possível sem o amplo acesso a todas as informações pertinentes ao ato de licenciar, à atividade poluidora e às alternativas levadas em consideração no estudo prévio de impacto ambiental. Ainda, conforme os ditames do § 2º do art. 225 da CRFB/88, quem explorar recursos minerais ficará “obrigado a recuperar o meio ambiente degradado nos termos da solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei” (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Fato de suma relevância para a compreensão da importância garantida à participação popular é que há uma consonância entre a citada Política Nacional do Meio Ambiente, que tem como um de seus princípios a promoção da educação ambiental a fim de capacitar a comunidade “para a participação ativa na defesa do meio ambiente” (art. 2º, X), e a Constituição Federal, que igualmente mencionou a imprescindibilidade da educação ambiental (art. 225, VI).

Ainda, encontra-se entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente “o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente” (art. 9, VII), instrumento que, frisamos, é essencial para garantir o acesso à informação e, assim, permitir que o cidadão possa tutelar o meio ambiente, ao mesmo tempo fa-

zendo valer o seu direito e cumprindo o seu dever constitucional, como mencionamos anteriormente (Lei 6.938/81).

A exigência de prévio licenciamento encontra-se na Política Nacional do Meio Ambiente, no art. 10, *in verbis*:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)
§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

Note-se, novamente, que a publicização de todos os atos que concernem ao pedido, à renovação e à concessão de licenciamento devem ocorrer a fim de garantir que, tanto o Estado como o cidadão, acompanhe e fiscalize todas as etapas do processo.

Ainda, a Lei Federal nº 6.938/81 previu, em seu art. 11, que compete ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e ao CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) propor as normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento oriundo de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (Redação dada pela Lei nº 7.804/89).

Neste sentido, o CONAMA editou a Resolução nº 237/1997 a fim de efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental, nos termos da Polí-

tica Nacional do Meio Ambiente. As etapas do procedimento de licenciamento ambiental incluem, entre outras, a audiência pública, “quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente” (art. 10, V) e também a “solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios” (art. 10, VI) (SILVA; SILVEIRA, 2014).

No anexo 1 da Resolução 237/97 do CONAMA encontra-se a indicação das atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental, na qual se incluem tanto a extração e tratamento de minerais como também a pesquisa mineral com guia de utilização, como a lavra a céu aberto, inclusive de aluvião, com ou sem beneficiamento, e a lavra subterrânea com ou sem beneficiamento; a lavra garimpeira e a perfuração de poços e produção de petróleo e gás natural, entre outros.

Como se verifica da leitura do instrumento normativo editado pelo CONAMA para regular o licenciamento ambiental por exigência da Política Nacional do Meio Ambiente, a audiência pública é prevista como uma das etapas do prévio licenciamento, porém, a Resolução 237/97 não exige que a audiência ocorra em todos os casos, mas somente quando couber e nos termos da regulamentação pertinente.

No mesmo sentido (e inclusive na mesma data da Resolução 237), foi editada a Resolução 009/87 do CONAMA (referendada apenas em 1990), a qual revogou parcialmente (derrogação) a

Resolução 001/86 do mesmo órgão no que diz respeito à temática das audiências públicas.

A Resolução 001/86 prevê em seu texto que a extração de minério, inclusive os de classe II, definidas no Código de Mineração, “dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA” (art. 2º, IX), estando também em consonância com a Política Nacional do Meio Ambiental. E ainda, definia a Resolução 001/86 que:

“ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA” (art. 11, § 2).

A fase de comentários, prevista na Resolução 001/86, que poderia ou não levar a uma audiência pública, viabiliza a participação da sociedade no procedimento de licenciamento desde o início dos atos, garantindo assim a possibilidade de tutela ambiental pelos cidadãos. Tratava-se de instrumento importante, porém prévio à audiência pública e que não garantia a sua ocorrência (SILVA; SILVEIRA, 2014).

Foi apenas com a égide da Resolução 009/87 que a audiência pública deixou de estar sujeita à discricionariedade do órgão licenciador (ao cidadão garantia-se apenas a fase de comentários) e passou a ter outros legitimados para propô-la, garantindo ainda mais efetividade a esse importante instrumento de participação

cidadã. Neste sentido, dispõe o art. 2º que “sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública”. Note-se, ainda, que “no caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade” (art. 2, § 2º). Além disso, “a audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados” (art. 2, § 4º), podendo vir a se realizar de forma fragmentada se assim exigir a complexidade do tema e a localização geográfica dos solicitantes (art. 2, § 5º).

A audiência pública, nos termos da Resolução 009/87, será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), abrirá as discussões com os interessados presentes (art. 3) e ao seu final será lavrada uma ata (art. 4), devendo estar anexados a ela todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente durante a seção (parágrafo único do art. 3). Tanto a ata como seus anexos e o RIMA devem ser a base para a análise e parecer final do licenciador que poderá aprovar ou não o projeto (art. 5).

Verifica-se que a Resolução 009/87 regula de forma mais detalhada a audiência pública que a anterior Resolução 001/86 e também que a Resolução 237/97, destacando a sua importância como garantia da participação popular na fase de licenciamento de atividade efetiva ou potencialmente poluidora, como é o caso

da atividade mineradora. Cabe, ainda, à sociedade civil organizada, além do Ministério Público (MP), ou um grupo de 50 ou mais pessoas requerer sua realização quando não decretada ex officio, o que a torna praticamente obrigatória, pois, se não atendido o pleito, restará o licenciamento invalidado (SILVA; SILVEIRA, 2014).

A Resolução 009/87 ainda exige a garantia de acessibilidade do local da reunião, de oportunização da fala e de entrega de documentos aos cidadãos e sociedade civil organizada presentes. Incluiu a audiência entre os instrumentos em que se deve basear o órgão licenciador para conceder ou não a licença. Contudo, dado o caráter consultivo da audiência pública, não há que se falar em eficácia vinculatória absoluta das manifestações e críticas proferidas durante a sua realização, mas apenas na necessidade do órgão de cotejar as informações pertinentes antes de conceder ou não a licença. Trata-se de importante instância preventiva e de tutela cidadã, em que a participação popular ativa poderá mudar os rumos do parecer técnico ou, minimamente, exigirá um esforço para argumentar em sentido contrário às manifestações dos cidadãos, o que deverá ser analisado e justificado no parecer que desconsiderar a opinião dos participantes da audiência pública. Em outras palavras, o órgão licenciador deverá reexaminar todos os aspectos do empreendimento que tenham sido objeto de controvérsia, antes de emitir um parecer favorável ao licenciamento (SILVA; SILVEIRA, 2014).

Deve-se acrescentar um importante dado à análise. O Brasil, como o Estado federativo (composto pela União, Estados,

Municípios e o Distrito Federal), repartiu entre seus entes federativos a competência para licenciar, o que gerou muitos conflitos de competência e polêmicas. Por tal motivo, editou-se a Lei Complementar 140/2011, a qual foi criada para fixar normas de cooperação no que diz respeito a quem pode licenciar e quais os procedimentos aplicáveis.

Um dos objetivos fundamentais vinculados ao exercício da competência de licenciar comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios consiste na proteção, defesa e conservação do meio ambiente por meio de uma gestão descentralizada, democrática e eficiente (art. 3, I). Além disso, prevê o artigo 17 que:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o caput, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

Note-se que, nos termos do §1º do artigo 17, encontra-se outra forma do cidadão exercer o dever de tutela ambiental, qual seja: a possibilidade de representar ao órgão licenciador ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade efetiva ou potencialmente poluidora, tal qual o é a atividade mineradora. Caberá ao órgão responsável pelo licenciamento a

lavatura de auto de infração ambiental e a instauração de processo administrativo para apurar as infrações. Novamente, tem-se a importância da participação popular. A população, se devidamente informada, poderá tutelar devidamente o meio ambiente. Essa é também a teleologia da Lei Complementar 140/2011, que reforça a necessidade de criação do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA) – art. 7º.

Contudo, apesar da edição de Lei Complementar 140/2011, não existe no país um procedimento absolutamente unificado para o licenciamento ambiental, o que significa que há uma pluralidade de formas de participação a depender do ente e do órgão licenciador. As normativas são várias e não unificadas, gerando também oportunidades e garantias de participação cidadã plurais e diferentes entre si. Por exemplo, no Estado de SC foi editado o Decreto nº 2.955/2010 por meio do qual a audiência pública é sempre obrigatória para empreendimentos que exigem EIA/RIMA (Estudo prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental), ressaltando o caráter não deliberativo e não vinculativo das discussões para a tomada de decisão do órgão licenciador. Já o Estado de São Paulo previu na Constituição Estadual (art. 192, § 2º) que deverá ser dada a devida publicidade quando da aprovação do EIA/RIMA. Além de reprisar a norma constitucional nesse aspecto, a legislação paulista previu ainda, de forma explícita, a garantia da audiência pública, dando destaque a essa modalidade de publicização dos atos relativos ao licenciamento.

Se as formas de participação popular, no que diz respeito ao licenciamento ambiental, não são plenamente unificadas no Brasil, havendo diferentes regras e procedimentos no âmbito estadual e até municipal, tem-se, por outro lado, que o direito à informação mostra-se tão fundamental à participação cidadã efetiva que foi criada em 2003 a Lei Federal nº 10.650, que disciplinou o acesso às informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). De acordo com a lei, os órgãos do SISNAMA devem publicar no Diário Oficial, e em locais de fácil acesso aos interessados, listagens contendo os pedidos de licenciamento e emissão das licenças, autos de infrações e penalidades impostas, bem como os registros de apresentação de Estudos de Impacto Ambiental acompanhados de dados sobre a rejeição ou aprovação do EIA (art. 4º). A legislação prevê ainda que o acesso à informação independe de comprovação de interesse específico, sendo garantida a qualquer cidadão (art. 2º, § 1º). Neste sentido e em atendimento à recomendação da Lei 10.650/2003, foi criado o Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA), o qual integra o SINIMA, a fim de democratizar o acesso à informação, essencial à tutela ambiental pelo cidadão.

Ainda, a respeito da participação popular no âmbito ambiental, existe também o controle realizável por meio da participação nos Colegiados Ambientais. No plano nacional são 25 no total, a grande maioria com funções consultivas e deliberativas e vinculados a órgãos colegiados da Administração Pública ligados ao SISNAMA. O CONAMA é o único órgão federal, existem 26

órgãos estaduais – um para cada Estado da federação – e um órgão distrital. Estima-se que haja mais de 3.000 conselhos municipais de meio ambiente segundo dados do IBGE de 2009, sendo que cada conselho municipal permite, via de regra, que haja representantes da sociedade civil de forma plural, tanto política quanto ideologicamente considerados. Tais colegiados ambientais tem função democrática e se legitimam pela participação de representação da sociedade civil (GORDILHO; OLIVEIRA, 2015) .

No caso de atividade potencialmente poluidora que venha a afetar unidade de conservação ou a sua zona de amortecimento, é imprescindível a autorização do órgão responsável por sua administração – que pode ser estatal ou uma organização da sociedade civil –, nos termos do art. 30 c/c §3º, art. 36, da Lei Federal nº 9.985/2000. Trata-se de uma manifestação vinculativa no tocante à concessão da licença ambiental.

A participação cidadã na tutela ambiental realiza-se também pela possibilidade de iniciativa de leis complementares e ordinárias por meio de projeto de lei “subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (art. 62, § 2º, da CRFB/88), pela possibilidade de referendar leis (art. 14, II, da CRFB/88) e na hipótese de realizarem-se plebiscitos (art. 14, I, da CRFB/88). Assim, o cidadão tem a possibilidade de deflagrar processos legislativos de caráter ambiental.

Por fim, vale citar outros mecanismos legais que podem ser utilizados para o controle da atividade minerária, a saber, o direito de petição, segundo o qual se assegura a todo cidadão “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, da CRFB/88), a ação popular (art. 5, LXXIII, da CRFB/88), regulada na Lei Federal nº 4.717/65 e que legitima qualquer cidadão, com título de eleitor ou correspondente, a “pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios” (art. 1), considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1, § 1º); a ação civil pública ambiental, para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, nos termos da lei 7.347/85, art. 1º, I, cuja competência para proposição da ação cabe igualmente ao Ministério Público (art. 129, § 1º, da CRFB/88) e às associações civis que tem por finalidade a defesa do meio ambiente e que estejam constituídas há pelo menos um ano (art. 5, I e V, “a”, da lei 7.347/85), podendo ser demandadas empresas e o ente público, em conjunto ou isoladamente.

Salientamos que, a depender da legislação estadual, a outorga de água, geralmente associada a alguns tipos de exploração minerária, podem, em seus respectivos procedimentos, permitir ou exigir, com diferentes graus de vinculação, a participação popular, seja direta ou por meio da sociedade civil organizada.

Cabe referir, por fim, que o IBAMA possui um levantamento do número de audiências públicas que foram realizadas

por ano no que tange ao licenciamento ambiental, acessível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental/audiencias-publicas-por-ano>.

Não encontramos, contudo, no âmbito nacional, dados sistematizados sobre o nível de envolvimento da cidadania através de procedimentos e mecanismos de participação relacionados com as atividades de exploração e extração mineiras.

REFERÊNCIAS

FINK, Daniel Roberto. Audiência pública em matéria ambiental no Direito brasileiro. *Justitia*, n.º. 169, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo: 1995.

GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro: o caso do Conama. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 31, n. 10, p. 779-793, out. 2015. Disponível em http://dspace.xmlui/bitstream/item/20863/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1, Acesso em 19/09/2016.

SILVA, Cintia Tavares da; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta? In: *Direito ambiental II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. Florianópolis : CONPEDI, 2014.

Prof. Dr. Douglas Rocha Pinheiro

Doutor em Direito, Estado e Constituição (UnB), professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG)

Profª. Dra. Luciana Tibiriça

Graduada em Geologia pela UnB, mestre e doutoranda em Geografia (UFG), especialista em Resolução de Conflitos Socioambientais pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS) - UnB e em Gestão de Recursos Hídricos pela Escola de Engenharia da UFG. É professora do Instituto de Estudos Socioambientais (IESA) da UFG.

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho

Mestre e Doutor em Direito (UFMG), professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG)

Profª. Dra. Vilma de Fátima Machado

Doutora em Desenvolvimento Sustentável (UnB), professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, professora do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG)

34. Participação cidadã como parte da elaboração e aprovação de impacto ambiental mineral: análise de casos

Como constatado, há um conjunto de regulações consistente acerca da participação social nos processos de licenciamento

de empreendimentos de alto impacto ambiental no Brasil. Constatou-se também que existe um número considerável de momentos nesses licenciamentos, em que há oportunidade (ao menos procedimental e formal) de participação e fala, por parte da sociedade civil.

Mais ainda, constatou-se que em geral, muito provavelmente pelo alto impacto que as minerações possuem na vida daqueles que se situam nas respectivas áreas de influência, ocorre uma presença considerável de indivíduos e coletivos e organizações sociais, nos momentos em que há essa oportunidade formal de fala, como no caso das audiências públicas realizadas obrigatoriamente nos licenciamentos minerários de grande porte.

Porém, constata-se uma ausência de dados sobre o real peso dessa participação nas tomadas de decisão públicas a respeito, tanto da própria autorização para instalação e funcionamento desses empreendimentos, quanto das condicionantes socioambientais determinadas a tais atividades a cada licenciamento, bem como quanto aos juízos acerca do cumprimento e respeito a essas condicionantes por parte das empresas.

Não foram localizados materiais de pesquisa específicos sobre casos em que a ocorrência de participação social foi determinante para a definição dos contornos e modos de atuação de empreendimentos no setor minerário. Há, porém, uma série de casos em que essa participação foi intensa e gerou pressão, por vias institucionais ou não-institucionais, sobre os agentes licenciadores. Não há, porém, relatos organizados dedicados especifi-

camente a mensurar os efeitos reais de tais mobilizações sociais sobre a regulação dos empreendimentos. Cabe ressaltar que, nos casos mais conhecidos no contexto brasileiro, é intensa a participação social por meios não institucionalizados internamente nos procedimentos regulados para os licenciamentos, seja por meio de protestos nas ruas, ou por meio de mobilizações na rede mundial de computadores, seja por meio de petições e denúncias aos órgãos fiscais e judiciais.

É possível destacar exemplificativamente três cenários de mineração em a mobilização social se desenvolveu de modo intenso e igualmente conflitivo:

34.1. Mineração em Terras Indígenas e participação das comunidades nas decisões:

No livro *A Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira* (ROLLA; RICARDO, 2013, p 95-98) os autores remon- tam diversas críticas quanto à insuficiência da participação das comunidades indígenas afetadas, no licenciamento das minera- ções em suas respectivas terras. Afirma-se que a consulta prévia que se faz a essas comunidades, no início do processo de licen- ciamento, é insuficiente para viabilizar uma efetiva participação dos mesmos. As grandes questões envolvendo o licenciamento, notadamente quanto às condicionantes que se poderá impor às empresas, não são debatidas nesse momento, somente o sendo mais a frente, quando, segundo o relato contido na obra, a efetiva participação das comunidades indígenas acabou sendo muito baixa

nas experiências estudadas, havendo uma “insuficiência das consultas prévias às comunidades interessadas” tal como realizadas.

O problema se dá muito em razão de que internalização das manifestações e posicionamentos dos indígenas serem tratados como dúvidas, questionamentos ou objeções específicas junto à avaliação ambiental do empreendimento. Questionamentos esses, que se bem respondidos no procedimento seja, pelas próprias empresas, seja pela equipe técnica de avaliação do licenciamento, não geram óbice ao licenciamento. Situação diferente seria aquela de se dar o tratamento devidamente vinculante e prévio à manifestação das populações indígenas afetadas, sobre se querem ou não querem o empreendimento, como é o previsto nas normativas aplicáveis.

Cabe salientar que no caso da consulta prévia aos indígenas, para a mineração em suas terras, a mesma deveria ter caráter vinculante; deveria ser dirigida diretamente aos grupos dos indígenas e aos seus representantes (excluindo-se a FUNAI, que compõe a estrutura da administração pública indireta do Estado brasileiro) e deveria ser conduzida pelo Congresso nacional. Infelizmente, isso não é o que se vem observando nessas situações. Esses são requisitos previstos no art. 6º da Convenção 169 da OIT, contidos também na Agenda 21 da ONU, ambos documentos firmados e ratificados pelo Brasil. (FEIJO, 2015, p. 219-20).

Segundo dados apresentados pelo ISA e sintetizados por Hariessa Villas Boas (2013), existem 104 decretos minerários de lavra titulados pelo DNPM em terras indígenas e 4 116 interesses

minerários que incidem sobre 152 Terras Indígenas. Os dados apresentados na publicação estão organizados por empresa, por tipo de minério, por quantidade e extensão, e são resultado do monitoramento, organização, cruzamento e análise de dados e informações oficiais, realizados pelo ISA.

Hariessa Villas Boas ressalta que, na maioria dos casos aprovados, existe uma espécie de simulacro de atendimento aos princípios da consulta prévia e ampla participação das comunidades indígenas. Porém, em geral por procedimentos que ao final acabam por dar pouco peso à manifestação dessas populações.

Segundo a autora:

Um dos lugares de maior intensidade dos conflitos, falando-se, inclusive, na possibilidade de suicídio coletivo de comunidades indígenas se forem obrigadas a sair de suas terras, é o estado de Mato Grosso do Sul. A par dos aspectos humanos de suma gravidade, existe um ponto de fundamental importância, de ordem jurídica, que não tem sido lembrado e que torna patente a ilegalidade das pretensões dos que se dizem fazendeiros regularmente instalados nas terras indígenas. Com efeito, nas notícias relativas aos conflitos que envolvem as terras dos índios guarani kaiowá, tem sido feita discreta menção a um argumento utilizado pelos que se dizem titulares de direitos sobre as terras e também por alguns de seus advogados. Dizem eles que se tornaram proprietários por volta de 1940 mediante negociação com o governo do então estado do Mato Grosso. Mediante doações teriam obtido a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas. É possível que sejam, realmente, detentores de títulos de propriedade formalmente registrados, o que dá a aparência de regularidade. O aspecto jurídico que tem sido ignorado ou acobertado é a circunstância de que o estado do Mato Grosso não era proprietário daquelas terras, e assim não tinha o direito de dispor delas. (VILLAS BOAS, 2013)

34.2 Mobilização social e luta junto ao complexo minerário da região de Carajás:

Carajás é hoje o maior complexo minerário em atividade do Brasil. Sua história de já 35 conta muito acerca da questão da (não) participação social na mineração brasileira. Na obra *Território e Mineração em Carajás* (SILVA, 2013, p. 82-89) narra-se a trajetória da quase inexistente participação social efetiva, quando da instalação do projeto na década de 1980, à atual situação de uma participação existente, mas ainda significativamente insuficiente, notadamente em razão do histórico de coibição (muitas vezes violenta) das elites extrativas locais em relação aos líderes de movimentos sociais.

No caso da mineração na região de Carajás (que hoje envolve um complexo de empreendimentos e jazidas em diferentes cidades da região) a questão da participação social chama a atenção pela dificuldade histórica dos movimentos sociais na região, seja em relação a relatos de descaso dos agentes públicos, seja em relação aos relatos de da insegurança narrada pelos resistentes, em razão de casos violência por parte de setores sociais pró-mineração atuantes na região²⁵⁹. Sobre tal questão, a narrativa desenvolvida na pesquisa de Marcelo Domingos Carneiro (e outros, 2010, p. 65-74) traz depoimentos sobre a atuação da Companhia Vale S.A em novos empreendimentos na região, com alto impacto

259 Um relato mais detalhado pode ser acessado no capítulo “Lutas e resistência na região de Carajás”, junto ao livro *Carajás: 30 anos de desenvolvimento frustrado* (COELHO, 2014, p. 38-42).

na comunidade e baixa participação das mesmas nas tomadas de decisão. Para os autores da pesquisa:

As licenças ambientais para essa obra estão sendo concedidas pelo Ibama de forma fragmentada, como um artifício para enquadrar a obra na Resolução Conama 349/2004 e livrar a companhia Vale S.A. da obrigação de obter licenças prévias, elaborar EIA/Rima e participar de audiências públicas.

Vale destacar a narrativa de resistência ali verificada:

Exemplo de resistência significativa é o das populações quilombolas de Santa Rosa dos Pretos e de Monge Belo, no município de Itapecuru-Mirim/MA. A ferrovia de Carajás atravessa seus territórios e a Vale S.A., que possui a concessão da estrada de ferro, está querendo duplicá-la tentando conseguir do Ibama licenças ambientais com rapidez e sem o devido respeito às normas legais, ao mesmo tempo em que está obstaculizando por meio de recursos apresentados ao Incra o processo de titulação de seus territórios, bloqueando-lhes um direito que lhes é constitucionalmente garantido.

Tais comunidades quilombolas têm mostrado um nível de organização e de esclarecimento que tem se sobreposto às tentativas da empresa de “seduzi-las” ou fragmentar as negociações²⁵: “Tirem as mãos de nossa terra!” É o lema dessas populações (CARNEIRO, e outros, 2010, p. 71)

34.3 Demagogia e simulacro empresarial contra novos movimentos social no Empreendimento Minas-Rio:

O empreendimento Minas-Rio, inicialmente pertencente à empresa MMX, depois adquirida pelo grupo Anglo American, possui sua jazida principal no município de Conceição do Mato Dentro, localizado em relevante área de proteção ambiental na região centro-norte de Minas Gerais. O caráter inovador do empre-

endimento está na logística de transporte do minério, por minero-
duto que passa por outros 27 municípios até escoar a produção em
um porto marítimo também desenvolvido para o empreendimento,
na região norte do estado do Rio de Janeiro.

O licenciamento ambiental dessa atividade minerária
teve início no ano de 2006 e desde os primeiros meses contou
com uma forte, porém conturbada, mobilização social. O empre-
endimento gerou a articulação de grupos locais pró e contra a
mineração, bem como provocou a participação de outros coletivos
e organizações sociais situados em diferentes regiões do Estado
de Minas Gerais. As diversas audiências públicas realizadas no
licenciamento do empreendimento reuniam cada qual centenas (e
em algumas delas, milhares) de interessados, com debates, mani-
festações e discursos, tanto de crítica, quanto de apoio, que mui-
tas vezes faziam as sessões alcançarem a madrugada.

A característica que chama atenção no empreendimento
Minas-Rio é que desde o primeiro momento desse empreendi-
mento a própria empresa mineradora se preocupou em induzir
uma certa mobilização social na tentativa de canalizar favoravel-
mente à mineradora as manifestações.

Nesse processo, a empresa assumiu na fase prévia do
licenciamento, uma série de compromissos com a comunidade,
muitos deles formalizados em Convênios, Protocolos de Inten-
ções e Termos de Compromissos. Porém, após a venda (que já era
planejada) do empreendimento e a obtenção da licença prévia, a

empresa adotou uma postura furtiva em relação ao cumprimento dos compromissos feitos.

Hoje em dia, o empreendimento já se encontra em operação, com um histórico de grandes resistências sociais e muita polêmica sobre seu *modos operandi* e sobre a sensação de não cumprimento das promessas e compromissos feitos pela mineradora para realizar uma mineração que se vendia como um caso que seria exemplo de sustentabilidade ambiental e social para a experiência brasileira (cf. PEREIRA; BECKER; WILDHAGEN, 2013, p. 132-145)

Dos três casos apresentados, podemos concluir que existem experiências de participação, luta e reivindicação social no contexto das atividades minerárias. Mas alguns dos principais casos brasileiros denotam uma grande dificuldade da sociedade civil organizada em fazer valer participação e os posicionamentos da sociedade nos processos de licenciamento e regulação de empreendimentos minerários no Brasil.

Três impressões preliminares podem ser propostas para a devida problematização:

Primeiro: o interesse e a presença de sujeitos, coletivos e organizações sociais nos licenciamentos de minerações é intensa e isso se deve ao alto impacto na vida daqueles que estão nas áreas de influência direta e indireta do empreendimento.

Segundo: essa participação se dá tanto pelos canais e instrumentos institucionais e regulamentares de participação, quanto por vias não oficiais ou alternativas àquelas reguladas nos proce-

dimentos licitatórios (como protestos, mobilizações na internet, etc), como relevante grau de intensidade em ambos os casos.

Terceiro: o volume de presença, mobilização e manifestação social nas questões minerárias não é de nenhum modo proporcional à real capacidade vinculativa dessa participação em relação as decisões públicas que são adotadas nos licenciamentos; e como hipótese de explicação dessa impressão preliminar tem-se que parte dessa desproporção entre a mobilização social e o poder efetivo vinculatório dessa participação diz respeito a estratégias de simulacro em relação à internalização nas decisões das reivindicações apresentadas.

35. Vinculação da participação popular para a construção dos empreendimentos de mineração na área urbana

A mineração provoca uma série de efeitos não esperados sobre aqueles que não participaram efetivamente da decisão do empreendimento. Tais consequências, chamadas externalidades pela economia, geram uma maior preocupação quando seu resultado é negativo. Tais externalidades, tais como alterações ambientais, conflitos de uso do solo, depreciação de imóveis circunvizinhos, geração de áreas degradadas e transtornos ao tráfego rural/urbano, surgem já na implantação do empreendimento, pois normalmente o empreendedor não se informa sobre as expectativas, os anseios e as preocupações da comunidade que vive nos arredores da empresa de mineração (PONTES, 2013, p. 28).

Em empreendimentos de grande porte desenvolvidos perto de centros urbanos, as externalidades negativas mais evidentes são degradação da paisagem, impactos sobre a fauna e a flora, impactos sobre o solo, ruídos e vibração, tráfego de veículos, poeira e gases, contaminação das águas (VASCONCELOS et al., 2013); acrescenta-se ainda os impactos à saúde da população. Por esse motivo as políticas públicas são fundamentais na busca de uma relação mais equilibrada entre a intervenção humana e o meio ambiente.

No caso da legislação ambiental, Flores (2006) *apud* Fernandes, Alamino e Araújo (2014), ressalta que a partir da década de 1970, com a multiplicação de acidentes ambientais e a maior consciência de que a capacidade de recuperação do meio ambiente estava seriamente comprometida, começou a haver maior preocupação com o efeito das atividades produtivas sobre o meio natural. Nessa época, a legislação ambiental e as barreiras comerciais a produtos potencialmente poluidores não eram exigentes, o que levava a maioria das empresas a não se preocupar de forma efetiva com seus processos produtivos, até porque conseguiam vender sua produção nos mercados externo e interno sem maiores problemas.

A partir do final da década de 1970, o movimento ambientalista ganha força e consegue inserir legislações ambientais que restrinjam ações empresariais danosas ao ambiente e à sociedade em diversos países.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), segundo FIDH (2011), é exigido para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiental e objetiva avaliar as proporções das alterações que determinado empreendimento pode ocasionar ao meio ambiente. Os autores lembram que, conforme previsto na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6938/ 1981) como um requisito para o licenciamento, visa também a necessidade de publicização do EIA, a participação popular no procedimento do estudo ambiental é uma exigência de natureza constitucional. Outra determinação jurídica é encontrada na Resolução CONAMA nº 001/1986, que determina que os estudos devem ser feitos previamente ao licenciamento de maneira a prevenir consequências danosas sobre o ambiente.

O documento produzido pela FIDH (2011) reitera que a legislação ambiental brasileira estabelece a obrigatoriedade da realização do EIA, determinando ainda o direito à informação de todo o processo de licenciamento ambiental, em todas as suas fases. E é neste quesito que os procedimentos dos órgãos ambientais, em todas as esferas mostram-se debilitados. Como exemplo, cita-se o relato da publicação supracitada:

“... Não foi possível obter junto à Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Maranhão (SEMA), as cópias de tais documentos. Em 12 de julho de 2010, Justiça Global e Rede Justiça nos Trilhos apresentaram solicitação junto à SEMA de vistas e extração de cópias de documentos dos processos de licenciamento ambiental referentes às operações desenvolvidas pelas cinco empresas siderúrgicas/guseiras no município de Açailândia: Gusa Nordeste S.A.; FERGUMAR – Ferro Gusa do Maranhão; Siderúrgica do

Maranhão S.A. (Simasa); Companhia Siderurgica Vale do Pindaré; Viena Siderúrgica do Maranhão S.A. Solicitaram ainda expressamente a obtenção de cópias dos EIA-RI-MA, Relatório e Plano de Controle Ambiental (RCA/PCA), eventuais relatórios de automonitoramento da emissão de poluentes e outros documentos relevantes, com base no artigo 25 da Lei Estadual n.º. 5405 (Código de Proteção do Meio Ambiente) e no artigo 225, inciso IV da Constituição Federal de 1988. Entretanto, até a presente data, as organizações não tiveram acesso aos processos e documentos. Ressalte-se que o pedido formulado à SEMA foi recebido pelo próprio secretário adjunto Antônio Moyses Netto em reunião com representantes da Justiça Global e Rede Justiça nos Trilhos, no dia 12 de julho de 2010. Somente parte das licenças de operação foi obtida junto à promotoria do Meio Ambiente do Ministério Público do estado do Maranhão (MP/MA).¹⁹⁶ Justiça Global e Rede Justiça nos Trilhos apresentaram denúncia ao Ministério Público sobre a impossibilidade de obter documentos públicos junto aos órgãos competentes. (FIDH, 2011).

No caso da Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), suas diretrizes (art. 2º) e em seus diversos instrumentos (art. 4º) regularizam, organizam, resguardam e harmonizam a relação do homem no espaço urbano, ressalvando todas as outras questões afins: meio ambiente, saúde, educação, boa qualidade de vida e etc.

Art. 4o da Lei 10.257/2001 - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

§ 1o Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 3o Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a

participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

Dentre todos os instrumentos contidos no Estatuto das Cidades, destaca-se o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) que é um documento que apresenta o conjunto dos estudos e informações técnicas relativas à identificação, avaliação, prevenção, mitigação e compensação dos impactos na vizinhança de um empreendimento ou atividade, de forma a permitir a análise das diferenças entre as condições que existiriam com a implantação deste e as que existiriam sem tal ação (CHAMIÉ, 2010 *apud* PONTES, 2013, p.18).

Convém destacar a semelhança do Estudo de Impacto de Vizinhança ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA) no que diz respeito à avaliação de impactos físicos. Porém, conforme Moreira (1997 *apud* PONTES, 2013, p.19), esses divergem quanto aos objetivos. O EIV é um instrumento de mobilização popular e um mecanismo de controle social sobre o desenvolvimento urbano. Além disso, é um instrumento eficaz e permite o controle dos impactos ao meio urbano, ao desenvolvimento econômico e à coletividade (PONTES, 2013, p. 20).

Desse modo, o objetivo do Estudo de Impacto de Vizinhança é tornar mais inclusivo e democrático o processo de tomada de decisões sobre os grandes empreendimentos a serem realizados na cidade, garantindo direito de voz aos cidadãos e comunidades que estejam expostos aos impactos dos grandes empreendimentos. Dessa maneira, consagra o Direito de Vizinhança

como parte integrante da política urbana, condicionando o direito de propriedade (ROLNIK, p. 194, 2001).

Portanto, o EIV é uma das formas de cumprir o Artigo 2º do Estatuto da Cidade. Afinal, tal artigo prescreve que, dentre as diretrizes de Política Urbana, a gestão democrática e a audiência do Município e da população interessada nos processos de licenciamento são fundamentais, o que só reforça o papel de que o planejamento se faça de modo plural e democrático:

Lei n. 10.257/2001 (Estatuto das Cidades)

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

Márcio Cammarosano (apud Valési, 2014, p. 173) comentando sobre as diretrizes destaca:

Não será possível um Administrador Público, ou o Presidente da Câmara de Vereadores, argumentar ser desnecessária ou ineficaz a utilização dos instrumentos de gestão democrática das cidades, considerados diretriz da política urbana pelo artigo 2º, II do Estatuto da Cidade. O planejamento urbano, sobretudo a edição do Plano Diretor, não poderá mais ser realizado de forma tecnocrática, em gabinetes, pois a noção de planejamento participativo pressupõe a atuação e oitiva de todos os membros da cidade na escolha do espaço urbano que efetivamente desejem

viver. Até porque tanto a jurisprudência quanto o Estatuto da Cidade previram sanções para os agentes públicos violadores das regras de planejamento urbano democrático.

O planejamento urbanístico democrático busca realizar-se com base no consentimento popular. Entende que o povo deverá participar, a fim de que seja legítimo. Concepção bem sintetizada por Lubomir Ficinski (apud SILVA, p. 108, 2012) nos termos seguintes:

O novo tipo de planejamento – uma nova fase – será de conteúdo humano e democrático. É um completo engano pensar que a democracia atrapalha o planejamento, mesmo porque, se esta antinomia fosse verdadeira, seria correto eliminar, imediatamente, o planejamento. Ao contrário, o planejamento é uma forma de organizar a Democracia e de exprimi-la. O que devemos dizer de forma clara e tranquila é que este tipo de planejamento toma o partido da maioria da população da cidade e a defende – aliás, por isso ele é democrático (...). Acrescenta depois que é preciso estar ouvindo constantemente as gentes, para determinar o que elas querem e o que sentem. E conclui que a democracia no planejamento apresenta uma vantagem inigualável: ao mesmo tempo em que o progresso é menos rápido, é um pouco mais lento, permite também que os erros cometidos sejam menos duradouros, e que outro resultado, nunca negligenciável no planejamento democrático, é que a discussão pública gera o apoio público.

Assim, o Estatuto das Cidades, tendo em vista sua política de democratização do planejamento local, incluiu o Estudo de Impactos de Vizinhança como instrumento de gestão urbana especificamente nos seus Artigos 36 a 38, que estabelecem:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de

construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I – adensamento populacional;

II – equipamentos urbanos e comunitários;

III – uso e ocupação do solo;

IV – valorização imobiliária;

V – geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI – ventilação e iluminação;

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

Antes de aprofundar na questão da vinculação da participação popular, um ponto a ser superado é se a atividade mineradora exige o EIV. Assim, pondera observar, conforme afirma o art. 36 do Estatuto da Cidade, os critérios estabelecidos na lei municipal que definirão quais os empreendimentos que dependerão de um estudo prévio de impacto de vizinhança como condição para sua aprovação.

A título exemplificativo, no âmbito do Município de Goiânia tais critérios são definidos pela Lei n. 8.646, de 23 de julho de 2008, que dispõe sobre o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV e respectivo Relatório de Impacto de Vizinhança – RIV, de que trata o art. 94 e seus respectivos incisos I, II e III e os artigos 95, 96

e 97, da Lei Complementar nº. 171, de 29 de maio de 2007 (Plano Diretor de Goiânia).

Art. 2º Estão obrigados a apresentar o EIV - RIV, os seguintes empreendimentos:

I - Centro de abastecimento, mercado, supermercado e hipermercado com área efetivamente ocupada superior a 2.000m² (dois mil metros quadrados);

II - Os empreendimentos não residenciais com área efetivamente ocupada superior a 5.000m² (cinco mil metros quadrados), excetuando-se a área construída destinada a estacionamento de veículos, barrilete e caixa d'água;

III - Os estabelecimentos de ensino, com área superior a 2.000m² (dois mil metros quadrados) e ou acima de 600 (seiscentos) alunos por turno ou período;

IV - Terminal de Carga ou de passageiros superior a 1.000m²;

V - Estações Férreas ou de Metrô;

VI - Os empreendimentos previstos nas Leis n.º 171/2007 (Plano Diretor de Goiânia) e 8.617/2008 (Código de Obras de Goiânia), geradores de impacto tráfego;

§ 1º Ficam dispensados da apresentação do EIV/RIV os projetos aprovados ou modificativos de empreendimentos, cujas obras já tenham sido autorizadas antes da vigência desta Lei, ou as reformas cujo acréscimo não atinja nenhum dos índices estabelecidos nesta Lei.

§ 2º Exige-se a apresentação do EIV/RIV dos empreendimentos que, com reformas e/ou acréscimos, alcançar a qualquer dos índices estabelecidos nesta Lei.

Ainda que fosse possível incluir empreendimento mine-ratórios no art. 2º, inciso II, haja vista envolverem vasta área, tal lei não lhes faz uma referência expressa. Desse modo, é necessário recorrer ao artigo 94 do Plano Diretor de Goiânia bem como à Lei n. 8.617/08 (Código de Obras) e ao Decreto n. 734/2012.

Tal decreto, que elenca as atividades geradoras de grau de incomodidade no Município e suas respectivas classificações,

alterou alguns graus de incomodidade e inseriu novas atividades e seus respectivos graus de incomodidade²⁶⁰ à listagem já constante no Anexo II da Lei n. 8.617/08. O Anexo II traz também se a atividade é ou não um potencial empreendimento de impacto²⁶¹.

Assim, no Município de Goiânia a atividade de mineração, a depender do tipo de metal, sofre variações no grau de incomodidade – todos, porém, são considerados Empreendimento de Impacto.

Plano diretor de Goiânia/GO

Art. 95. A liberação para instalação das atividades geradoras de alto grau de incomodidade urbana, em macro-projetos ou não, será condicionada à elaboração preliminar de instrumentos técnicos, tais como:

I -Estudos de Impacto Ambiental e respectivo Relatório do Meio Ambiente - EIA/RIMA; Plano de Gestão Ambiental - PGA; Plano de Controle Ambiental-PCA, nos termos da legislação ambiental federal, estadual ou municipal em vigor;

II- Estudo de Impacto de Vizinhança-EIV;

III – Estudo do Impacto de Trânsito.

Desse modo é indubitável a necessidade do EIV para um empreendimento de mineração em Goiânia. Para outros Municí-

260 Remete ao quanto, numa classificação de 1 a 5, determinada atividade influencia o território, constante no artigo 101 do Plano Diretor de Goiânia/2007. É considerado alto grau de incomodidade quando atividade é classificada com grau 5.

261 Empreendimentos e atividades de impacto, são os macro-projetos, não residenciais, públicos ou privados, que, quando implantados, venham a sobrecarregar a infra-estrutura urbana ou, ainda, de repercussão ambiental significativa, provocando alterações nos padrões funcionais e urbanísticos ou ao espaço natural circundante. Estão expressos no artigo 94 do Plano Diretor de Goiânia.

pios a afirmativa deve perpassar por estudos legislativos municipais aprofundados.

Superada tal questão e as primeiras explicações introdutórias do tema, passa-se, agora, à inquirição central, qual seja: a vinculação ou não da participação popular para a construção dos empreendimentos de mineração na área urbana.

Tendo em vista que para concretização dessas construções é obrigatório o EIV, e salientando, conforme afirmado anteriormente, o caráter de implementador da maior participação da coletividade no planejamento urbano desse documento, então, sabe-se que a participação popular é obrigatória para a construção de tais empreendimentos.

A participação popular no Estatuto das Cidades ocorre via debates, audiências e consultas públicas, previstos em seu Artigo 43, inciso II, sendo essas garantidoras da gestão democrática das cidades.

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Diante da competência legislativa concorrente sobre o tema, inclusive a do município para as questões locais de seu interesse, e do princípio do planejamento urbanístico democrático,

deve se considerar a imperatividade e vinculatividade do EIV, instrumento que legitima a participação da sociedade nos processos de intervenção ambiental-urbana.

A título exemplificativo, retornando a legislação municipal de Goiânia que trata propriamente do EIV, mesmo que a elaboração do documento esteja a cargo do empreendedor (cf. art. 13 da Lei nº 8646, de 23 de julho de 2008), cabe ao Órgão Municipal de Planejamento definir as regras sobre a realização da audiência pública, como estabelece o artigo 18 da mesma Lei.

Art. 18. Ao Órgão Municipal de Planejamento caberá definir as regras sobre a realização da audiência pública, observando-se os interesses e os interessados envolvidos garantindo-se no mínimo:

I - VETADO

II - quorum mínimo de 20 pessoas.

III - convite direto à associação de moradores, às escolas, às instituições religiosas toda área de influência direta.

Por meio do Artigo 18 da Lei nº 8646/2008, fica evidente que em Goiânia há vinculação expressa da população ao EIV, que se concretiza na obrigatoriedade da realização da audiência pública durante a elaboração do EIV. Assim, somente se concede a licença de construção se houver EIV (art. 95 do Plano Diretor) que, por sua vez, só é concretizado se houver a audiência pública – indicando a vinculatividade à manifestação da população para a construção de empreendimentos, dentre os quais, de mineração, em Goiânia/GO.

Pondera-se que para os outros Municípios deve haver pesquisa especializada.

36. Estudos sobre a percepção da população na efetividade dos procedimentos existentes

A forma de quantificar o papel da população ou da consulta popular prévia as atividades das impressas de mineração foi feita através da existência ou não o EIV, já que esse é o instrumento de participação popular responsável pela autorização da construção do empreendimento.

Considerando a base de dados Scielo e como termos de busca “Estudo de Impacto de Vizinhança” e “Mineração”, obteve-se como resposta:

1. Estudo de Impacto de Vizinhança -> 6 resultados, sendo 1 relacionado efetivamente ao EIV e nenhum resultado para impacto de vizinhança na mineração.

2. Mineração -> 510 resultados. Refinando a busca para mineração e população tem-se 37 resultados. Desse último resultado, têm como relevantes para essa pergunta os seguintes artigos:

1. RIBEIRO, José Teodorico de Melo; FERREIRA, Gilda Carneiro. Mineração subterrânea de carvão X comunidade no seu entorno: um exemplo de Santa Catarina. Rem: Rev. Esc. Minas [online]. 2007, vol.60, n.3, pp.459-464: Historicamente a convivência entre a mineração e a população sempre foi problemática, com prejuízos enormes para esta última, que, por problemas da falta de moradia, tem de conviver com a degradação do meio ambiente ao seu redor, como a poluição através da poeira, ruído e

vibração. Esse trabalho, com dados coletados na mina subterrânea de carvão Trevo, na região carbonífera de Santa Catarina, coloca em evidência a necessidade da integração Empresa x Comunidade, no sentido da melhoria das técnicas de mineração e do meio ambiente, visando a uma convivência pacífica e tendo como um dos seus principais resultados alertar e despertar a consciência da Empresa ante aos reclamos da comunidade, demonstrando-se com dados, o perigo decorrente do planejamento de uma lavra sem levar em conta as habitações em superfície (Relação da população e sua convivência com a mineração na Mina de carvão Trevo).

2. FREIRE, Lúcia Maria de Barros; PRESCHOLDT, Soraya Gama de Ataíde. Desenvolvimento às avessas e depredação socioambiental por uma mineradora. *Serv. Soc. Soc.* [online]. 2015, n.123, pp.476-500: Este artigo estuda a relação entre a insustentabilidade do padrão de desenvolvimento permitido pelo Brasil a uma empresa de mineração multinacional, associado à ideologia neoliberal, que resulta na agressão aos direitos sociais e ambientais, verificados com 70,54% de seus trabalhadores locais, com impactos na própria saúde, na da população à qual pertencem e do meio ambiente. Essa realidade é ocultada pela submissão de uma gestão ambiental pública alienada. (Remete à população, ainda que de forma não muito aprofundada, quando estabelece a interação da depredação ambiental por mineradoras);

3. RUIZ, Mauro Silva; CORREA, Rosany; GALLARDO, Amarilis Lucia Casteli Figueiredo; SINTONI, Ayrton. Abordagens de conflitos socioambientais em casos de subsidência de

minas de carvão no Brasil e EUA. *Ambient. soc.* [online]. 2014, vol.17, n.2, pp.129-156: Este trabalho analisa os conflitos socioambientais relacionados aos impactos de minas subterrâneas de carvão em Santa Catarina, Brasil, e Illinois, EUA, visando identificar “lições apreendidas” por participantes do processo de implantação de regulamentações de subsidência naquele estado americano que possam ser relevantes para a gestão ambiental em áreas impactadas por este fenômeno no Brasil. (Não trata do EIV, mas aborda, mesmo que de modo superficial, a relação estabelecida entre a população e as minas de carvão);

4. GONZALEZ, Ximena; MELO, Diego. Historizar el lugar para resistir el desplazamiento por minería de carbón: una aproximación teórica al caso de la comunidad de Boquerón en el Cesar. *Mem. Soc.*, Bogotá, v. 19, n. 39, p. 107-126, dez. 2015: A mineração de carvão em grande escala na zona centro de Cesar desembocou na degradação ambiental dos recursos que sustentam a vida e o desarranjo de algumas das mais emblemáticas práticas culturais da comunidade de Boquerón, população em processo de deslocamento forçoso desde 2010 devido à contaminação atmosférica na zona. Este artigo é uma reconstrução teórica do caso que 1) apresenta Boquerón como um local mediante a historização do relacionamento mutuamente constitutivo entre ecossistemas naturais e práticas produtivas, as festividades e as crenças da comunidade; 2) estabelece como foi que regime de posse e uso da terra durante a segunda metade do século xx permitiram a desterritorialização de Boquerón mediante o deterioro progressivo

dos ecossistemas que forneciam sustento à comunidade; 3) desenvolve algumas diretrizes para motivar os setores acadêmicos nacionais para contribuírem ao estabelecimento de uma metodologia crítica e multidimensional sobre os impactos produzidos pela mineração em grande escala. Ao realizar uma aproximação teórica do caso de Boquerón argumentamos que a historização dos locais construídos pelas comunidades locais é estratégia fundamental para resistir os fenômenos de espoliação e deslocamento forçoso intrínsecos ao extrativismo na Colômbia (Aborda as consequências ambientais da mineração a população local de Boquerón).

5.MUNOZ-VALLEJO, Luisa Fernanda; GARCIA-ARDILLA, Luisa Fernanda; RODRIGUEZ-GAZQUEZ, María de los Ángeles. Percepción sobre daños a la salud y utilidad de medidas de protección de personas expuestas ocupacionalmente al mercurio en la minería del oro. *Rev. Lasallista Investig.*, Caldas , v. 9, n. 1, p. 53-61, Jan. 2012: Desde a colônia, o município de Segovia teve à mineração do ouro como atividade econômica principal. A exploração artesanal deste metal teve impacto na saúde da população. Objetivo: descrever a percepção sobre danos à saúde e medidas de proteção das pessoas com exposição ocupacional a vapores de mercúrio na atividade mineira do ouro, no município de Segovia (Colômbia) em 2011. Materiais e métodos. Estudo descritivo de corte transversal, numa mostra de 56 pessoas expostas ocupacionalmente a vapores de mercúrio em Segovia em 2011. Aplicou-se um questionário com variáveis sócio-demográficas e de percepção sobre danos à saúde e utilidade das medidas de proteção para a

redução da exposição ocupacional a vapores de mercúrio. Resultados. Um 96.4% dos participantes percebem que o mercúrio é prejudicial para a saúde. O 16.1% dos participantes manifestou ter conferido a uma unidade de saúde alguma vez na vida por problemas de saúde relacionados com a exposição trabalhista. Encontrou-se correlação significativa entre o uso de equipes de segurança e a percepção de que estes implementos brindavam proteção. Conclusão. O grupo de estudo tem algumas percepções incorretas sobre medidas de proteção, o que poderia estar relacionado com a alta proporção de problemas de saúde associados à mesma exposição (Estudo de caso relacionado às consequências a saúde humana ocasionadas pela mineração no município de Segovia).

FIDH, Justiça Global, Justiça nos Trilhos – Quanto Valem os direitos humanos? Nº 563. Maio 2011. Enfoca a descrição e análise dos impactos e danos existentes e ocasionados pelas atividades da cadeia minero-siderúrgica no município de Açailândia, no Estado do Maranhão, Brasil, em particular aos habitantes do bairro Piquiá de Baixo e do Assentamento rural Califórnia. O trabalho foi realizado conjuntamente pelas organizações Justiça Global (organização membro da FIDH), Rede Justiça nos Trilhos com o apoio da Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH), este relatório utiliza uma metodologia de avaliação de impactos em direitos humanos ocasionados por projetos de investimento⁸, tomando como marco referencial os direitos humanos e fundando-se num processo centrado na participação das comunidades afetadas. Dentre as conclusões estão problemas de saúde gerados

pela emissão de poluentes por parte das empresas siderúrgicas e das carvoarias; o dano contínuo aos recursos hídricos junto com o sistema de limpeza urbana extremamente precária teve impacto sobre as condições de vida dos habitantes, assim como sobre suas plantações, afetando seus modos de vida e aumentando a precariedade e a pobreza das comunidades afetadas, em violação ao direito de toda pessoa a um nível de vida adequado; as dificuldades em aceder à informação, irregularidades nos processos de aprovação dos estudos de impacto ambiental e ataques sobre a honra, a reputação e a liberdade de expressão dos atores sociais a favor das comunidades afetadas; os pedidos judiciais apresentados pelas comunidades e que ficaram suspensos o sem seguimento e a ausência de medidas de reparação e garantias de não repetição adequada demonstram uma violação ao direito a um devido processo e recurso efetivo.

FERNANDES, Francisco Rego Chaves; ALAMINO, Renata de Carvalho Jimenez; ARAUJO, Eliane (Eds.). Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos - Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014. 392p. Dividido em verbetes, este documento é uma compilação de 105 estudos de caso ligados à mineração nas cinco regiões do país, visando dar visibilidade aos impactos de diversas naturezas — humanos, socioambientais, econômicos — gerados pela atividade mineral nas comunidades locais ao longo de todo território nacional. A análise semiquantitativa dos verbetes foi realizada de forma que todos pudessem ser classificados de acordo com critérios preestabeleci-

dos, tais como: fase, tipo, tempo de funcionamento e abrangência do empreendimento; população envolvida; número de habitantes do município-sede; impactos socioeconômicos; impactos ambientais; problemas de contaminação; e interferência do Ministério Público.

No âmbito geral, esses artigos trazem os reflexos da mineração na população e no meio ambiente/urbano, baseando-se, inclusive em estudos de caso. Porém, não tratam especificamente do papel da participação popular ou da consulta popular prévia ou simultânea relacionada a atividade mineradora.

Considerando o banco de teses da Universidade de São Paulo (USP), e valendo-se dos termos de busca “Estudo de Impacto de Vizinhança” e “Mineração”, obteve-se tal resultado

1. Estudo de Impacto de Vizinhança -> Aproximadamente 33.000 resultados, dentre os quais, feito o refinamento da pesquisa para “Estudo de Impacto de Vizinhança” e “Mineração” aparecem aproximadamente 3.600 resultados. Assim há 3.600 resultados relacionando a atividade mineradora à participação popular (EIV).

Ainda assim, muitos de tais resultados não tratam da mineração como objeto central de estudo, mas sim de hidrelétricas, construção civil, estudo geológico, melhoria das técnicas de mineração e do meio ambiente ou tratam dos impactos da mineração nas vizinhanças do empreendimento. Desse modo, usando uma amostragem dos primeiros itens do banco de dados relacionados

realmente ao tema mineração e EIV, observou-se certas abordagens mais comuns:

1- o sistema de licenciamento ambiental, incluindo o EIV na mineração, sendo que o instituto é citado como um dos procedimentos necessários para a liberação da construção;

2- estudo de caso de empreendimentos de mineração. Exemplos: Mineração de carvão na bacia carbonífera de Moatize, Mineradora Plumbum do Brasil S.A, Quadrilátero Ferrífero e outros, tendo o EIV como um dos institutos usados durante o procedimento e

3- estudos sobre impacto ambiental e social em regiões que tem mineradoras, mencionando o EIV como mediador da relação população X Estado X Empresa (análise jurídica).

Alguns trabalhos que podem ser elencados:

1. DIAS, Elvira Gabriela Ciacco da Silva. Avaliação de impacto ambiental de projetos de mineração no Estado de São Paulo: a etapa de acompanhamento. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2016.

2. PRADO FILHO, José Francisco do. O processo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) de projetos e empreendimentos minerais como um instrumento de gestão ambiental: estudo de casos no Quadrilátero Ferrífero (MG). Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2001.

3. OLIVEIRA JÚNIOR, José Baptista de. Desativação de empreendimentos mineiros: estratégias para diminuir o passivo ambiental. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Mineral (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2013.

De todo modo, os trabalhos não rastreiam de maneira direta a efetividade da oitiva e do controle social nos projetos estudados, fazendo-o de modo tangencial – o que mais uma vez justifica um projeto de investigação mais vertical.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Marcelo Sampaio (e outros). Reféns da riqueza de nossas terras: o impacto da mineração sobre as comunidades. Revista Conflitos no Campo, 2010, p. 65-74, Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Bossi-2010-Ref%C3%A9ns-da-riqueza-de-nossa-terra.pdf>, acessado em 05 de setembro de 2016.

COELHO, Tadzio Peters. Carajás: 30 anos de desenvolvimento frustrado. São Paulo: Ibase, 2014. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Coelho-2014-Projeto-Grande-Caraj%C3%A1s.pdf>, acessado em 05 de setembro de 2016.

DIAS, Elvira Gabriela Ciacco da Silva. **Avaliação de impacto ambiental de projetos de mineração no Estado de São Paulo: a etapa de acompanhamento.** Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2016.

ESTATUTO DA CIDADE: **Guia para implementação pelos municípios e cidadãos.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações Raquel Rolnik, 2001. Disponível em < planodiretor.saolourenco.sc.gov.br/leis/Estatuto%20das%20Cidades.pdf >. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

FEIJO, Julianne Holder da Câmara Silva. A Constitucionalidade da Mineração em Terras Indígenas. In: Direito Econômico e da Energia. Belo Horizonte: Conpedi/UFGM/DHM, 2015, p. 203-227. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/>

p269z1kb/T12jo319iNYDHiVj.pdf, acessado em 05 de setembro de 2016.

FERNANDES, Francisco Rego Chaves; ALAMINO, Renata de Carvalho Jimenez; ARAUJO, Eliane (Eds.). **Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos** - Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2014. 392p. Disponível em <<https://issuu.com/pesquisa-unificada/docs/recursos-minerais-e-comunidade-imp>> Acesso em 12/12/2016.

FIDH, Justiça Global, Justiça nos Trilhos – **Quanto Valem os direitos humanos?** Nº 563. Maio 2011. Disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relatorio-Brasil-Quanto-Valem-os-Dieriros-Humanos..-Os-impactos-sodre-os-direitos-humanos-relacion--dos----ind--stria-da-minera----o-e-da-sider--rgica-em-A--ail--ndia.2011..2011.pdf>> Acesso em 12/12/2016.

FREIRE, Lúcia Maria de Barros; PRESCHOLDT, Soraya Gama de Ataíde. Desenvolvimento às avessas e depredação socioambiental por uma mineradora. **Serv. Soc. Soc.** [online]. 2015, n.123, pp.476-500.

GOIANIA. **Decreto n. 734 de 28/03/2012**. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=240346>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

GONZALEZ, Ximena; MELO, Diego. Historizar el lugar para resistir el desplazamiento por minería de carbón: una aproximación teórica al caso de la comunidad de Boquerón en el Cesar. **Mem. Soc.**, Bogotá, v. 19, n. 39, p. 107-126, dez. 2015.

MUNOZ-VALLEJO, Luisa Fernanda; GARCIA-ARDILA, Luisa Fernanda; RODRIGUEZ-GAZQUEZ, María de los Ángeles.

Percepción sobre daños a la salud y utilidad de medidas de protección de personas expuestas ocupacionalmente al mercurio en la minería del oro. *Rev. Lasallista Investig.*, Caldas , v. 9, n. 1, p. 53-61, Jan. 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Baptista de. **Desativação de empreendimentos mineiros: estratégias para diminuir o passivo ambiental**. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Mineral (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2013.

PEREIRA, Denize; BECKER, Luisa; WILDHAGEN, Raquel. Comunidades atingidas por mineração e violação de direitos humanos: cenários em Conceição do Mato Dentro. *Revista Ética e Filosofia Política – Nº 16 – Volume 1 – junho de 2013*. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_pereira.pdf, acessado em 30 de agosto de 2016.

PONTES, Julio Cesar de. **Impactos de Vizinhança proporcionados pelo desmonte de rocha com uso de explosivos: Estudo de caso na “Mineração Dantas Gurgel e Cia LTDA**. Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais (Doutorado). Universidade Federal de Campina Grande/PB, 01/03/2013. Disponível em < <http://www.recursosnaturais.ufcg.edu.br/pdf/82465857814b6551ea34d4f4312c2586.pdf>.>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

PRADO FILHO, José Francisco do. **O processo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) de projetos e empreendimentos minerais como um instrumento de gestão ambiental: estudo de casos no Quadrilátero Ferrífero (MG)**. Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2001.

RIBEIRO, José Teodorico de Melo; FERREIRA, Gilda Carneiro. Mineração subterrânea de carvão X comunidade no seu entorno: um exemplo de Santa Catarina. **Rem: Rev. Esc. Minas** [online]. 2007, vol.60, n.3, pp.459-464.

RUIZ, Mauro Silva; CORREA, Rosany; GALLARDO, Amarilis Lucia Casteli Figueiredo; SINTONI, Ayrton. Abordagens de conflitos socioambientais em casos de subsidência de minas de carvão no Brasil e EUA. **Ambient. soc.** [online]. 2014, vol.17, n.2, pp.129-156.

ROLLA, Alicia; RICARDO, Fany. Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira. São Paulo: Instituto Socio Ambiental. 2013. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/publicacoes/mineracao2013_v6.pdf , acessado em 30 de agosto de 2016.

SANTORIL, Marcelo Vanzella. **O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) como instrumento do direito ambiental urbanístico brasileiro: um dever do município e dos cidadãos na sua efetivação.** Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c66bb19847dd8c2>.>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

SEPLAN. **Código de Obras de Goiânia** (Lei Complementar n. 177 de 09 de Janeiro de 2008). Disponível em <<http://www.goiania.go.gov.br/download/legislacao/codigodeobras.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

SEPLAN. **Plano Diretor de Goiânia.** Goiânia, Diário Oficial do Município de Goiânia, 2007. Lei Complementar n. 171 de 17 de dezembro de 2007. Disponível em < <http://www.goiania.go.gov>.

br/shtml/seplam/legislacao/legislacao.shtml>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, João Marcio Palheta da. **Território e Mineração em Carajás**. Belém: Capta/UFPA, 2013.

VALÉSI, Raquel Helena. **A contribuição do estudo do impacto de vizinhança como processo de transformação do direito de Propriedade**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, número 2, segundo semestre de 2014. Disponível em <<http://www.usjt.br/revistadireito>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

VASCONCELOS, Sandra Carla Souto et al. **Impactos ambientais decorrentes de mineração no entorno de zonas urbanas**. Revista O Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14271&revista_caderno=5>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

VILLAS BOAS, Hariessa. A invisibilidade do direito à consulta prévia como um processo e a visibilidade ao flagrante desrespeito de ouvir e consultar os verdadeiros titulares desses direitos. Sustainability. 2013. Disponível em: http://www.cetem.gov.br/images/palestras/2013/sustentabilidade/artigos/hariessa_boas.pdf, acessado em 05 de setembro de 2016.

ACESSO À INFORMAÇÃO

Patrícia Borba Marchetto
docente UNESP

Diêgo Valério de Godoy Delmônico
Mestrando UNESP

Elisabete Maniglia
docente UNESP

37 Acesso à informação, transparência pública e cidadania diante das atividades extrativas minerais.

A reforma da regulação brasileira do setor de mineração tem passado por debates nos últimos anos. Essa reforma, cristalizada nas propostas legislativas nº37/2011 e 5.807/2013²⁶², se concentra na criação de uma agência de regulação, a Agência Nacional de Mineração, que, com autonomia regulatória e financeira, assumirá as atribuições do Departamento Nacional de Produção

262 Respectivamente: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490935> / <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696>

Mineral (DNPM), órgão responsável pela regulação e iniciativas sobre atividades de mineração, no âmbito do Ministério de Minas e Energia ligado diretamente ao executivo federal.

Tais iniciativas configuram o novo marco regulatório do setor de mineração, que se propõe a atualizar o modelo atual, frequentemente considerado ultrapassado e antigo, datando de períodos autoritários da metade do século XX. A essas novas propostas de regulamentação, ainda em debate no legislativo brasileiro, especialistas apontam, por um lado, que a criação do novo marco regulatório poderá representar um retrocesso e, por outro, uma maior demanda governamental por transparência nas empresas do setor. (AGENCIA SENADO, 2015).

Retrocesso porque, segundo dados proferidos por movimentos sociais, organizações não governamentais, associação de geólogos brasileiros sindicatos dos trabalhadores do setor viram nestas modificações, uma profunda preocupação somente com a questão econômica. A mencionada Comissão Especial não logrou êxito nos seus propósitos, basicamente por conta da insistência do relator em torno de uma proposta de legislação com perfil ultraliberal, pautada na supremacia absoluta dos interesses empresariais e com a atividade mineral sobrepondo os demais interesses nacionais. (INESC 2016).

Uma importante ferramenta de controle público sobre os empreendimentos do setor de mineração é o licenciamento ambiental, elaborado no início do empreendimento e utilizado como ferramenta de transparência dos impactos socioambientais

da execução do projeto. Trata-se de um processo administrativo introduzido no Brasil em 1981, por meio da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)²⁶³. O licenciamento ambiental com estudo de EIA/RIMA se caracteriza como grande norteador de transparência uma vez que, seu estudo é mobilizado, por equipe multidisciplinar, discutido em audiências públicas levando a comunidade à participação.

E como forma de atender aos objetivos previstos na PNMA, em 2014 foi publicada a Lei nº 10.650/2003, instituindo o Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA), por meio do qual as pessoas podem acessar dados sobre os licenciamentos ambientais ocorridos no âmbito do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA).

A caracterização fundamental dessa iniciativa é dar transparência às ações do setor público, e não necessariamente das empresas, mas oferecer uma importante ferramenta de acompanhamento que pode ser utilizada pelos cidadãos no acompanhamento da atuação empresarial.

No entanto, a literatura aponta que poucos *websites* de organizações voltadas ao licenciamento ambiental disponibilizam a informação de forma adequada (FONSECA e RESENDE, 2016) e aponta também, entre outros problemas, a baixa participação das populações afetadas (RAIMUNDO e ALMEIDA, 2015). De modo geral, ainda são poucas as ferramentas que garantam a participa-

263 Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

ção ativa do setor público no estímulo de ações de transparência por parte das empresas do setor da mineração, desse modo, cabendo um papel determinante das ações voluntárias das empresas na cessão de informações sobre a atividade mineradora.

Orientadas transparência dos impactos socioambientais, as ações voluntárias das empresas são estimuladas tanto por organizações não governamentais quanto pela necessidade de empresas que terceirizam seus serviços, para manter uma estrutura de governança em toda a cadeia de produção, a fim de reduzir os custos de transação, tais como são usados os relatórios de sustentabilidade como o GRI e as certificações ambientais como a ISO 14000.

Os relatórios de sustentabilidade são hoje peças chave para a transparência, devem constar todas as informações voltadas para o uso de recursos naturais e políticas sociais, que somados aos relatórios contábeis informam a sociedade como um todo o passos do uso dinheiro e, se este dinheiro é limpo, como estão suas políticas ambientais e suas ações sociais. O relatório de sustentabilidade não deve ser visto como um processo de marketing, ou, como uma postura adequada e “boazinha” da empresa. O relatório de sustentabilidade é peça essencial de transparência da empresa para demonstrar que seus investimentos estão sendo feitos em projetos com baixo risco ambiental, alto valor social e lucros justos (Envolverde2013).

O relatório deve ser um espelho da realidade da empresa, capaz de refletir sua missão e seus passos para cumprir esta mis-

são. As empresas de mineração tem procurado em suas atividades relatar suas posições frente ao publico enaltecendo suas posturas sociais e ambientais, porém nem sempre atendem a demanda das cercanias e trabalham com as preocupações reais além dos muros empresariais.

A postura dos relatórios de sustentabilidade deve ser construída em cima, muito mais da ética do que da técnica. Hoje os investidores, tem dado preferência para empresas que relatam fielmente seus riscos e procuram minimiza-los, dos que as empresas que camuflam suas operações.

Obviamente que os relatos por parte das empresas de violações aos direitos humanos provocam no mercado profundas marcas nas empresas e nos seus proprietários, por mais que, estas violações ocorram em países em desenvolvimento. Há sempre uma voz para atacar, denunciar e cobrar praticas condizentes aos direitos humanos sociais, de segunda dimensão e de práticas relativas ao meio ambiente e de vida saudável, direitos humanos de terceira dimensão.

Quanto ao GRI Global Reporting Initiative, seu uso se vincula a teoria da responsabilidade social (nascida no EUA em 1950) onde se repudia praticas de degradação ambiental, degradação do trabalho e abuso como concorrência desleal. A visão da GRI é uma economia global sustentável onde organizações podem medir seus desempenhos e impactos econômicos, ambientais, sociais bem como os relacionados à governança, de uma maneira responsável e transparente.

A missão da GRI é fazer com que a prática de relatórios de sustentabilidade se torne padrão, fornecendo orientação e suporte para as organizações. (Relatórios de Sustentabilidade da GRI - Global Reporting) A grande preocupação em torno do GRI é se os relatórios de sustentabilidade são reais ou meras ilusões. Se você olhar para organizações relatoras em vários setores, tanto empresariais como sem fins lucrativos, você encontrará organizações que oficialmente ou extraoficialmente lideram seus respectivos setores em vários aspectos (ex.: a mais respeitada, a com maior redução de emissões, a melhor empresa para se trabalhar). Um estudo recente revelou que as organizações com alto desempenho ambiental são as melhores relatoras. Mas até que ponto esta afirmação condiz com a realidade? Quem precisa ser ouvido neste processo são os investidores, funcionários, ONGs, agências reguladoras, público em geral e mídia. Eles formam o que se chama de *stakeholders*. Em uma pesquisa com 21.000 pessoas, 50% afirmaram que ter lido ou ouvido falar a respeito de um relatório de sustentabilidade melhorou sua impressão sobre a empresa, levou-as a comprar produtos da empresa ou falar bem da empresa para os outros. (relatórios do GRI)

No caso de métodos de transparência públicos com o objetivo de aprimorar a governança da cadeia de produção, o que caracteriza essas ações é a vontade tornar a relação com os *stakeholders* mais transparentes e com menos riscos contratuais. Já com relação à caracterização das iniciativas do terceiro setor, realizada

por organizações não governamentais como GIFE²⁶⁴ e Instituto Ethos²⁶⁵ que, de iniciativa de setores privados e empresariais, busca promover a conscientização sobre ações responsáveis e transparentes como sua função primária, e que tem como impacto fundamental a melhora da imagem e, conseqüentemente, o valor das empresas *pari passu* a sua conexão com a sociedade.

No entanto, mesmo que as ferramentas voluntárias sejam bem desenvolvidas e representam uma frente importante na transparência, tais ferramentas tem pontos negativos no que diz respeito à sua metodologia (FERREIRA-QUILICE e CALDANA, 2015) e, além disso, alguns estudos apontam a existência de um déficit de publicações de relatórios no setor de mineração (CAMPOS et al., 2013).

Apesar das normas atuais e as futuras, advindas do novo marco regulatório estabelecerem padrões, estudos, formas de análise, investigação e fiscalização, elas não abordam diretamente formas de *accountability*, com o conseqüente controle social das empresas envolvidas no setor de mineração pela sociedade. Nesse sentido, as próprias ferramentas de governança das grandes empresas do setor de mineração, como relatórios de sustentabilidade, têm servido como mecanismo de transparência entre o setor privado e a sociedade.

Tais informes têm como principal característica ser adotadas como um modo de reduzir o risco entre empresas cuja reputa-

264 <http://gife.org.br/>

265 <http://www3.ethos.org.br/>

ção depende das outras, bem como reduzir os custos de transação passando um maior nível de confiabilidade entre vários interessados. Tais ferramentas também oferecem oportunidades para que os setores públicos, por meio da observância desses sistemas de governança já adotados pelas empresas, possam estipular uma regulamentação eficiente do setor, direcionados à transparência das atividades empresariais para o público em geral. Transparência e sustentabilidade sob o ponto de vista teórico derivam de um olhar abrangente e sistêmico que clamam por atitudes sob o meio ambiente, sobre o social e econômico na visão da honestidade.

Deve ter um olhar profundo do Estado no papel de agente cobrador de atitudes compatíveis com os direitos humanos. O Estado deve providenciar meios para efetivar estas cobranças o que atualmente não vem acontecendo no Brasil de forma premente. No que se refere a mineração, conforme informações do deputado federal Quintão de Minas Gerais: (Câmara Notícias) , o atual DNPM tem um orçamento de 50 milhões, com uma estrutura de 900 mil trabalhadores vinculados a ele. Com uma exportação superior a importação e responsável por 4,3 % do PIB, o atual setor necessitaria de ao menos 300 milhões para acudir vistorias, manter corpo técnico, conduzir mais de cem mil processos, cumprir acordos de mineração relativos às terras indígenas, conforme previsão da OIT na convenção 169.

O esgotamento de recursos públicos no presente momento torna a situação calamitosa.

Os fatos citados, todavia, não desoneram o setor público de dar transparência às atividades que lhe competem. Uma vez que compete à união administrar os recursos minerais e as indústrias do setor²⁶⁶ e, pertencendo à União, os contratos relacionados à exploração tem natureza de concessão²⁶⁷, não devendo, então, o setor público se isentar das possíveis implicações da atividade de mineração.

Além disso, o governo brasileiro atua diretamente no fomento de atividades empresariais por meio do seu Banco de Desenvolvimento Econômico (BNDES) incluindo o financiamento de várias empresas do setor de mineração. Nesse sentido, uma publicação do Conectas (CONNECTAS, 2014), organização não governamental voltada à defesa dos direitos humanos, apontou a então falta de transparência nos financiamentos do BNDES e a violação de direitos. Apesar de o relatório ter sido publicado após a promulgação da Lei de Acesso à Informação²⁶⁸, aponta pontos importantes que deveriam ser seguidos pelo BNDES para a melhoria das garantias aos direitos humanos, sobretudo na indústria da mineração, que goza de projetos beneficiados pela organização.

Não só como parte da elaboração e da aprovação de estudos de impactos ambientais no setor da mineração, mas para elaboração e aprovação de tais documentos de modo geral, é necessá-

266 Art. 1º, decreto-lei 227 de 1967, dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas).

267 Art. 176 da Constituição Federal de 1988.

268 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

rio, pelo texto constitucional que haja publicidade. Nesse sentido, o texto constitucional²⁶⁹ garante que, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente, é importante que se tenha publicidade nos estudos prévios de impacto ambiental.

A Constituição Federal de 1988, em resposta ao período autoritário vivido previamente a essa época, buscou garantir plena participação popular na formulação de políticas setoriais, como conselhos municipais de políticas públicas, sobre o que a academia tem estudado com relativo afinco.

No mesmo sentido dos conselhos de políticas públicas, existe uma resolução do Conama²⁷⁰ prevê a realização de audiências públicas para o debate dos relatórios de impacto ambientais sempre que o órgão competente achar necessário. É importante lembrar que, em caso de não manifestação do órgão público responsável, a publicidade sobre os relatórios ambientais pode ser realizada por meio de Edital de Consulta Pública, publicado em diário oficial, uma forma mais indireta de participação social em relação ao procedimento de audiências públicas presenciais. A partir dessa resolução, também foi proposta outra²⁷¹, que passou a regulamentar e dar mais detalhes sobre a realização de audiências públicas.

Alguns estudos foram desenvolvidos no sentido de investigar a eficiência da participação social nas Audiências Públicas

269 Art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

270 Art.11, §2º, Resolução Conama N° 001, de 23 de janeiro de 1986.

271 Resolução Conama n°009 de 3 de dezembro de 1987.

sobre os RIMA, no entanto artigos sobre a eficácia das audiências públicas sobre relatórios de impacto de empreendimentos de mineração não foi encontrado. Em 2013, o IPEA lançou um documento (IPEA, 2013), que trazia quatro casos exemplificativos sobre Audiências Públicas em políticas nacionais: Caso do Plano Nacional de Resíduo Sólido, Caso de Licitação e Contrato de Permissão Dos Serviços de Transporte Rodoviário Interestadual De Passageiros, Caso de Santo Antônio e Girau, e Caso de Belo Monte.

Apesar de não serem casos relacionados diretamente à mineração, pode-se mapear aspectos importantes sobre a efetividade das Audiências Públicas. Segundo o documento, ao apresentar o caso mais notório, de Belo Monte, as audiências públicas foram realizadas após o processo de licenciamento, e não para a obtenção de informações para a elaboração do termo de referência, documento importante no estabelecimento dos termos contratuais envolvidos. Esse fato somado à grande polêmica em torno da usina, judicializou o processo, que foi aprovado mesmo com grande oposição popular.

Adicionalmente, em 2011, a Federação Internacional dos Direitos Humanos, em conjunto com as organizações não governamentais Justiça Global e Rede Justiça nos Trilhos, publicou um documento que trazia os impactos da mineração sobre os direitos humanos.

Tal relatório utilizou o caso no município de Açailândia, no estado do Maranhão, estabelecendo uma metodologia para a me-

dição dos impactos sociais causados pela operação em produção de carvão pela unidade Ferro Gusa Carajás, contribuindo potencialmente com uma maior transparência dos impactos das atividades mineradoras sobre o corpo social e o meio ambiente. Muito embora os relatórios de direitos humanos tragam uma mensagem e um impacto para o setor empresarial é preciso pensar que existe muito mais a ser construído no setor de mineração para minimizar estas violações.

As universidades comprometidas em fomentar as boas práticas empresariais devem além de o ensino promover um trabalho de extensão motivando a academia em se juntar aos grupos existentes, já envolvidos neste setor e fomentar uma transparência que não se limite a disponibilizar informações, mas, sim torna-las compreensíveis em todas as situações e para todos os atores, que integrem as atividades mineradoras, ou que estejam interligados em seus processos.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO. Novo marco da mineração é ‘receita do caos’, dizem integrantes do setor. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/24/novo-marco-da-mineracao-e-receita-do-caos-dizem-especialistas>>

CAMPOS, Lucila Maria de Souza et al. Relatório de sustentabilidade: perfil das organizações brasileiras e estrangeiras segundo o padrão da Global Reporting Initiative. **Gest. Prod.** v. 20, n. 4, p. 913-926, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104530X2013000400011&lng=en&nrm=iso

Câmara notícia. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/458192-DEPUTADOS-ENCONTRAM-ESTRUTURA-SUCATEADA-NO-DNPM.html>

CONECTAS. Desenvolvimento Para as Pessoas? O financiamento do BNDES e os direitos humanos. 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/458192-DEPUTADOS-ENCONTRAM-ESTRUTURA-SUCATEADA-NO-DNPM.html> http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_BNDES%20e%20Direitos%20Humanos_Miolo_Final_COMPRIMIDO.pdf

Envolverde: Cobertura on line. **Encontro Latino-Americano de Comunicação e Sustentabilidade**. Disponível em: <http://institutoenvolverde.blogspot.com.br/>

FERREIRA-QUILICE, Thiago; CALDANA, Adriana Cristina Ferreira. Aspectos negativos no modelo de reporte proposto pela

GRI: a opinião das organizações que reportam. **Rev. Adm. (São Paulo)**, v. 50, n. 4, p. 405-415, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S0080-21072015000400405&lng=en&nrm=ISO>

FIDH. BRASIL Quanto Valem os direitos humanos? Os impactos sobre os direitos humanos relacionados à indústria da mineração e da siderurgia em Açailândia. 2011. Disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relatorio-Brasil-Quanto-Valem-os-Dieriros-Humanos.-Os-impactos-sobre-os-direitos-humanos-relacion--dos----ind--stria-da-minera----o-e-da-sider--rgica-em-A--ail--ndia.2011..2011.pdf>>

FONSECA, Alberto; RESENDE, Larissa. Boas práticas de transparência, informatização e comunicação social no licenciamento ambiental brasileiro: uma análise comparada dos websites dos órgãos licenciadores estaduais. **Eng. Sanit. Ambient**, v. 21, n. 2, p. 295-306, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522016000200295&lng=en&nrm=iso>

IPEA. Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. Relatório de Pesquisa. 2013. Disponível em, http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>

INESC Novo código da mineração: avanços ou retrocessos Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2016/fevereiro/novo-codigo-da-mineracao-avancos-ou-retrocessos> NESC Novo código da mineração: avanços ou retrocessos.

GRI: Global Reporting Initiative. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/resourcelibrary/Portuguese-Starting-Points-2-G3.1.pdf>

RAIMUNDO E ALMEIDA, Maria Rita; MONTANO, Marcelo. Benchmarking na avaliação de impacto ambiental: o sistema mineiro frente às melhores práticas internacionais. **Soc. nat.**, v. 27, n. 1, p. 81-96, 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-45132015000100081&lng=en&nrm=iso>

ARGENTINA



Pablo Perel

Doctorando, profesor y director de proyectos de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister por la Universidad de Génova, Italia. Subsecretario a cargo del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Buenos Aires

Julieta Rossi

Directora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y profesora de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM) Abogada del Ministerio Público Fiscal de la Nación

Federico Di Bernardi

Docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP)

Martina Olivera

Abogada (UBA). Auxiliar en la Fiscalía General nro. 2 ante Tribunales Orales Federales, Investigadora en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la UBA y la UNLa.

Alejandro Ariel Fernández

Abogado (UBA). Relator en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Investigador en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la UNLa.

Gonzalo Gastón Semeria

Abogado (UBA). Politólogo (UBA). Docente e investigador en UBA y UNPAZ. Asistente del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Jimena Yamila Habib

Abogada (UBA). Docente en UBA. Becaria del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Julio Ezequiel Guidi

Abogado (UNLP). Docente en UBA y UNPAZ. Maestreado en Derechos Humanos (UNLP). Becario del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Amparo Quiroga

Politóloga (UBA). Docente e investigador en UBA. Becaria del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Joaquin Nicolas Caprarulo

Estudiante de derecho e investigador (UBA). Becario del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

María Paula Brückner

Lic. en Comunicación Social. Estudiante de derecho (UBA). Becaria del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Ana Piren Castro Curipan

Estudiante de derecho (UBA). Becaria del Departamento de Derechos Humanos del Centro Cultural de la Cooperación.

Martina Olivera

Abogada (UBA). Auxiliar en la Fiscalía General nro. 2 ante Tribunales Orales Federales, Investigadora en Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la UBA y la UNLa.

Alejandro Ariel Fernández

Abogado (UBA). Relator en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Investigador en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la UNLa.

Juan Pablo Cimalando

Docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

Renso Sujodolsky

Docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

1. ¿Qué marco internacional ha adoptado el estado en materia de derechos humanos y empresas? Considerar aquellos que establecen obligaciones o derechos, que disponen la creación de mecanismos internacionales, así como acuerdos comerciales o tratados de libre comercio. Se sugiere dar luces sobre el valor de cada instrumento en el sistema de fuentes (ver Anexo 1 para una lista referencial de instrumentos). ¿Cuál es el rol que han tenido las normas de soft law en esta materia? ¿existen iniciativas para buscar su implementación?

La República Argentina no cuenta con adhesión a un marco normativo concreto sobre la problemática. En sintonía con la región, no es posible identificar un texto legal que ordene esquemáticamente la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos.

Si bien Argentina forma parte de la mayoría de los sistemas de protección de los derechos humanos, lo cierto es que las obligaciones internacionales de responsabilidad que se desprenden de dichos instrumentos se proyectan hacia el Estado (obligaciones de protección, respeto y de adoptar medidas); dejando un panorama de irresponsabilidad internacional para las empresas por violaciones a los derechos humanos.

No obstante ello, en el plano interno, la fuerte presencia de los derechos humanos por vía de arraigados mecanismos positivización (incorporación en la Constitución Nacional expresa, tras la reforma de 1994, de Tratados Internacionales de derechos

humanos más la reglamentación de un dispositivo de jerarquización constitucional de futuros tratados –art. 75 inc. 22- CN) ha sustentado una sólida base en materia de obligación interna de las empresas por violaciones a los Derechos Humanos.

De esta forma, las obligaciones que se desprenden del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos; “Protocolo de San Salvador” Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; “Convención de Belem do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia; Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia); y del Sistema Universal (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares) establecen un fuerte basamento en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional, ocupando un lu-

gar predilecto en el sistema local de fuentes. Asimismo, la República Argentina ha suscripto a sendos convenios de la OIT sobre la materia que, por imperio del texto constitucional forman parte del “bloque federal” de normatividad (art. 31 de la CN).

En cuanto a norma de *Soft Law*, cabe señalar que en los últimos años el MERCOSUR, alianza político-económica de la que República Argentina forma parte como miembro pleno, ha comenzado un proceso de producción de principios y buenas prácticas en materia responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos (en especial desde la óptica de la producción) que se recopilan en las ECONORMAS de Mercosur.

2. ¿Qué medidas normativas han sido elaboradas a partir de dicho marco internacional? ¿Se han promulgado leyes, normas, directrices específicas o cualquier otro acto administrativo, en materia de derechos humanos y empresas? Si las hay, señale cuáles son ¿Existen instrumentos de monitoreo y fiscalización? Indique si hay propuestas normativas en curso o algún debate nacional al respecto.

No existe normativa que regule en forma global la actividad de las empresas en relación a su responsabilidad y los derechos humanos, pero el marco internacional adoptado por el Estado Argentino se ve reflejado en las leyes ambientales, de defensa del consumidor, de protección laboral y de lucha contra la corrupción.

LA LEY GENERAL DEL AMBIENTE fue sancionada en 2002 y establece en política ambiental los principios de congruen-

cia, de prevención, precautorio, de equidad intergeneracional, de progresividad, de responsabilidad, de subsidiariedad, de sustentabilidad, de solidaridad y de cooperación. Asimismo establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

En el año 2003 se lanzó la iniciativa del Pacto Global en la Argentina impulsada por el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en 2004 se sumó la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Pacto Global Argentina es una red que hoy se encuentra conformada por más de 500 empresas, organizaciones educativas y de la sociedad civil que se comprometen a cumplir con los principios (10 principios) para respetar los derechos humanos, los mejores estándares laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción.

En el año 2010 mediante el Decreto N° 696/2010 del 14 de mayo de 2010 se creó (con rango de Subsecretaría) en la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH del Programa Nacional denominado “Plan Nacional de Derechos Humanos” (PNDH) con el compromiso de avanzar en la materia y que incluye la temática de Derechos Humanos y empresas.

Desde el Ministerio de ambiente y desarrollo sustentable se efectúan políticas de control y monitoreo ambiental a las distintas empresas. Asimismo se establece para las distintas acti-

vidades la obligación de efectuar un informe de impacto ambiental ante la explotación de las diferentes actividades.

Este año, en el marco La Escuela Internacional de Políticas Públicas en Derechos Humanos del IPPDH de MERCOSUR, en Buenos Aires, se celebró el ciclo de conferencias Empresa y Derechos Humanos, el cual tuvo como objeto “contribuir al desarrollo de ideas y pensamientos y a uno de los desafíos de la región, fundamentado en ampliar el desarrollo de una cultura democrática basada en la plena vigencia de los derechos para avanzar hacia la transformación social”.

3. ¿Existe o está en proceso de elaboración un plan o política nacional en materia de derechos humanos y empresas? De ser así, ¿cuenta con instrumentos de monitoreo y fiscalización? En caso cuente su país con un plan y/o política nacional de derechos humanos, ¿se refiere directa o indirectamente a la cuestión de las empresas y los derechos humanos? Explique.

La República Argentina atraviesa la etapa de validación de su Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos, que justamente incluye la temática de Derechos Humanos y Empresas.

En agosto del corriente Buenos Aires fue sede de del primer Seminario Regional sobre derechos humanos y empresas de propiedad del Estado, que es inédito en la región. El mismo fue organizado por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

(ACNUDH), la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación, y el Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas. Tiene como propósito dar a conocer un informe del Grupo de Trabajo, que fue presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2016 en Ginebra en el marco de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos ratificados por los 193 Estados Miembros de Naciones Unidas en 2011.

En el informe, el Grupo de Trabajo examina la obligación de los Estados teniendo como punto de partida el principio número 4 de los Principios Rectores, el cual dispone que los estados deberían adoptar medidas “adicionales” de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas públicas.

La realidad es que si bien la normativa incorpora los preceptos de DDHH y existen prohibiciones, los controles por parte del Estado no son suficientes, sumado a ello las políticas referentes a inversiones que se adoptan van en contra del control que debe ser efectuado por el gobierno y facilita a las empresas el no cumplimiento de las normas ambientales.

4. ¿El Estado cuenta con un marco jurídico que exija a empresas domiciliadas en su territorio pero que operan en otros territorios, el respeto de los derechos humanos? ¿Cuál es el marco normativo aplicable en materia de responsabilidad extraterritorial del Estado por actos de

empresas domiciliadas en su territorio cometidos en terceros países?

La República Argentina, en su sistema federal, no cuenta con normas que exijan el respeto de los Derechos Humanos fuera del territorio nacional. De modo tal que no existe un marco normativo aplicable al supuesto de violación extraterritorial de derechos humanos por empresas con asiento en la República. Asimismo, tampoco se rastrean mecanismos de sanción indirecta, como por ejemplo la pérdida de derecho para ser contratista del Estado, o suspensiones de los permisos para operar en el país.

5. ¿Cuáles son las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permiten o impiden la responsabilidad de las empresas por la violación de los derechos humanos en el ámbito de la cadena productiva minera?

Como se sabe, las empresas están obligadas a respetar los derechos humanos a partir de la legislación interna, tanto en su vertiente de leyes como en los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo. En entre otras medidas, se destaca la tutela de la ciudadanía frente a la posibilidad de contaminación ambiental especialmente en materia de protección del agua y además en lo relativo a las condiciones de trabajo de los trabajadores de la cadena productiva que encuentran raigambre en la normativa tanto de la OIT como de la regulación nacional.

La responsabilidad empresarial va más allá de la normativa local que lo exige dado que el ordenamiento supra legal que es-

tablece los parámetros en materia de derechos humanos conduce de modo inexorable a reglamentar la conducta empresarial a escala global. Es posible señalar al respecto los instrumentos multilaterales no vinculantes, como las Directrices para las empresas multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).

En referencia concreta a la normativa que rige la cuestión podemos señalar lo siguiente.

El artículo 41 de la Constitución Nacional fue incorporado en la reforma de 1994. Su contenido se considera entre los llamados nuevos derechos o derechos de última generación. Establece que:

“todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.”

En cuanto a la legislación minera y ambiental en vigencia cabe mencionar lo siguiente:

Código de Minería

Ley 24196 Ley de Inversiones Mineras

Ley 24224 Ley de Reordenamiento Minero

Ley 24227 Ley de Creación de la Comisión Bicameral

Ley 2422 Acuerdo Federal Minero

Ley 24523 Sistema Nacional de Comercio Minero

Disposiciones del COFEMIM

6. ¿Cuenta su Estado con un cuerpo normativo específico en materia de minería? ¿Existe un código minero? ¿Cómo describiría el papel de esta norma en la promoción de la actividad en el país? ¿cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país? ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción? ¿Cuál es la línea jurisprudencial al respecto?

Tal como se señaló en el apartado anterior la República Argentina cuenta con un Código Minero. A su vez la cuestión se regula a partir de legislación reglamentaria a nivel provincial dictada conforme a los artículos 41 y 43 de Constitución Nacional. Entre otras normas se destacan las siguientes:

Ley General del Ambiente

Ley de Acceso a la Información Pública

Ley de Residuos Peligros y Residuos Industriales

Ley 26.639 Ley de Glaciares

Toda otra legislación ambiental aplicable a la minería.

La Ley 24.585, normativa ambiental incluida en el Código de Minería exclusivamente para este sector, establece las condiciones de base a respetar por la actividad minera en todo el territorio argentino.

De acuerdo a la opinión de destacados catedráticos de la academia argentina la actividad minera local aún requiere un marco legal que permita llevar a cabo la actividad de manera transparente y adecuada al bienestar general.

Una de las principales críticas que se presentan está referida a la amplitud y flexibilidad legislativa que engloba la totalidad del proceso de producción minera.

A su vez, dada la diversidad de fuentes normativas encarnadas en la legislación llevada adelante por cada provincia argentina, resulta necesario fortalecer la perspectiva de derechos humanos y concentrar las directrices a los efectos de unificar criterios de aplicación que renueven la confianza y certidumbre en los procesos de evaluación del impacto ambiental.

Los congresos de trabajo académico de la especialidad han resaltado la necesidad de incrementar el acceso a la información pública de los informes de impacto ambiental con alcance a los medios masivos de comunicación para posibilitar la interacción ciudadana.

En el caso argentino resulta necesario revertir la tendencia que se presenta, tanto a nivel provincial como nacional, en la que la existe identidad entre las autoridades que promueven la minería y quienes están llamados legalmente a controlar su funcionamiento responsable. El déficit se produce, así, mediante la intervención de a Secretaría de Minería, local o nacional, como organismo regulador de la cuestión sin dar intervención a las áreas de protección ambiental.

7. Los jueces y otros operadores del Derecho, ¿cuentan con capacitaciones sobre esta materia?

En la mayoría de los programas de las Facultades de Derecho, la capacitación de grado sobre la temática es de naturaleza optativa. Cabe destacar que en las Provincias de Mendoza, San Juan, La Rioja y Catamarca, aquellas donde se instala la producción minera, tanto jueces como operadores judiciales son capacitados a través de distintos programas de actualización diseñados por los Ministerios de Minería Provinciales.

8. ¿Existe alguna institución estatal que se encargue de adoptar y/o implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas, especialmente en el ámbito de la cadena productiva minera? Indique su ubicación en el aparato estatal, la descripción de sus competencias, características y marco normativo aplicable.

Actualmente no existe en el organigrama del Estado Nacional ninguna repartición o programa concreto cuyo objetivo específico sea implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas.

9. ¿Cuáles son las directrices y el procedimiento de los gobiernos nacionales y locales en materia de derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno.

La actividad minera, a nivel general, se encuentra regulada en el territorio de la República por el Código de Minería. En primer lugar, cabe señalar que por imperio del artículo 7 del mencionado Código, *“las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”*. No obstante ello, Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal (art. 10). Entendemos entonces que la concesión legal es el medio para adquirir originariamente las minas por los particulares y el único aceptado por el Código.

A diferencia de los sistemas europeos del tipo francés e italiano, en que la administración pública goza de amplias facultades para escoger la persona del concesionario y determinar las condiciones particulares de la concesión, en el derecho argentino, que sigue la tradición jurídica hispanoamericana, la concesión es exclusivamente obra de la ley. Esto significa que la autoridad mi-

nera, por consiguiente, carece de atribuciones para determinar preferencias entre distintos aspirantes y también para fijar al concesionario condiciones que no sean las que taxativamente establece el Código.

El Título III del Código regula la exploración. La normativa señala que los titulares de permisos de exploración tendrán el derecho exclusivo a obtener concesiones de explotación dentro de las áreas correspondientes a los permisos otorgados. El permiso es indispensable para hacer cualquier trabajo de exploración.

Las minas se adquieren en virtud de la concesión legal otorgada por autoridad competente, siendo objeto de concesión: los descubrimientos y las minas caducadas y vacantes.

Los descubrimientos constituyen la causa originaria más importante de adquisición de las concesiones mineras de explotación otorgadas por el Estado. La concesión minera se adquiere por descubrimiento, cuando se denuncia ante la autoridad minera un yacimiento no registrado. La prueba de la existencia de este yacimiento se acreditará mediante la ejecución de la denominada “labor legal”. La ley no exige que el yacimiento encontrado sea absolutamente nuevo, basta que no haya sido registrado con anterioridad.

La concesión de una mina impone una serie de restricciones, molestias y servidumbres a la propiedad raíz que faculta a todo propietario del suelo, en principio, a impugnar un supuesto hallazgo de mineral. Es importante destacar que la defensa de la propiedad inmobiliaria tiene a impedir la concesión de una su-

puesta mina que no tiene posibilidad alguna de desenvolverse con provecho.

Puede ocurrir que cuando la autoridad, al verificar la labor legal ordenada por el Código, constata la escasa mineralización en el yacimiento para justificar la instalación de un trabajo racional. En estos casos la autoridad no puede negar de oficio la concesión de esta supuesta mina, ya que el registro minero corre por cuenta del autor del hallazgo y la autoridad no debe intervenir para prevenirlo ni para evitarlo. Frente a esta idea nos encontramos con la jurisprudencia norteamericana, que establece que frente a la ausencia de disposiciones expresas en las propias leyes, los tribunales aplican para la solución de estos casos el test del hombre prudente: un descubrimiento minero debe ser admitido si es de tal carácter que una persona de ordinaria prudencia, sea o no minero, está dispuesta a gastar su tiempo y su dinero en el desenvolvimiento de esa propiedad, con vista a obtener un provecho de ella.

El descubridor presentará un escrito ante la autoridad minera haciendo la manifestación del hallazgo y acompañando muestra del mineral. Es fundamental que se identifique con la mayor precisión posible el sitio del hallazgo y el que determina la presentación de la muestra del mineral descubierto, a expensas de no perder la prioridad. La ley no exige como condición para aceptar una manifestación de descubrimiento que previamente se compruebe la existencia en el terreno del yacimiento denunciado,

la admite como cierta con la sola presentación de la muestra de mineral que debe acompañarse.

La verificación del descubrimiento será efectuada por la autoridad minera en el momento de la mensura y demarcación de la concesión, culminando así el trámite del pedimento.

10. ¿Cuáles son los casos o experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y nacionales de actividad minera?

Sin lugar a dudas, por su gravedad y cercanía en el tiempo, el derrame de cianuro en el río Potrerillos que produjo la minera “Barrick Gold” en la mina de Veladero es uno de los principales casos judicializados.

A raíz de este episodio, que pone en riesgo la vida, la salud y el derecho al ambiente sano, se originaron dos procesos penales, uno en la justicia provincial y otro en la federal de la ciudad de Buenos Aires, que tienen por objeto investigar el grado de responsabilidad de los funcionarios locales, nacionales y de los directivos de la transnacional “Barrick Gold”.

Los procesos, en este momento, siguen su trámite. En el mes de mayo, ante un conflicto de competencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que el juez provincial de Jáchal debe investigar la responsabilidad de los directivos de la empresa y funcionarios locales y la justicia federal a los funcionarios nacionales.

11. ¿Qué casos de violaciones de derechos humanos relacionadas a la cadena minera han sido objeto de una denuncia a nivel internacional? Tenga en cuenta los mecanismos internacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos, sistema de la Organización de Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo (ver Anexo 2 para una lista referencial de mecanismos internacionales).

Tras realizar una búsqueda preliminar respecto a la intervención de organismos internacionales por violaciones a los derechos humanos como consecuencia de actividades mineras en la Argentina, verificamos que es exigua.

Dentro del Sistema Interamericano tuvo lugar la audiencia pública realizada en el 149° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 1° de noviembre de 2013, en donde se expuso acerca de la “Situación de los derechos humanos de las personas afectadas por la minería en las Américas y responsabilidad de los Estados huéspedes y de origen de las empresas”. En ese marco se analizaron 24 casos ubicados en distintos países, entre ellos la Argentina. En referencia a nuestro país, se analizó el proyecto “La Alumbarrera” en la Provincia de Catamarca.

En referencia a las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llamó la atención respecto a la violación de derechos humanos de poblaciones indígenas en las Observaciones finales del Comité DESC a la Nación Ar-

gentina del 47º período de sesiones en fecha 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011. Allí exhortó al “Estado parte a que brinde protección a las comunidades indígenas durante la ejecución de los proyectos de exploración y explotación minera. En lo que se refiere a Salinas Grandes, el Comité insta al Estado parte a que acate la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando esta se pronuncie”. El caso aludido consiste en la acción de amparo interpuesta contra la provincia de Jujuy por numerosas comunidades aborígenes, que se consideraron agraviadas por programas de prospección y explotación de recursos naturales en la zona de la Laguna de Guayatayoc y las Salinas Grandes, particularmente por actuaciones vinculadas a permisos de exploración y explotación de litio y boratos. Sin embargo, la Corte rechazó tal acción por entender que el Estado tomó al respecto los recaudos suficientes para prevenir eventuales perjuicios al medio ambiente y ecosistemas de la región.

12. ¿Qué casos han sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresa matriz?

En la República Argentina no se registran casos de violaciones de derechos humanos relacionados a la cadena minera que hayan sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresa matriz.

Esto puede deberse a la serie de dificultades jurídicas que surgen cuando se interponen acciones legales de naturaleza trasnacional, a saber: El demandante extranjero debe demostrar

que existe una conexión sustancial entre el caso y el territorio sobre el cual preside el tribunal donde se quiere dirimir el litigio. Sucede lo mismo con demandas interpuestas ante un tribunal federal, ya que si bien este puede tener competencia para tratar un litigio transnacional, puede optar por no hacerlo.

Muchos tribunales pueden desestimar este tipo de demandas mediante la apelación al principio jurídico de *forum non conveniens*, si determinan que existe otro tribunal más apropiado para juzgar el caso. Así, las empresas pueden solicitar que se rechace una demanda alegando que el estado anfitrión, por la proximidad a las partes, la evidencia o los testigos, constituye el mejor escenario para que se desarrolle el litigio.

La estructura legal de las empresas multinacionales también constituye un desafío para los demandantes extranjeros. Amparándose en el concepto de “velo corporativo” –que reconoce a la empresa matriz y a sus filiales como entes separados– las empresas matrices logran evitar que se les adjudique la responsabilidad legal por actividades de sus empresas filiales o subsidiarias.

Ejemplo de esto es el caso de varias comunidades indígenas ecuatorianas que presentaron una demanda en una corte estadounidense contra Chevron por la destrucción causada en la región amazónica en la que vivían. Luego de diez años de litigio y de gastar millones de dólares para argumentar y lograr que el caso pasara a cortes ecuatorianas, su defensa se basó en la inadecuación de estas cortes. Tras otra década, y con una sentencia que obligaba a Chevron a pagar 10 millones de dólares en daños, la

empresa invocó un tratado de comercio e inversión bilateral que la exoneró de pagar.

Aunque sin éxito hasta la fecha, en Canadá existen cinco causas transnacionales en tribunales canadienses donde los demandantes responsabilizan directamente a la empresa matriz por sus acciones y omisiones en relaciones a las operaciones en el exterior.

PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES

Condiciones de trabajo

13. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija a las empresas de la cadena productiva minera contar con una política de igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores? ¿Cuenta el Estado con medidas legislativas laborales específicas para el sector minero?

Si, el artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) establece la igualdad de trato: *“El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”*.

Además, la Ley 23.592 dispone que:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos” (artículo1).

El Estado no cuenta con medidas legislativas laborales específicas para el sector minero. Las contrataciones se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo, aplicable a todo tipo de contratación laboral con las excepciones señaladas en la ley (artículo 2, LCT). Sin embargo, cabe destacar algunas normas referidas a este tema. En primer lugar, el Código de Minería argentino, en su título XIII regula las Condiciones técnicas de la explotación (arts. 233- 245), el cual contiene algunas normas referidas a las condiciones laborales. (Por ejemplo: el artículo 234 señala que: *“Las labores de las minas se mantendrán en completo estado de seguridad; cuando por la poca consistencia del terreno o por cualquier otra causa, haya riesgo de un desplome o de un derrumbamiento, los dueños deben fortificarlas convenientemente dando oportuno aviso a la autoridad”*).

En segundo lugar, el Decreto 249/2007 establece el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Minera.

Finalmente, la Ley 24.695 creó el Banco Nacional de Información Minera sobre Equipamiento y Recursos Humanos. Los objetivos del Banco Nacional de Información Minera sobre Equipamiento y Recursos Humanos son: a) el relevar y procesar toda la información sobre el equipamiento y recursos humanos del sector minero. b) estructurar una red de información pública que permita al usuario un acceso ágil y eficiente a la base de datos. c) editar al menos una vez cada tres años la información contenida en el sistema.

14. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que prohíba a las empresas someter a los trabajadores a tratos inhumanos y degradantes?

No. Sin embargo, el artículo 144 ter. del Código Penal dispone que:

1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

Además, la Ley 26.485 en su artículo 6. Inciso c. define a la violencia laboral contra las mujeres:

“aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

Finalmente, la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe a las mujeres y a las personas menores de dieciocho años realizar trabajos que revistan el carácter penoso, peligroso o insalubre (art. 176 y 191). El art. 176 no ofrece definición alguna de las industrias prohibidas y le encomienda al Poder Ejecutivo la misión de determinarlas (párrafo 2º). Sin embargo, esa reglamentación nunca ha sido dictada.

15. ¿Cuáles son los tipos de regímenes de contratación que existen en el ámbito de la contratación laboral en la actividad minera? ¿Hay distintas modalidades de jornadas laborales establecidas por ley? ¿Qué las caracteriza?

Los regímenes de contratación están regulados por la Ley 20.744. En efecto, se disponen las siguientes formas de contratación: a) contrato de trabajo por tiempo indeterminado, b) contrato de trabajo a plazo fijo, c) contrato de trabajo de temporada,

contrato de trabajo eventual y d) contrato de trabajo de grupo o por equipo.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 11.544:

“La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro (...). La limitación establecida por esta ley es máxima y no impide una duración del trabajo menor de 8 horas diarias o 48 semanales para las explotaciones señaladas”.

Según la LCT (art. 197):

“La distribución de las horas de trabajo será facultad privativa del empleador y la diagramación de los horarios, sea por el sistema de turnos fijos o bajo el sistema rotativo del trabajo por equipos no estará sujeta a la previa autorización administrativa, pero aquél deberá hacerlos conocer mediante anuncios colocados en lugares visibles del establecimiento para conocimiento público de los trabajadores. Entre el cese de una jornada y el comienzo de la otra deberá mediar una pausa no inferior a doce (12) horas”.

Además, la LCT establece una jornada reducida (art. 198): *La reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos individuales o Convenios Colectivos de Trabajo.*

Respecto al trabajo insalubre, la mencionada LCT dispone que:

“La jornada de trabajo en tareas o condiciones declaradas insalubres no podrá exceder de seis (6) horas diarias o treinta y seis (36) semanales. La insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y sólo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad. La reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones. (...) por ley nacional se fijarán las jornadas reducidas que correspondan para tareas penosas, mortificantes o riesgosas, con indicación precisa e individualizada de las mismas” (artículo 200).

16. En caso se haya comprobado la existencia de trabajo infantil, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables? ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

En el caso de comprobarse la existencia de trabajo infantil, la ley argentina dispone la imposición de una sanción penal. En tal sentido, el artículo 148 bis del Código Penal establece que:

“Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave(...).”

De este modo, se trata de una sanción individual la cual se determina judicialmente.

Asimismo, los ministerios de trabajos deben promover la eliminación del trabajo infantil. Por ejemplo: el decreto 355/02 dispone que le compete al Ministerio de Trabajo de la Nación:

“Entender en la promoción, regulación y fiscalización del cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, en especial la libertad sindical, la negociación colectiva, la igualdad en las oportunidades y de trato y la eliminación del trabajo forzoso y del infantil”. Por su parte, la ley 14.803 de la Provincia de Buenos Aires establece que le corresponde al Ministerio de Trabajo provincial: “Fiscalizar la aplicación del régimen del trabajo de mujeres y menores, coordinando acciones y pautas con otros organismos del orden provincial y nacional con competencia en la materia”.

Prohibición de formas contemporáneas de esclavitud

17. ¿El Estado cuenta con un marco legal específico que prohíba las formas contemporáneas de esclavitud y/o la trata de personas? En caso se haya comprobado la existencia de condiciones laborales análogas a la esclavitud o el involucramiento en prácticas de trata de personas, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

Sí. La Ley N.º 26.364 tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas. Así también, en el año 2013 se creó la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX).

La Ley mencionada tipifica diversas conductas y establece penas para cada una de ellas, que van desde los tres a los quince años de prisión. Dichas penas son de carácter individual.

Por último, Argentina aprobó en el año 2002 la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo).

Derecho a la seguridad social

18. ¿El Estado exige a las empresas contar con una política de seguridad social para los trabajadores?

Sí. El Estado exige a las empresas contar con políticas de seguridad social a través de las normas jurídicas vigentes en el país. Las mismas, les son aplicables a la actividad minera. Entre ellas, la Ley de contrato de trabajo N.º 20.744 regula la retención de los aportes jubilatorios de las personas trabajadoras y las sanciones económicas por el incumplimiento de ingresar dichas retenciones en los organismos de seguridad social. A la vez, dicha conducta puede dar lugar a la configuración de delitos previstos en la Ley penal tributaria 26.735. Por otra parte, la Ley 26.940

de Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral creó un Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL), en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. El Decreto 4257/68 establece un régimen jubilatorio diferente para Tareas penosas, riesgosas, insalubres o determinantes de vejez o agotamiento prematuros, dentro de los cuales se encuentra el personal que se desempeña habitualmente en tareas mineras a cielo abierto, realizando labores de obtención directa de productos mineros. Sin embargo, dicha norma no fue reglamentada por lo que no tuvo aplicación efectiva.

Así también, el Decreto Ley 19.587/1972 regula las condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo. Para la minería el Decreto 249/2007 establece un Reglamento de Higiene y Seguridad para la Actividad Minera. Vale destacar que en materia de salud y seguridad en el trabajo Argentina aprobó varios Convenios relevantes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En particular, a través de la Ley 26.693 se aprobó el Convenio 155 y el Protocolo relativo al convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, y por medio de la Ley 26.694 se aprobó el Convenio 187, relativo al marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo.

Por último, la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se encuentran reguladas en la Ley 24.557. La Ley 26.773 establece un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Sindicalización

19. ¿Existen instancias de gobierno que velen por el ejercicio a la libre participación de trabajadores en Asociaciones Sindicales al interior de las empresas?

Sí, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social tiene como función entender en la aplicación de las normas legales relativas a la existencia y funcionamiento de las asociaciones sindicales de trabajadores/as y del registro de las asociaciones profesionales de empleadores/as. Específicamente, es la autoridad de aplicación de la Ley de Asociaciones Sindicales N.º 23.551.

20. En caso de vulneración al derecho de asociación por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)?

La Ley de Asociaciones Sindicales N.º 23.551 califica como prácticas desleales, entre otras, las conductas de: obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una asociación sindical; adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales; y practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen.

La Ley establece que las prácticas desleales dan lugar a sanciones de multa, impuestas por el juez o tribunal con competencia laboral. Así también, establece que el importe de las multas será percibido por la autoridad administrativa del trabajo, y será destinado al mejoramiento de los servicios de inspección del trabajo. La acción judicial por prácticas desleales podrá ser interpuesta por la persona damnificada o la asociación sindical que la represente.

La Ley no especifica si las sanciones son individuales o colectivas.

21. En caso de que haya vulneración al derecho a la vida, integridad (física, psíquica y moral) o salud por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)?, ¿existen medidas de prevención?

La Ley 24.585, incorporada al Código de Minería de la Nación, establece en su artículo 18 que: *“sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere”*.

En virtud del artículo 19 de la mencionada ley, para el caso de daños ambientales, y solamente cuando no estén previs-

tos dentro del ámbito de las responsabilidades penales, los responsables serán sancionados con:

a) Apercibimiento;

b) Multas, las que serán establecidas por la autoridad de aplicación conforme a las pautas dispuestas por el ARTÍCULO 292 del Código de Minería;

c) Suspensión del goce del certificado de calidad ambiental de los productos;

d) Reparación de los daños ambientales;

e) Clausura temporal, la que será progresiva en los casos de reincidencia. En caso de tres infracciones graves se procederá al cierre definitivo del establecimiento;

f) Inhabilitación.

Cualquiera de las infracciones anteriores será establecida previo sumario.

Por otra parte, la Ley 24.051 titulada “Régimen de Desechos Peligrosos”, establece en el capítulo 9 el régimen penal aplicable, así establece:

CAPITULO 9 REGIMEN PENAL (artículos 55 al 58)

ARTICULO 55. - Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.

ARTICULO 56 - Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años.

Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contamina.

ARTICULO 57. - Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiese producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

ARTICULO 58. - Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal.

De hecho, el 28 de julio del corriente año, el Juzgado Federal de Tucumán nro. 2 ha procesado a Julian Rooney, vicepresidente de Mina Alumbreira por contaminación causada por la Minera Alumbreira, por primera vez en América Latina. La mencionada minera opera en el país desde el año 1994, explotando oro y cobre en el oeste de la Provincia de Catamarca.

Con relación a esa misma explotación minera, los concejales de Andalgalá (Provincia de Catamarca) prohibieron, mediante la ordenanza 029, la actividad minera metalífera a cielo abierto, la utilización de agua para la actividad extractiva y la extracción de minerales nucleares. De esta manera, mediante esta ordenanza se cerró el paso al proyecto Agua Rica, tres veces más grande que Alumbreira: “Prohíbase la actividad minera metalífera (oro, cobre, plomo, plata, etc.), en la modalidad denominada a cielo abierto y la actividad minera de minerales nucleares, uranio y torio, bajo cualquiera de sus formas, en las modalidades a cielo abierto o por galería, en todas sus etapas: cateo, prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación y extracción en toda la cuenca hídrica del río Andalgalá”, determina el artículo 1° de la ordenanza 029 del Concejo Deliberante. El artículo 2° prohíbe el uso de cianuro, mercurio y los ácidos sulfúrico, clorhídrico, fluorhídrico y nítrico.

22. ¿Se han presentado casos o experiencias emblemáticas de violaciones de derechos de activistas o defensores de derechos humanos relacionados al ámbito minero? De ser así, descríbalos. ¿Existen mecanismos o instituciones específicas de protección para activistas o defensores de derechos humanos?

En el año 2012, la justicia ordinaria de la Provincia de Catamarca procesó a más de 200 ciudadanos por manifestaciones en contra del proyecto minero Alumbreira, y además, las fuerzas po-

liciales actuaron violentamente en contra de quienes participaban en las protestas sociales.

Sin embargo, en Argentina no existe legislación específica respecto a la protección de activistas o defensores de derechos humanos.

AFECTACIÓN A LA PROPIEDAD

23. ¿Qué tipo de medidas normativas han sido elaboradas para garantizar el respeto al derecho de propiedad de terceros por parte de empresas de la cadena minera, en todas las fases de sus actividades?

Existe una pluralidad de normas que rigen la actividad minera en la República Argentina y que resultan aplicables a sus diferentes etapas.

Como punto de partida, corresponde destacar que la Constitución Nacional, en su Art. 124 establece el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; consecuentemente, la minería es competencia de las provincias, las cuales tienen las siguientes facultades y responsabilidades: 1) legislar (Ej. leyes provinciales que reglamentan el uso de sustancias, el tipo de minería autorizada, los mecanismos de consulta ciudadana,

etc.); 2) concesionar; 3) controlar; 4) administrar; 5) sancionar 6) imponer tributos, cánones y tasas; 7) percibir regalías.

Además, la Carta Magna sostiene en su Art. 41 que:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Ambas delimitaciones jurídicas, el carácter federal en cuanto a la propiedad de los recursos naturales, y el derecho de todo ser humano a un ambiente sano, están contemplados en el Código de Minería de la Nación.

En este orden de ideas, sin perjuicio de la multiplicidad de normas de diversa jerarquía que integran el marco jurídico aplicable a la actividad minera en Argentina, la propiedad de las minas y el derecho de exploración y explotación están reglamentadas

por el mencionado Código de Minería sancionado por el Congreso de la Nación en 1886 y que ha sido objeto de numerosas reformas; las últimas y más relevantes, fueron realizadas por las Leyes N.º 24.498 (Actualización Minera) y 24.585 (Protección Ambiental) ambas de 1995.

Es precisamente el Código de Minería, que rige para todas las provincias del Estado federal, el instrumento que regula los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamiento de las sustancias minerales y, en particular, contempla normas relativas al derecho de propiedad del titular de la superficie del terreno en que se encuentra situada la mina.

De acuerdo al Código de Minería (Art. 7), el Estado tiene derechos soberanos y jurisdiccionales sobre las minas, pero carece de la facultad de explotarlas y de disponer de ellas, salvo en los términos previsto en aquel instrumento, por lo cual concede a los particulares facultad para buscar minas, aprovecharlas y disponer de ellas como dueños.

La propiedad minera, según el Código de Minería, es una propiedad distinta a la del terreno en que se encuentra, y se rige por los mismos principios de la propiedad común, salvo disposiciones especiales del Código de minería (Art. 11). Hay, entonces, dos propiedades: la propiedad superficiaria y la propiedad del subsuelo que el Código de Minería reconoce al descubridor.

Esta diversificación jurídica entre la propiedad superficial y la mina genera consecuencias de importancia, toda vez que

la legislación contempla normas tendientes a proteger en cierta medida los derechos de quien es titular superficial frente al concesionario de la mina ante los posibles abusos que se deriven de la realización de la actividad, sin perjuicio de que esa protección se encuentra en cierta medida debilitada en atención al carácter de utilidad pública que reviste la actividad minera y de las facilidades que el ordenamiento establece para su desarrollo.

La protección del titular superficial se advierte ya en la regulación de la fase de exploración o cateo, donde se prevé el procedimiento por el cual la persona interesada en la búsqueda de territorios que contengan sustancias minerales susceptibles de concesión debe solicitar el respectivo permiso para reconocer el sitio respectivo. En este marco, el Código de Minería establece que el permiso es indispensable para hacer cualquier trabajo de exploración, estableciendo la posibilidad de aplicar (por pedido del dueño) una multa al explorador cuando lleve adelante la exploración sin haber obtenido el permiso de la autoridad o el consentimiento del dueño del terreno.

Adicionalmente, se establece que el explorador debe indemnizar al propietario por los daños que le cause con los trabajos de cateo y de los daños provenientes de estos trabajos, así como que el propietario puede exigir que el explorador rinda previamente fianza para responder por el valor de las indemnizaciones.

Asimismo, en protección del derecho de propiedad del titular superficial, el Código de Minería establece límites al derecho de cateo, al disponer que ni el permiso para explorar ni la

concesión de una mina dan derecho a ocupar la superficie con trabajos y construcciones mineras sin el formal consentimiento del propietario: 1) en el recinto de todo edificio y en el de los sitios murados; 2) en los jardines, huertos y viñedos, murados o sólidamente empalizados; y no estando así, la prohibición se limitará a un espacio de diez mil (10.000) metros cuadrados en los jardines, y de veinticinco mil (25.000) en los huertos y viñedos; 3) a menor distancia de cuarenta (40) metros de las casas, y de cinco (5) a diez (10) metros, de los demás edificios, siendo que cuando las casas sean de corta extensión y poco costo, la zona de protección se limitará a diez (10) metros, que pueden extenderse hasta quince (15); 4) a una distancia menor de treinta (30) metros de los acueductos, canales, vías férreas, abrevaderos y vertientes.

A continuación, el Código aclara que para los talleres, almacenes, depósitos de minerales, caminos comunes, máquinas, sondeos y otros trabajos ligeros o transitorios, el radio de protección se reducirá a quince (15) metros. Además, se dispone que cuando para la continuación de una explotación y del aprovechamiento de sus productos, sea necesario hacer pozos, galerías u otros trabajos semejantes dentro del radio que protege las habitaciones, la autoridad lo permitirá, previa audiencia de los interesados, informe de un perito y constancia del hecho; y que, en este caso, el radio de protección, podrá reducirse hasta quince (15) metros.

Paralelamente, el Código reconoce el derecho del propietario del suelo a explorar su propio terreno. En particular, el Art.

42 señala que el dueño de la superficie puede hacer en ella todo trabajo de exploración (aun en los lugares exceptuados) sin previo permiso, aunque si no hubiese obtenido este permiso de la autoridad ni limitado con su intervención el campo de sus exploraciones, no podrá oponer contra un tercer solicitante, ni preferencia como dueño, ni prelación como anterior explorador.

Al marco tuitivo descripto precedentemente, corresponde agregar (en tanto contribuyen también a proteger los derechos del propietario) las normas de responsabilidad que el Código de Minería y otras leyes sobre protección del medio ambiente contemplan con relación a los daños producidos por la empresa minera durante las diferentes fases de su actividad, las cuales se describen en forma detallada en la respuesta a la pregunta número 25.

Sin perjuicio de las normas a las que se aludiera en los párrafos anteriores, es necesario reiterar que la protección del derecho de propiedad del titular superficial ha quedado relativizada en nuestra legislación, a partir del carácter de utilidad pública que se le reconoce a la industria minera y que condujo a que en el conflicto entre los derechos del propietario del terreno y los del minero, el Código se incline a favor de este último, otorgándole dos privilegios fundamentales: 1) el de gravar con servidumbres mineras (transitoria o permanente) la superficie y los demás bienes incorporados a ésta; y 2) el de exigir la venta de los terrenos correspondientes para las necesidades de la explotación minera.

Por un lado, en cuanto al primero de esos privilegios otorgados al minero, se establece que los fundos superficiales a

la concesión y los inmediatos, en su caso, quedan gravados, por imperio de la ley, con servidumbres mineras, en la forma que determina el mismo Código.

Al respecto, se entiende que obligar al propietario a la venta del terreno ocupado no siempre resulta razonable, por lo cual en este caso se le impone en su lugar la aceptación de determinados límites, sin llegar al extremo de exigirle la venta forzada. Al respecto, el Art. 146 establece que una vez verificada la concesión, los fundos superficiales y los inmediatos, quedan sujetos a las servidumbres siguientes, previa indemnización: 1) la de ser ocupados en la extensión conveniente, con habitaciones, oficinas, depósitos, hornos de fundición, máquinas de extracción, máquinas de beneficio, para los productos de la mina; 2) la ocupación del terreno para la apertura de vías de comunicación y transporte, sea por los medios ordinarios, sea por tranvías, ferrocarriles, canales u otros, hasta arribar a las estaciones, embarcaderos, depósitos, caminos públicos; 3) el uso de las aguas naturales para las necesidades de la explotación, para la bebida de las personas y animales ocupadas en la faena y para el movimiento y servicio de las maquinas (este derecho comprende el de practicar los trabajos necesarios para la provisión y conducción de las aguas; 4) el uso de los pastos naturales, en terrenos no cercados.

Conforme a lo dispuesto por el Código de Minería, las servidumbres se constituyen previa indemnización del valor de las piezas de terreno ocupadas y de los perjuicios consiguientes a la ocupación. Sin embargo, no siempre será posible fijar de inme-

diato el valor de las indemnizaciones, en cuyo caso se autoriza la constitución de una fianza o caución para posibilitar la formalización inmediata de la servidumbre. La libertad del concesionario para establecer las servidumbres es amplia y comprende todos los trabajos que necesite instalar, sin obligación de obtener el consentimiento del propietario, quien no obstante puede manifestar su oposición oponerse en determinadas circunstancias. En este orden de ideas, el Art. 155 dispone que el concesionario puede establecer en el ámbito de la pertenencia, los trabajos que crea necesarios o convenientes a la explotación, sin previa autorización, pero el propietario podrá oponerse a la iniciación o prosecución de esos trabajos en los casos siguientes: 1) cuando con ellos se contravenga, en perjuicio suyo, a alguna disposición de la ley; 2) cuando se ocupe un terreno, cuya indemnización no haya sido pagada o afianzada.

Por otro lado, sin perjuicio del uso de las servidumbres, el concesionario de una mina puede optar por la compra de los terrenos correspondientes, en reemplazo de aquellas, estando el propietario obligado a la venta, en la medida autorizada por el Código de Minería. Al respecto, es dable destacar que a diferencia de las servidumbres, la venta forzosa rige sólo en relación a los terrenos comprendidos dentro del perímetro de la concesión. Fuera de este perímetro, la venta no es forzosa y debe acordarse con el propietario. Al respecto, el Art. 156 dispone que la concesión de una mina comprende el derecho de exigir la venta del terreno correspondiente. Mientras tanto, se sujetará a lo dispuesto en el

parágrafo de las servidumbres. Por su parte, el Art. 159 dispone que cuando los terrenos pertenecen a particulares, deberá pagarse previamente su valor y los perjuicios, pero si el minero los tiene ocupados o quisiera ocuparlos, otorgará fianza suficiente, mientras se practican las diligencias conducentes al pago.

Finalmente, hay que tener en consideración que las normas del Código de Minería resultan complementadas por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado en el año 2014 mediante la ley 26994. Este instrumento contiene diversas normas que resultan aplicables a los bienes que pueden ser afectados por la actividad minera. En este sentido, el Art. 240 (titulado “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes”) indica que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1^a y 2^a (en la cual se incluye a las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería) debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, debiendo conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, sin afectar el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

A su vez, el art. 241 establece que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

24. ¿Qué tipo de mecanismos administrativos existen para proteger el derecho de propiedad y otros derechos reales en zonas de extracción de recursos mineros?

Dentro de las facultades que las provincias se reservaron para sí en la distribución de poderes determinada en la Constitución Nacional se encuentran la de dictar los Códigos de Procedimientos. No obstante, a diferencia de otros códigos de fondo, el Código de Minería argentino contiene ciertas disposiciones procesales a fin de que los derechos de los diversos sujetos involucrados en la actividad (entre ellos el derecho de propiedad y otros derechos reales de los terceros) puedan hacerse valer ante las autoridades correspondientes, sean estas administrativas o judiciales. Una cuestión importante de dicha regulación es el llamado impulso procesal de oficio, según el cual corresponde a la autoridad minera (como en el proceso criminal), obrar por propio impulso en el trámite de las solicitudes de permiso, concesiones mineras, sancionando con la pérdida del derecho cuando se dilaten los términos más allá de lo previsto por el mismo Código.

Sin perjuicio de ello, y en ejercicio de sus facultades constitucionales, las provincias han dictado sus propias normas a los fines de delinear en el marco de sus propias competencias los mecanismos administrativos tendientes a hacer efectiva la protección del derecho a la propiedad y otros derechos de aquellos terceros que puedan ser eventualmente afectado por el ejercicio de la actividad minera.

25. ¿En caso haya vulneración al derecho de propiedad y otros derechos reales por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)? ¿existen medidas de prevención?

Se establecen diferentes tipos de sanciones para los responsables en caso de vulneración del derecho a la propiedad y otros derechos reales por parte de la empresa minera.

El Código de Minería consagra, en su Art. 161, el principio que indica que el propietario de una mina es responsable de los perjuicios causados a terceros, tanto por los trabajos superficiales como por los subterráneos, aunque estos perjuicios provengan de accidentes o casos fortuitos. Al respecto, especifica que los perjuicios serán previamente justificados, y no podrán reclamarse después de transcurridos seis (6) meses desde el día del suceso. De lo expuesto se desprende que la responsabilidad en el derecho minero argentino es objetiva. Este principio es general y se aplica no sólo a los trabajos de explotación, sino a los derivados de los trabajos exploratorios.

No obstante, el mencionado cuerpo normativo consagra limitaciones en cuanto a la responsabilidad del dueño de la mina, al determinar que aquella cesa en los siguientes casos: 1) cuando los trabajos perjudicados han sido emprendidos después de la concesión sobre lugares explotados, o en actual explotación, o en

dirección de los trabajos en actividad, o sobre el criadero manifestado o reconocido; 2) cuando, después de la concesión se emprenda cualquier trabajo sin previo aviso a la autoridad ni citación del dueño de la mina; 3) cuando se continúen trabajos suspendidos un (1) año antes de la concesión; 4) cuando el peligro para las obras o trabajos que se emprendan, existía antes o era consiguiente a la nueva explotación. Dado el aviso, se procederá al reconocimiento de los lugares, dejándose constancia de que el punto designado por el propietario del suelo está comprendido o no en alguno de los casos indicados en los incisos precedentes.

Asimismo, el Código establece que un año después de vencidos los plazos para la ejecución de la labor legal, el propietario podrá exigir que el concesionario compre el terreno ocupado, cuando por causa de la explotación hubiese quedado inútil o muy poco a propósito para sus ordinarias aplicaciones. También se dispone que dos años después de vencidos esos plazos, el propietario podrá exigir la compra del terreno correspondiente a la concesión, cualquiera que sea su estado. Si la concesión excediere de una unidad de medida, sólo podrá exigir la compra de las unidades que estuvieren ocupadas con trabajos u obras que no sean de carácter transitorio.

Además de las responsabilidades indicadas precedentemente, el Código de Minería contiene una sección específica destinada a sancionar a aquellos sujetos que generen un daño ambiental durante el desarrollo de la actividad minera, la cual fue

incorporada mediante la ley N.º 24585 (Ley de Protección al Ambiente para la Actividad Minera), sancionada en 1995.

En cuanto a los sujetos que pueden ser responsables por el daño ocasionado, el Código destaca que serán responsables de todo daño ambiental las personas comprendidas en las actividades de: a) prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en este código de minería, incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina; b) los procesos de trituración, molienda, beneficio, pelletización, sinterización, briqueteo, elaboración primaria, calcinación, fundición, refinación, aserrado, tallado, pulido lustrado, otros que puedan surgir de nuevas tecnologías y la disposición de residuos cualquiera sea su naturaleza. No distingue expresamente entre sanciones individuales y colectivas.

A su vez, es importante señalar que según el Código las personas comprendidas en las actividades indicadas serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en la respectiva sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa; debiendo resaltarse que el titular del derecho minero será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho.

Con relación a las infracciones y sanciones, el Código señala que el incumplimiento de las disposiciones establecidas en

la respectiva sección, cuando no estén comprendidas dentro del ámbito de las responsabilidades penales, será sancionado con: a) apercibimiento; b) multas, las que serán establecidas por la autoridad de aplicación conforme las pautas dispuestas en el artículo 243 del mismo instrumento; c) suspensión del goce del certificado de calidad ambiental de los productos; d) reparación de los daños ambientales; e) clausura temporal, la que será progresiva en los casos de reincidencia, siendo que en caso de tres (3) infracciones graves se procederá al cierre definitivo del establecimiento; f) inhabilitación. El que cometiere una infracción habiendo sido sancionado anteriormente por otra infracción a esta Sección, será tenido por reincidente a los efectos de la graduación de la pena.

Estas sanciones se aplicarán previo sumario por las normas del proceso administrativo, que asegure el debido proceso legal y se graduarán de acuerdo con la naturaleza de la infracción y el daño producido.

El Código determina también que, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que establezcan las normas vigentes, todo el que causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo, según correspondiere.

Finalmente, se prevé que serán autoridad de aplicación para la aplicación de las reglas indicadas anteriormente las autoridades que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción.

Siguiendo esta línea de protección contra el daño ambiental, se destacan también diversas disposiciones penales del ordenamiento jurídico argentino que podrían derivar en sanciones de esa naturaleza para los sujetos comprendidos en la actividad minera. En este sentido, si bien se trata de normas que no están dirigidas específicamente a sancionar violaciones al derecho de propiedad, sí podrían aplicarse a quienes incurran en daños al medio ambiente en el marco de dicha actividad afectando los derechos del titular de la superficie del terreno en que se encuentra la mina. En ese orden de ideas, en el Código Penal argentino encontramos los delitos de daño (art. 184/186), delitos contra la seguridad y salud pública, (art 186, 200/207) y el delito de usurpación de aguas (art. 182).

Por último, en cuanto a las medidas que tienden a prevenir las afectaciones al derecho de propiedad del titular superficial, se destacan las exigencias de permiso para el comienzo de las actividades de exploración conforme a lo dispuesto en el art. 26 del Código.

Además, si bien no tienden a prevenir directamente la afectación de la propiedad, sino más bien evitar daños al medio ambiente a partir de la actividad minera, pueden destacarse dos exigencias que tienen carácter preventivo en el marco del Código, que resulta reforzado en la materia por las disposiciones específicas contenidas en la ley 25.675 (Ley General de Ambiente).

Por un lado, el art. 251 establece que los responsables comprendidos en las actividades a que refiere el art. 249 debe-

rán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad allí especificada, un Informe de Impacto Ambiental, que será evaluado por la autoridad de aplicación, la cual se pronunciará por la aprobación mediante una Declaración de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto o de implementación efectiva.

El Código regula la información que debe contener el mencionado informe con relación a cada etapa de la actividad. Así, el Informe de Impacto Ambiental para la etapa de prospección deberá contener el tipo de acciones a desarrollar y el eventual riesgo de impacto ambiental que las mismas pudieran acarrear; y para la etapa de exploración, deberá contener una descripción de los métodos a emplear y las medidas de protección ambiental que resultaren necesarias. Asimismo, se indica que en las etapas mencionadas precedentemente será necesaria la previa aprobación del Informe por parte de la autoridad de aplicación para el inicio de las actividades, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el Artículo 248 por los daños que se pudieran ocasionar.

La autoridad de aplicación se expedirá aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental en un plazo no mayor de sesenta (60) días hábiles desde que el interesado lo presente. Si mediante decisión fundada se estimare insuficiente el contenido del Informe de Impacto Ambiental, el responsable podrá efectuar una nueva presentación dentro de un plazo de treinta (30) días hábiles de notificado. La autoridad de aplicación en el término de treinta (30) días hábiles se expedirá

aprobando o rechazando el informe en forma expresa. La declaración de Impacto Ambiental será actualizada máximo en forma bianual, debiéndose presentar un informe conteniendo los resultados de las acciones de protección ambiental ejecutadas, así como de los hechos nuevos que se hubieren producido.

Los equipos, instalaciones, sistemas, acciones y actividades de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición ambiental, consignadas por el responsable e incluidas en la Declaración de Impacto Ambiental constituirán obligación del responsable y serán susceptibles de fiscalización de cumplimiento por parte de la autoridad de aplicación.

También corresponde destacar que no será aceptada la presentación cuando el titular o cualquier tipo de mandatario o profesional de empresa, estuviera inhabilitado o cumpliendo sanciones por violación a las normas establecidas por el Código respecto del daño ambiental por la actividad minera.

Por otro lado, como otra medida que puede concebirse como preventiva, el Código señala en su art. 267 que la autoridad de aplicación implementará un programa de formación e ilustración con la finalidad de orientar a la población, en particular a aquella vinculada a la actividad minera, sobre la comprensión de los problemas ambientales, sus consecuencias y prevención con arreglo a las particularidades regionales, étnicas, sociales, económicas y tecnológicas del lugar en que se desarrollen las tareas.

26. ¿Cuáles son las instituciones estatales responsables por la autorización, control y fiscalización del uso de la tierra y otros recursos apropiables? ¿En el país hay expropiación para fines mineros?

Previo a especificar cuáles son las autoridades estatales responsables por la autorización, control y fiscalización del uso de la tierra y otros recursos apropiables, resulta oportuno efectuar algunas consideraciones de carácter general en torno a la distribución constitucional de competencias entre el Estado nacional y las provincias con relación a los recursos naturales.

Al respecto, se debe tomar como punto partida el Art. 124 de la Constitución Nacional, el cual establece que corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. La principal consecuencia de esta disposición consiste en el otorgamiento de la titularidad de los recursos naturales a los Estados provinciales que se encuentren ubicados en su territorio, lo que implica facultarlos para regular las cuestiones atinentes a su uso y explotación, aunque esa potestad estará limitada por otras facultades reconocidas expresamente por el texto constitucional en favor del Estado nacional con respecto al mismo objeto (Art. 41 y Art. 75 incs. 12, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional).

En atención a la mencionada distribución constitucional de competencias, existen autoridades nacionales y provinciales

vinculadas con la autorización, control y fiscalización de los recursos mineros.

En el orden nacional, se destaca el Consejo Federal de Minería, creado mediante la ley 24.224, como organismo de asesoramiento de la Secretaría de Minería de la Nación, integrado por un miembro titular y un miembro suplente de cada una de las provincias y el Estado Nacional.

Asimismo, en el marco de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) se inserta el Consejo Federal de Ambiente como organismo permanente para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre las provincias y que tiene (entre otros) los siguientes objetivos: 1) formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, en base a los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escales locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales; 2) coordinar estrategias y programas de gestión regionales en el medio ambiente, propiciando políticas de concertación como modo permanente de accionar, con todos los sectores de la nación involucrados en la problemática ambiental; 3) formular políticas de utilización conservante de los recursos del medio ambiente; 4) promover la planificación del crecimiento y desarrollo económico con equidad social en armonía con el medio ambiente; 5) difundir el concepto de que la responsabilidad en la protección y/o preservación del ambiente debe ser compartida entre la comunidad y el estado; 6) promover el ordenamiento administrativo para la estrategia y gestión ambiental en la nación, provincias y municipios. 7)

exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos de efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales; 8) propiciar programas y acciones de educación ambiental, tanto en el sistema educativo formal como en el informal, tendientes a elevar la calidad de vida de la población; 9) fijar y actualizar los niveles exigidos de calidad ambiental y realizar estudios comparativos, propiciando la unificación de variables y metodologías para el monitoreo de los recursos ambientales en todo el territorio nacional.

Por su parte, cada provincia ha organizado con base en su autonomía y en función del art. 124 de la Constitución Nacional organismos (generalmente con el rango de Direcciones) con el mandato de ejercer en cada jurisdicción la autoridad minera, aplicando el Código de Minería de la Nación y normas complementarias así como ejercer la administración de los yacimientos de propiedad provincial. En concordancia con ello, el Código de Minería establece que serán autoridad de aplicación para lo dispuesto Sección relativa a la protección ambiental de la actividad las autoridades que las provincias determinen en el ámbito de su jurisdicción.

Finalmente, en lo que se refiere a la expropiación con fines mineros en nuestro país, cabe destacar que la misma se encuentra reconocida dentro de las disposiciones del Código de Minería. En particular, el art. 156 dispone que “La concesión de una mina comprende el derecho el derecho de exigir la venta del terreno correspondiente. Mientras tanto, se sujetará a lo dispues-

to en el parágrafo de las servidumbres”. Conforme se expresó en la respuesta a la pregunta nº 23, la norma transcrita faculta al concesionario de una mina a exigir al propietario la venta de los terrenos correspondientes, encontrándose el titular superficial obligado a la venta en los términos establecidos por el mencionado instrumento legal. De este modo, la ley le reconoce al minero la facultad de expropiar la superficie correspondiente a la concesión en la medida necesaria o conveniente a la explotación, circunstancia que se explica a la luz del carácter de utilidad pública con que el ordenamiento concibe a la industria minera subordinando al suelo a sus necesidades operativas. Por ello, es que la concesión de una mina involucra el derecho de exigir la venta del suelo, de manera tal que la falta de acuerdo con su dueño, autoriza al concesionario a recurrir a la expropiación por la vía judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde precisar que el derecho reconocido al minero de expropiar la superficie fundado en la utilidad pública, sólo se limita al perímetro de la concesión no pudiendo extenderse más allá de esos límites; pues, fuera de la concesión, la utilidad pública sólo ampara la constitución de servidumbres.

27. ¿Espacios territorialmente protegidos, como florestas nacionales, parques, unidades de conservación, tierras indígenas, pueden ser objeto de proyectos de extracción minera? De ser así, explique el procedimiento.

Ni en el Código de Minería ni en la Ley 24585 existe una prohibición de que lugares protegidos sean objeto de proyectos de extracción minera.

Existen diversas áreas protegidas por legislación nacional o provincial que, aun así, han sido objeto de proyectos o de explotaciones mineras:

- Área natural La Ciénaga en la provincia de San Juan - uranio: La reserva fue creada por Ley Provincial N° 7640 del año 2005. La empresa de capitales australianos Latin Uranium realizó tareas de exploración y prospección hasta mitad del año 2014. Hacia fines del 2014 y principios del 2015, la empresa obtuvo la aprobación de su Declaración de Impacto Ambiental (DIA), aunque no había llegado a completar la totalidad de la presentación documental requerida para el inicio de actividades. En marzo de 2015 se suspendió la aprobación de la DIA como consecuencia de la presentación de la Comunidad del Área Protegida de La Ciénaga. Hacia principios del año 2016, no se había ordenado aún la prohibición absoluta de esta explotación, aún cuando, además de las restricciones incluidas en la ley de creación de la Reserva La Ciénaga, existe desde el año 1996 y permanece en vigencia la Ordenanza N° 1394 aplicable a la totalidad del departamento Jáchal que prohíbe cualquier tipo de acción que involucre cualquier elemento vinculado al ciclo nuclear.

- Reserva de la biosfera San Guillermo en la provincia de San Juan - oro y plata: La Reserva provincial San Guillermo fue creada en 1972 sobre una superficie de 981 460 hectáreas. En el año 1980 fue declarada reserva de la biosfera dentro del programa MAB de la UNESCO. En 1998 se creó el Parque nacional San Guillermo en la zona núcleo de la reserva sobre una superficie de 170 000 hectáreas. Dentro de la Reserva de Biosfera se encuentran la explotación Pascua Lama y la mina Veladero, ambas propiedad de Barrick Gold. Diversas organizaciones ambientalistas expresaron por diversos medios su firme rechazo a la continuidad de las operaciones en Veladero y Pascua Lama, proponiendo incluso la intervención de la Unesco en la controversia. El proyecto Pascua Lama había estado interrumpido desde 2013 y en agosto de 2015 se anunció su cierre temporal. A mitad de septiembre de 2015 se produjo en Veladero un derrame masivo de solución cianurada que derivó en el cierre de la operación.
- Reserva provincial Laguna Brava: En agosto de 2012, la Secretaría de Ambiente Provincial emitió una disposición mediante la cual se declaraba Reserva de Usos Múltiples a la totalidad de la superficie de la Reserva Laguna Brava. Esta tipificación habilita actividades extractivas dentro de la reserva lo cual implica la instalación de explotaciones mineras. La resolución fue publicada en el Boletín Oficial bajo el N° 280 el 31 de agosto de 2012. Según informa-

ciones periodísticas, más de 15 empresas mineras disponían de permisos para el desarrollo de sus actividades, en áreas que totalizaban unas 240 000 hectáreas, más de la mitad de la superficie de la reserva. A mediados del 2014, una resolución de la Secretaría de Ambiente de la Nación dejó sin efecto lo autorizado por las autoridades provinciales.

- Parque nacional El Leoncito - cobre y oro: El Proyecto San Jorge es una explotación minera ubicada en el norte de Mendoza a poca distancia del límite con San Juan. En el año 2007, la provincia de Mendoza promulgó la ley N° 7722 que prohíbe específicamente el uso de cualquier sustancia tóxica en cualquier etapa del proceso minero, con lo cual, la viabilidad del proyecto implicaba que parte de las etapas se realizaran en el punto más próximo de San Juan, cuya legislación habilita dichos procesos. Este punto más próximo se ubica en el departamento Calingasta y coincide con el límite del Parque nacional El Leoncito. En octubre de 2009, un estudio de un grupo de expertos en temas ambientales daba cuenta de los errores y deficiencias presentes en el estudio de impacto ambiental del proyecto, presentado y aprobado. En el año 2010 el intendente del parque nacional advirtió acerca del impacto que causaría el inicio de la explotación en las actividades de los observatorios astronómicos ubicados a solo 15 km, dada la inevitable producción de material par-

ticulado que quedaría en suspensión en el aire y actuaría como una bruma permanente impidiendo el trabajo de los observatorios. Diversas acciones legales y el resultado de las consultas a la comunidad detuvieron el inicio de la operación.

- Quebrada de Humahuaca - uranio: En el año 2003, la Unesco declaró a la Quebrada de Humahuaca Patrimonio de la Humanidad, definiendo una zona centro de 172 000 hectáreas y una zona de amortiguación de aproximadamente 370 000 hectáreas. En los años 2007 y 2008 se aprobó la iniciación de trabajos de exploración para la extracción de uranio, por lo cual, las comunidades afectadas iniciaron acciones legales en diversos fueros. A mediados de 2008, se anunció que el gobierno de Jujuy prohibiría la realización de actividades que pusieran en riesgo el patrimonio, pero esta decisión fue apelada con éxito. En el 2009 las organizaciones sociales elevaron el caso al máximo tribunal provincial que emitió un fallo a su favor y en contra de la explotación minera en febrero de 2010. Sin embargo, la explotación minera sólo está suspendida y hacia mediados de 2014 continuaba la contienda legal.
- Área Natural Protegida Provincial Laguna del Diamante - cobre y oro: El proyecto Papagayos se hallaba contenido dentro del área protegida Laguna del Diamante, principal reserva de agua en estado líquido de la provincia de Mendoza. Las comunidades afectadas manifestaron su fuerte

oposición y el proyecto debió ser suspendido. En el año 2005, la empresa minera intentó reiniciarlo pero la población logró el apoyo de los legisladores para ampliar el área protegida a 170 000 hectáreas, con lo cual, el proyecto entraba en contradicción con las leyes de preservación y fue cancelado definitivamente.

28. ¿Qué tipo de medidas normativas existen que obliguen a las empresas a tener procesos para identificar, prevenir, mitigar y resarcir los posibles daños al medio ambiente de sus operaciones, productos o servicios? ¿Existen mecanismos de evaluación del impacto ambiental en la actividad minera?

A nivel nacional

A nivel nacional se ha sancionado la Ley 24585 en virtud de la cual se establece en su artículo 2 que “Todo proyecto minero integrado será evaluado en materia ambiental, en su totalidad, por la autoridad de aplicación que cada provincia designe”. En este sentido, se evidencia que la autoridad de aplicación es de jurisdicción provincial, pues la propiedad de los recursos, tal como lo establece la Constitución, es provincial. Cada provincia determina quién debe velar por la ejecución y control de la ley, estableciendo las sanciones correspondientes, que van del apercibimiento al revocamiento de la concesión, el cierre de la mina y el establecimiento de responsabilidades civiles y penales.

Están obligados a cumplir con esta ley, todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, los entes centralizados y descentralizados y las empresas del Estado Nacional, Provincial y Municipal que desarrollen las siguientes actividades:

- Prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en el Código de Minería, incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina.

- Los procesos de trituración, molienda, beneficio, pelletización, sinterización, briqueteo, elaboración primaria, calcinación, fundición, refinación, aserrado, tallado, pulido, lustrado y otros que pueden surgir de nuevas tecnologías y la disposición de residuos cualquiera sea su naturaleza.

Para ello, las empresas que desarrollen el proyecto deben presentar un Informe de Impacto Ambiental, revistiendo este carácter de declaración jurada. Además, la ley establece en uno de sus anexos los lineamientos que debe seguir el mencionado informe (Anexo III).

A su vez, el artículo 9 de la mencionada ley establece que “excepcionalmente, en aquellos casos en que se produzcan desajustes significativos entre los resultados esperados, según la Declaración de Impacto Ambiental, y los efectivamente alcanzados, será necesaria la actualización de la misma, en la extensión del desajuste verificado”.

En el artículo 11 de la ley se establece el procedimiento a seguir en el caso de que ocurra un accidente o desperfecto –den-

tro del área de influencia del proyecto: “la empresa titular deberá denunciarlo ante las autoridades de inmediato y mediante comunicación fehaciente, declarando en dicha oportunidad el inicio de las medidas de mitigación adoptadas y el plan de contingencia propuesto”.

A nivel provincial

Cada una de las provincias ha adoptado su propia ley de evaluación de impacto ambiental, fijando la autoridad de control, entre otras disposiciones. A continuación, se enumeran algunos ejemplos:

a) Provincia de Buenos Aires

En la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 11.723. En virtud de esta ley, la realización de obras o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo al ambiente de la Provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deben obtener en forma previa a su materialización, una DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (DIA).

El procedimiento tendiente a obtener la DIA, se conoce como EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL y se inicia con la presentación del ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL por parte del promotor del proyecto ante la Autoridad Ambiental Jurisdiccional según corresponda.

A continuación, se enumeran a modo orientativo, proyectos de obras o actividades sometidas al proceso de EVALUACIÓN

DE IMPACTO AMBIENTAL por la Autoridad Ambiental Provincial.

Generación, transporte y transformación de energía.

Sistemas de saneamiento y agua potable.

Localización de parques y complejos logísticos.

Exploración y explotación de hidrocarburos y minerales.

Construcción de gasoductos, oleoductos, acueductos, etc.

Construcción de embalses, presas y diques.

Dragados y obras costeras.

Construcción de rutas, autopistas, líneas férreas, aeropuertos y puertos.

Aprovechamientos forestales de bosques naturales e implantados.

Producción intensiva de animales.

Plantas de tratamiento y disposición final de residuos.

Obras o actividades en áreas de interés ambiental.

b) Provincia de San Juan

En San Juan se ha sancionado la Ley 6.571, denominada “Ley evaluación impacto ambiental”, cuyo artículo 2 establece que “todos los proyectos de obras o actividades capaces de modificar directa o indirectamente el ambiente del territorio provincial, deberán obtener una DECLARACION DE IMPACTO AMBIENTAL (D.I.A) expedida por la Subsecretaría de Política Ambiental, quien será Autoridad Ambiental de Aplicación de la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 4 de la mencionada ley establece el procedimiento que debe seguirse para efectuar la evaluación de Impacto Ambiental, conformado por las siguientes etapas: 1.- La presentación de la manifestación general de Impacto Ambiental y, cuando se estime necesario, de la manifestación específica de Impacto Ambiental. 2.- La Audiencia Pública de los interesados o afectados. 3.- El Dictamen Técnico. 4.- La Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A). A fin de lograr celeridad, las etapas 3 y 4 deberán cumplirse en forma simultánea. -

c) Provincia de Córdoba

En Córdoba se ha sancionado la Ley 10.208, cuyo artículo 15 establece que los proyectos públicos y privados consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra obra contenida en el anexo de la ley deben someterse, de manera obligatoria, al proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, previo a su ejecución.

d) Provincia de La Rioja

En La Rioja se sancionó la Ley 7371, cuyo artículo 16 dispone:

“Las personas públicas o privadas, responsables de obras y/o acciones que degraden o sean susceptibles de degradar el ambiente, quedan obligadas a presentar un Estudio o Informe de Impacto Ambiental en todas las etapas de desarrollo de cada proyecto y antes del inicio de cualquier actividad (...).El costo del Estudio o Informe

de Impacto Ambiental será soportado por los interesados, con excepción de los pequeños productores agropecuarios o pequeños emprendedores de otras actividades. En el caso de estos últimos, el Estudio o Informe de Impacto Ambiental deberá realizarlo la Autoridad de Aplicación, con la intervención de los organismos que fueran necesarios”.

A su vez, el Anexo I de la ley mencionada incluye en el punto 6 a los proyectos de desarrollo minero, incluidos carbón, petróleo, gas y extracción industrial de áridos, comprendiendo las etapas de prospección, exploración, explotación, procesamiento, disposición de residuos y estériles y abandono de la actividad.

e) Provincia de Santa Cruz

En Santa Cruz se sancionó la Ley 2658, cuyo artículo 3 establece su ámbito de aplicación: *“se encuentran comprendidos en el régimen de la presente ley todas las actividades, proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de modificar directa o indirectamente en cualquiera de sus etapas de ejecución el ambiente, que realicen o proyecten realizar personas físicas o jurídicas, públicas o privadas”.*

Exigiéndoles a los que lleven a cabo los proyectos, la obtención de una Declaración de Impacto Ambiental.

f) Provincia de Catamarca

En Catamarca se emitió el Decreto 1318/1997 en virtud del cual se creaba la autoridad de aplicación que fijaba la ley nacional 24585, designando a la Secretaría de Minería.

El mencionado decreto posee un anexo donde se estipula el contenido que debe tener el informe de impacto ambiental.

Medio ambiente

29. ¿El Estado exige a las empresas comunicar, informar y consultar a las comunidades donde operan de los posibles impactos de sus operaciones en el medio ambiente?

La obligación de proporcionar información está cristalizada en la Ley Nacional 25.675 -Ley General del Ambiente (Boletín Oficial, 28 de noviembre de 2002)- que en su Art. 16 establece que: “[l]as personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”. Estos datos serán gestionados y analizados por la Autoridad de Aplicación dentro de un sistema nacional integrado de información (art. 17)”.

De igual modo, la Ley 25.831 del Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental garantiza la disponibilidad pública de toda la información sobre el medio ambiente que esté en poder del Estado Nacional, Provincial y Municipal, así como

entes autárquicos y empresas públicas, privadas o mixtas que presten servicios públicos, los cuales están obligados a suministrar la información ambiental que se les requiera (art. 1 y 4).

En similar sentido, el art. 268 del Código de Minería también obliga a la Autoridad de Aplicación a suministrar datos relativos al impacto ambiental de las actividades mineras a quien lo solicite.

La ley 7.801 de Medio Ambiente de la Rioja (Boletín Oficial, 29 de marzo de 2005) y la Ley Ambiental Provincial de La Pampa (Boletín Oficial, 2 de febrero de 2001) prevén sendos sistemas provinciales de información ambiental (arts. 4 y 2.f, respectivamente).

Sobre la obligación de realizar consultas, ver respuesta N° 36.

30. ¿Existen mecanismos / entidades estatales de fiscalización, monitoreo y supervisión de empresas respecto a posibles daños al medio ambiente?

La Ley 24.585 prevé la creación de autoridades provinciales de aplicación para la fiscalización, monitoreo y supervisión de las empresas respecto a daños al medio ambiente. Cada una de las provincias le ha asignado esa función a alguna institución dentro del Poder Ejecutivo, por ejemplo, la provincia de San Juan se la ha designado a la Subsecretaría de Política Ambiental.

31. ¿El Estado exige a las empresas establecer mecanismos de indemnización y reparación ambiental en caso hayan provocado o hayan contribuido a provocar consecuencias negativas en la población o el medio en el que se desarrolla esta? ¿hay casos recientes de empresas sancionadas?

La Ley 24.051 titulada “Régimen de Desechos Peligrosos”, que establece en el capítulo 9 el régimen penal aplicable en el caso de contaminación ambiental, no establece mecanismos de indemnización y reparación ambiental.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 24.585 establece que: *“todo el causare daño actual o residual al patrimonio ambiental, estará obligado a mitigarlo, rehabilitarlo, restaurarlo o recomponerlo según correspondiere”*.

- Caso derrame de cianuro en la Provincia de San Juan: El 12 de septiembre de 2015 se produjo un derrame de cianuro en los alrededores de la mina Veladero, en San Juan, perteneciente a la empresa Barrick Gold. Luego de medio año de haber ocurrido el derrame, el gobierno san juanino decidió imponerle a la empresa una multa por la suma de \$145.696.000.

Por su parte, el juez de la ciudad de Jáchal, Pablo Oritja, confirmó que hubo contaminación de los ríos y ordenó procesar sin prisión preventiva a nueve directivos de la minera canadiense por su responsabilidad en el incidente.

Con fecha 3 de marzo de 2016 el juez del Juzgado Criminal y Correccional Federal nro. 7 exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a que provean de agua potable y alimentos no perecederos a toda la población que pudo verse afectada por el derrame de cianuro.

Derechos de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes

Comentario preliminar

La República Argentina ha ratificado el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales por Ley 24.071 (Boletín Oficial, 20 de abril de 1992).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en el fallo *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho* (fallos 315:1492) la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, apoyándose en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 (párr. 18), algo que luego de la reforma de la Constitución en 1994 sería receptado en el artículo 75 inc. 22° de la Carta Magna, donde se le daría a un número de tratados de Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), jerarquía constitucional. Del mismo modo, en autos *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93* (fallos 318:514), estableció que la expresión “en las condiciones de su vigencia”, contenida en el mencionado precepto constitucional, significa que la convención debía ser aplicada tal como regía

en el ámbito internacional y “[...] considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (párr. 11). Por lo tanto, la CADH sería aplicable en Argentina a la luz de todas aquellas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con Comunidades Indígenas y Tribales.

Sin embargo, como se verá a continuación, son pocos los institutos de legislación interna que han llegado a instrumentar estas pautas.

32. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija y garantice los derechos colectivos de pueblos indígenas y afrodescendientes en función a las operaciones, servicios y/o productos de las empresas que puedan afectar sus derechos colectivos? Tener en cuenta que es objeto de interés tanto cuando el sujeto pasivo es la comunidad, como cuando lo son sus integrantes considerados como personas con protección reforzada de sus derechos.

Actualmente, la República Argentina no posee legislación específicamente dirigida a proteger los derechos de las Comunidades Indígenas con relación a las operaciones empresariales, en mayor medida de lo que se detalla *infra* en las respuestas a las siguientes preguntas.

Apenas la Ley 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (Boletín Oficial, 26 de diciembre de 2007) obliga a respetar los derechos de las

poblaciones originarias en todo proyecto de desmonte o manejo sostenible de bosques nativos que se desarrolle en sus tierras tradicionales (art. 19).

Asimismo, el art. 34 de la Constitución chubutense y la ley 6.780 sobre Protección del patrimonio bio-cultural comunitario de los pueblos originarios del Chaco (Boletín Oficial, 27 de mayo de 2011) velan por la protección de la propiedad intelectual de las comunidades cuando pueda ser utilizada con fines de lucro.

33. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que garantice los procedimientos para realizar una evaluación del impacto real y/o potencial de las actividades sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes?

En el orden interno, la obligación de evaluar el impacto de las actividades mineras sobre los derechos humanos de las poblaciones indígenas no se encuentra debidamente reglamentada.

La legislación argentina, tanto en el orden federal como local, contiene numerosas disposiciones relativas al deber de producir un estudio de impacto ambiental con anterioridad a la autorización de una actividad que puede incidir en el ambiente, pero en pocos supuestos se hace referencia expresa a la inclusión de una evaluación sobre la repercusión cultural o social de la misma.

El Código Nacional de Minería (Ley 1.919; Boletín Oficial, 30 de mayo de 1997), en los Arts. 251 y ss. desarrolla la obligación de presentar un informe de impacto ambiental con carácter previo

al inicio de cualquier explotación minera. Este informe debe ser elaborado por quien pretenda desarrollar alguna de las actividades mineras previstas en el Art. 249 del Código y será analizado y, eventualmente, aprobado por la Autoridad de Aplicación mediante la emisión de una Declaración de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto. Esta Declaración debe ser actualizada con una periodicidad no mayor a dos años, informándose sobre el resultado de las medidas de protección ambiental implementadas y consignándose la ocurrencia de hechos nuevos.

Conforme al Art. 262 del Código, el Informe de Impacto Ambiental debe incluir:

a) La ubicación y descripción ambiental del área de influencia.

b) La descripción del proyecto minero.

c) Las eventuales modificaciones sobre suelo, agua, atmósfera, flora y fauna, relieve y ámbito sociocultural²⁷².

d) Las medidas de prevención, mitigación, rehabilitación, restauración o recomposición del medio alterado, según correspondiere.

e) Métodos utilizados.

La Ley 25.675 -Ley General del Ambiente (Boletín Oficial, 28 de noviembre de 2002)- establece la obligación de presentar un estudio de impacto ambiental con respecto a cualquier actividad u obra susceptible de degradar el ambiente o *afectar la*

272 El subrayado es propio.

calidad de vida de la población, el cual también debe ser confeccionado por las personas físicas o jurídica que pretendan ejecutar cada proyecto para ser luego aprobado o rechazado por las autoridades competentes (arts. 11 y 12). El estudio debe incluir una descripción de la actividad y la identificación de sus consecuencias ambientales y de las medidas tendientes a mitigar sus efectos negativos (art. 13).

A nivel provincial, las Constituciones de Rio Negro (art. 84), Neuquén (art. 93) y Chaco (art. 38.8) contienen sendas cláusulas sobre la obligación de producir informes de impacto ambiental con anterioridad a cualquier actividad potencialmente dañina.

La Ley 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (Boletín Oficial, 26 de diciembre de 2007) incluye dentro de los contenidos del Estudio de Impacto Ambiental una referencia sobre la situación del entorno natural y antrópico, con especial énfasis en los grupos indígenas y campesinos de la zona (art. 24.e).

En Salta, el Código de Procedimientos Mineros (Ley 7.141, Boletín Oficial, 10 de Julio de 2001) prevé la presentación de un Informe de Impacto Ambiental y Social ante el Juzgado de Minas (art. 34). La Ley N° 7070 sobre Protección del Medio Ambiente (Boletín Oficial N° 15.827), asimismo, es más específica al exigir, en su art. 43, un informe de esta índole cuando un proyecto posea alguna de estas características:

- a) Riesgo para la salud y la seguridad de la población.

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y la calidad de los recursos naturales renovables, incluidos la diversidad biológica, el suelo, el aire y el agua.

c) Proximidad del área de influencia de la iniciativa a asentamientos humanos, a áreas naturales protegidas y a áreas ecológicamente críticas.

d) Relocalización de asentamientos humanos o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de poblaciones posiblemente afectadas por la iniciativa.

e) Alteración significativa, en términos de magnitud geográfica y temporal, del valor paisajístico o turístico del área de influencia de la iniciativa.

f) Alteración de monumentos y sitios de valor histórico, antropológico, arqueológico y, en general considerados del patrimonio cultural de la Provincia y de la Nación.

g) Cualquiera de las características o circunstancias precedentes en la medida que afecte a otras jurisdicciones provinciales, nacional y extranjeras.

h) Toda actividad contenida en otras normativas vigentes o que por vía reglamentaria la Autoridad de Aplicación determine²⁷³.

En el artículo siguiente se detalla el contenido del estudio, que debe incluir, entre otras cosas, una predicción de la incidencia ambiental y *social* de la iniciativa.

273 El subrayado es propio.

En San Luis, Ley N° IX-0876-2013 de Procedimiento de Evaluación Ambiental (EIA) la define en su art. 3 como la medida tendiente a analizar y prevenir las repercusiones que una actividad pueda causar al “[...] equilibrio ecológico, al mantenimiento de la *calidad de vida* y a la preservación de los recursos naturales y culturales existentes en la Provincia” (el énfasis es propio). Igual redacción exhibe el art. 1 de la Ley 2.658 de Evaluación de Impacto Ambiental de Santa Cruz.

La ley 7.801 de Medio Ambiente (Boletín Oficial, 29 de marzo de 2005) de La Rioja también requiere una evaluación del impacto social de nuevas actividades productivas (art. 13), además del estudio de impacto ambiental que debe presentar el desarrollador de un proyecto para su aprobación por la autoridad competente (art 14 -en general- y art- 65 -respecto de la minería, en particular-), y declara como prioritaria la preservación de los bienes culturales (art. 71).

Como vemos, la legislación argentina hace hincapié en la obligación de preparar estudios de impacto ambiental, y deja mayormente relegado a un segundo plano la incidencia de las actividades en la población, al igual que omite cualquier disposición específica con relación a los derechos humanos de los Pueblos Originarios posiblemente involucrados. Además, gran parte de la normativa nacional y provincial confía la elaboración del estudio a la parte interesada en el proyecto, lo que entra en contradicción con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, donde se estable-

ció que el estudio de impacto social y ambiental debe ser realizado por entidades independientes bajo supervisión estatal y no por la empresa a cargo del proyecto²⁷⁴.

34. ¿Qué tipo de medidas normativas existen para garantizar el derecho a la propiedad comunal indígena o afrodescendiente en zonas de extracción de recursos minerales?

Aunque virtualmente no hay normas que regulen la propiedad comunal indígena con relación a emprendimientos mineros, la cuestión de la cesión del dominio de las tierras a las comunidades que históricamente las habitan cuenta con numerosas disposiciones normativas.

Además del Convenio N° 169 de la OIT, el art. 75 inciso 17° de la Constitución Nacional faculta al Congreso para reconocer: “[...] *la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos [...]*”. Esta norma es reproducida en esencia por el art. 18 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) así como por varias Constituciones provinciales (Chubut, art. 34.1 y 95; Chaco, art. 37; Neuquén, art. 53; Río Negro, art. 42; Salta, art. 15; Tucumán, art. 149).

274 CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 205.

El Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, creado por Decreto Nacional 672/2016, incluye dentro de sus atribuciones la elaboración de un proyecto de reglamento de propiedad comunitaria (art. 3.a).

Asimismo, la Ley 23.302 sobre Protección de Comunidades Indígenas (Boletín Oficial, 12 de noviembre de 1985) también ordena la entrega de tierras aptas para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, donde las poblaciones indígenas habitan o en sus proximidades, a título colectivo o individual (art. 7).

En Chubut, la Ley V - N° 61 sobre Preservación social y cultural de las comunidades indígenas (Boletín Oficial, 21 de 2010) prevé que se les deben transferir tierras fiscales atendiendo a la posesión actual o tradicional. Nunca se podrá reasentar a una comunidad sin su consentimiento (art. 5 y 6). En similar tesitura se pronuncian leyes como la santafesina 11.078 de Comunidades Aborígenes (Boletín Oficial, 4 de enero de 1994) en el art. 15 y la rionegrina 2.287 sobre Tratamiento Integral de la Situación Jurídica, Económica, Social, Individual y Colectiva de la Población Indígena (Boletín Oficial, 10 de enero de 2008) en su art. 15.

La Ley 7.121 sobre Desarrollo de Pueblos Indígenas (Boletín Oficial, 0 de enero de 2001) de Salta, a su vez, dispone la entrega en propiedad de tierras en forma comunitaria, conforme a la libre determinación de los miembros de la comunidad y en dimensiones económica y socialmente convenientes, a título

gratuito y respetando los derechos de terceros (art. 15), y con el consentimiento previo de la comunidad involucrada (art. 17).

35. ¿El Estado cuenta con medidas normativas específicas que exijan a las empresas respetar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y afrodescendientes desde su propia concepción?

La República Argentina no cuenta actualmente con legislación específica sobre la obligación de las empresas que operan en los territorios de Comunidades Indígenas de respetar su derecho al desarrollo con arreglo a su propia cosmovisión, aunque sí existe un número de normas que refieren al derecho de los Pueblos Originarios a progresar según sus pautas culturales.

Por ejemplo, en la esfera nacional, el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Ley 24.544; Boletín Oficial, 20 de Octubre de 1995) dispuso la creación de un Fondo Indígena dedicado a establecer mecanismos de autodesarrollo de las colectividades y organizaciones indígenas latinoamericanas y caribeñas mediante la facilitación de un diálogo entre gobiernos, comunidades y otras entidades a fin de acordar políticas públicas y canalizar recursos financieros y técnicos hacia proyectos de desarrollo previamente concertados con los grupos indígenas, así como proporcionar medios de capacitación y fortalecimientos institucional y de gestión de las organizaciones comunitarias (arts. 1.1 y 1.2).

La Ley 23.302 sobre la Protección de Comunidades Aborígenes (Boletín Oficial, 12 de noviembre de 1985) declara de interés nacional el apoyo a las Comunidades Indígenas con el fin de integrarlas al proceso socioeconómico y cultural de la Nación, “[...] respetando sus propios valores y modalidades” (art. 1). Las tierras que se les transfieran se destinarán a explotaciones forestales, agropecuarias, mineras, industriales o artesanales, prestándoles un asesoramiento técnico que tenga en cuenta “[...] las costumbres y técnicas propias de los aborígenes complementándolas con los adelantos tecnológicos” (art. 10).

La Resolución INAI N° 737/2014 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas encarga al Consejo de Participación la preparación de políticas indígenas que permitan “[...] *recuperar las experiencias y capacidades de las Comunidades, priorizando las particularidades socioculturales de cada Comunidad, optimizando y potenciando sus recursos*” (art. 3).

El art. 149 de la Constitución de la provincia de Tucumán garantiza “[...] *el desarrollo político cultural y social de sus comunidades indígenas, teniendo en cuenta la especial importancia que para estos Pueblos reviste la relación con su Pachamama*”.

La Ley V - N° 61 sobre Preservación social y cultural de las comunidades indígenas de Chubut (Boletín Oficial, 21 de 2010) reseña entre sus objetivos “[...] *el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso de desarrollo provincial y nacional y su acceso a un régimen jurídico que*

les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos” (art. 1).

En Río Negro, la Ley 2.287 sobre Tratamiento Integral de la Situación Jurídica, Económica, Social, Individual y Colectiva de la Población Indígena (Boletín Oficial, 10 de enero de 2008), reconoce el derecho de los grupos indígenas a la autodeterminación, implicando el respeto por sus tradiciones, creencias y actuales formas de vida (art. 1). Faculta a las autoridades comunales, con las limitaciones que prevean las propias comunidades, a ejecutar por sí o per terceros las obras necesarias para el desarrollo grupal (art. 4). En su art. 23 también reitera la norma del art. 10 de la ley 23.302.

En Chaco, la ley 6.780 sobre Protección del Patrimonio Bio-cultural Comunitario de las Comunidades Indígenas (Boletín Oficial, 27 de mayo de 2011) incluye entre sus propósitos promover la percepción de beneficios económicos cuando corresponda y *“[r]ealizar programas y proyectos de desarrollo para las comunidades indígenas titulares del conocimiento, cuyos ejes sean la investigación, la capacitación, la producción, e intercambio”*.

La Ley salteña 7.121 sobre Desarrollo de Pueblos Indígenas (Boletín Oficial, 0 de Enero de 2001) remarca como uno de sus objetivos en el art. 1 alentar *“[...] el desarrollo pleno del indígena y de sus comunidades, fomentando su integración en la vida provincial y nacional, a partir de sus potencialidades y formas organizativas básicas, respetando sus valores culturales propios”* y *“[...] el desarrollo económico-social y cultural, superando la miseria*

mediante la incorporación en el mercado productivo y de consumo, tomando en consideración sus propios anhelos y necesidades”. El fomento de su desarrollo económico “[...] se efectuará con la participación activa de todos los miembros integrantes de las comunidades basados en el principio de solidaridad social, cuidando que no se impongan formas de producción contrarias a los usos y costumbres de sus miembros” (art. 27).

36. ¿Hay procesos de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes como parte de las actividades previas a la exploración o explotación minera?

En lo respectivo al derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre cualquier actividad de explotación o desarrollo que se despliegue en su territorio, la República Argentina, pese a que ha ratificado el Convenio N° 169 de la OIT (Ley 24.071), y por lo tanto ha reconocido esta obligación, aún no la ha instrumentado con la debida precisión.

A nivel nacional, el artículo 75 inciso 17° de la Constitución confiere a los Pueblos Indígenas el derecho de participar en la gestión de sus recursos naturales y otros asuntos que los afecten. A su vez, el reciente Decreto presidencial 672/2016 sobre la Creación del Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina (Boletín Oficial, 12 de Mayo de 2016), reconociendo entre sus antecedentes al Convenio N° 169 de la OIT, y con ello, la necesidad de reglamentar y dotar de contenido al derecho a la consulta, prevé la creación de este Consejo,

con el fin de promover los derechos previstos por la Constitución Nacional, el citado Convenio y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 1). El Consejo deberá, en términos del decreto, propiciar un diálogo intercultural que asegure la participación de las comunidades en la toma de decisión de todas aquellas medidas legislativas y administrativas que los afecten, con el fin de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento. El Consejo, en ningún caso, puede reemplazar el proceso necesario para respetar el derecho de consulta (art. 2).

Asimismo, la Resolución INAI N° 737/2014 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas sustituye al régimen creado por las resoluciones 152/2004 y sus modificatorias, por las cuales se constituía, en el ámbito de dicho organismo descentralizado, el Consejo de Participación Indígena, con el objetivo de facilitar la participación de los Pueblos Originarios en los temas de su incumbencia.

El reglamento de este Consejo de Participación, anexo a la Resolución, lo define como “[...] una instancia de participación y consulta de las Comunidades de los diversos Pueblos Indígenas que habitan en Argentina”. Su función sería la de canalizar la intervención indígena en el diseño y la implementación de políticas públicas. Los representantes de las Comunidades Indígenas en el Consejo constituyen un medio para llevar adelante estas políticas (art. 1).

Se deben convocar “encuentros” del Consejo cada vez que sea necesaria la consulta a los Pueblos Originarios con relaci-

ón a medidas susceptibles de afectarlos directa o indirectamente (art. 2.2.1).

La Ley 25.675 -Ley General del Ambiente (Boletín Oficial, 28 de Noviembre de 2002)- incluye disposiciones relativas a la participación ciudadana, pero no específicamente de los Pueblos Indígenas, reconociendo el derecho de toda persona a opinar en procedimientos administrativos relacionados con la preservación y protección del ambiente (art. 19), con motivo de lo cual encomienda a las autoridades la institucionalización de procedimientos de consulta o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de actividades con una posible incidencia negativa sustancial sobre el ambiente, aunque prevé que la postura de los participantes en estos procesos no será vinculante. Las autoridades deberán fundar y publicar su opinión si fuere contraria a la que resultare de la consulta o audiencia (art. 20).

En el orden provincial, varias Constituciones locales incluyen cláusulas consagrando el derecho de las Comunidades Indígenas a participar en la gestión de sus recursos naturales (Chaco, art. 37.b; Chubut, art. 34.4; Neuquén, art. 53; Salta, art. 15; Tucumán, art. 149).

En Chubut, la ley XVII N° 127 sobre Suspensión de la actividad minera metalífera (Boletín Oficial, 4 de Diciembre de 2014) establece que, con anterioridad al inicio de cualquier explotación minera, se debe contar obligatoriamente con licencia social, a efectos de lo cual se debe proceder mediante la Consulta Popular vinculante prevista en la Ley XII N° 6 (que reglamenta

el procedimiento de consulta popular previsto en el art. 262 de la Constitución provincial), comprendiendo la región o localidades afectadas por el proyecto (art. 4).

En La Rioja, la ley 7.801 de Medio Ambiente (Boletín Oficial, 29 de Marzo de 2005) reproduce en su artículo 20 el texto del mismo artículo de la Ley nacional 25.675. En similar sentido se expide la ley N° IX-0876-2013 sobre Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de San Luis en su art. 18.

En Salta, la Ley N° 7070 sobre Protección del Medio Ambiente (Boletín Oficial N° 15827), prevé que antes de emitir un Certificado de Aptitud Ambiental para la habilitación de iniciativas, se deberá convocar a una audiencia pública en la que se pondrá a disposición la información relevante y se recibirán las observaciones de cualquier persona física o jurídica o entidades públicas que pudieran verse afectadas. Sin embargo, estas opiniones no serán vinculantes para el organismo emisor de la autorización (art. 49 y 50).

Asimismo, la Ley Ambiental Provincial de La Pampa (Boletín Oficial, 2 de febrero de 2001) también obliga a convocar a una audiencia pública previa con la participación de todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas y privadas potencialmente afectadas por el proyecto, así como Organizaciones No Gubernamentales dedicadas al cuidado del medio ambiente (art. 8).

El art. 15 de la Ley 2.658 de Evaluación de Impacto Ambiental de Santa Cruz también prevé que el dictamen técnico debe

ser publicado en los diarios por tres días a fin de permitir a la ciudadanía expresar su parecer con relación a la actividad.

Como podemos observar, aunque la República Argentina ha ratificado los tratados internacionales sobre la materia, la obligación estatal de conducir una consulta con las Comunidades Indígenas afectadas por una explotación minera aún no se encuentra debidamente reglamentada. La mayor parte de la legislación nacional y provincial prevé simplemente una instancia no vinculante de audiencias públicas con participación de la población en general sobre cualquier actividad que tenga una posible incidencia negativa en el ambiente.

37. ¿Existen marcos normativos sobre participación ciudadana ambiental que sean parte del proceso de actividades de exploración y/o explotación minera? En caso existiera información al respecto, indique ¿cuál es el nivel de involucramiento de la ciudadanía a través de procedimientos y mecanismos de participación relacionados con actividades de exploración y/o explotación minera?

Un primer requisito para estimular la participación ciudadana es la educación, formación, concientización y divulgación de información en materia ambiental. En este sentido, la Ley General de Ambiente y la de Preservación de los Glaciares tienen disposiciones a tal efecto que obligan al Estado a brindar información relacionada hacia la protección ambiental, en general, y en

particular hacia minería. Transcribimos a continuación la sección pertinente de dichas normas:

Ley 25.675. Ley General de Ambiente.

Art 14. — La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población.

Art 15. — La educación ambiental constituirá un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización que, como resultado de la orientación y articulación de las diversas disciplinas y experiencias educativas, deberá facilitar la percepción integral del ambiente y el desarrollo de una conciencia ambiental.

Las autoridades competentes deberán coordinar con los consejos federales de Medio Ambiente (COFEMA) y de Cultura y Educación, la implementación de planes y programas en los sistemas de educación, formal y no formal.

Las jurisdicciones, en función de los contenidos básicos determinados, instrumentarán los respectivos programas o currículos a través de las normas pertinentes.

Código de Minería.

Art. 267. — La autoridad de aplicación implementará un programa de formación e ilustración con la finalidad de orientar a la población, en particular a aquella vinculada a la actividad mine-

ra, sobre la comprensión de los problemas ambientales, sus consecuencias y prevención con arreglo a las particularidades regionales, étnicas, sociales, económicas y tecnológicas del lugar en que se desarrollen las tareas.

Ley 26.639. Ley de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

Art. 10. — Funciones. Serán funciones de la autoridad nacional de aplicación: g) Desarrollar campañas de educación e información ambiental conforme los objetivos de la presente ley;

Ahora, bien en lo que refiere específicamente a los mecanismos de participación ciudadana en concreto, tanto la normativa a nivel nacional como subnacional tiene previsto que se materialice a través de distintas instancias, tales como, consultas, audiencias públicas, pedidos de informes, etc. Transcribimos dichos marcos normativos:

Ley 25.675. Ley General de Ambiente.

Art 19. — Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

Art 20. — Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.

La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

Art 21. — La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

Ley 26.639. Ley de Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

Art. 7 — Evaluación de impacto ambiental. Todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención, en el que deberá garantizarse una instancia de participación ciudadana de acuerdo a lo establecido en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley N° 25.675 —Ley General del Ambiente—, en forma previa a su autorización y ejecución, conforme a la normativa vigente.

Ley. 6.571 de la Provincia de San Juan. Ley de evaluación de impacto ambiental.

Art 4.- El procedimiento de evaluación del Impacto Ambiental estará integrado por las siguientes etapas: 1.- La presentación de la manifestación general de Impacto Ambiental y, cuando se estime necesario, de la manifestación específica de Impacto Ambiental. 2.-

La Audiencia Pública de los interesados o afectados. 3.- El Dictamen Técnico. 4.- La Declaración de Impacto Ambiental (D.I.A). A fin de lograr celeridad, las etapas 3 y 4 deberán cumplirse en forma simultánea.-

Art 6º.- El Organismo de Aplicación, convocará a Audiencia Pública a las personas potencialmente afectadas por la realización del proyecto y a las organizaciones no gubernamentales interesadas en la preservación de los valores ambientales que esta Ley protege.-

Art 7º.- La Subsecretaria de Política Ambiental, deberá obtener dictamen técnico de personas reconocidamente idóneas en el tema de que se trata, o de Universidades o Centros de Investigación, públicos o privados, provinciales preferentemente, nacionales o internacionales, respecto de las manifestaciones de Impacto Ambiental presentadas. La Autoridad Ambiental deberá, asimismo, pedir dictamen sobre cualquier repercusión en el ambiente a los Organismos y reparticiones públicas con jurisdicción en el proyecto.-

Asimismo cabe destacar que el decreto 1172/03 ha establecido el reglamento y los procedimientos de audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Sin embargo, la aplicación de este tipo de procedimientos de participación ciudadana vinculadas a la actividad de exploración o explotación minera no ha sido la regla. En este sentido, Napoli encuentra particularmente exiguo el grado de implementación de la Ley de Glaciares, en lo que refiere a la elaboración del Inven-

tario Nacional de Glaciares que la norma establece en las zonas prioritarias, es decir, donde existen actualmente explotaciones mineras y los procedimientos de participación establecidos²⁷⁵.

En concreto, en el caso de la Provincia de San Juan, Henríquez (2007)²⁷⁶ analiza dos de los proyectos más importantes de esa provincia: Veladero y Pascual Lama. Cronológicamente también el segundo precedió al primero a causa de la presión de la opinión pública. En Veladero no se dio ningún tipo de instancia de participación y la presión de la opinión pública hizo que para Pascual Lama se estableciera una Comisión Interdisciplinaria de Evaluación Ambiental Minera, con opinión vinculante en la aprobación de los Informes de Impacto Ambiental, donde se hicieron consultas públicas en las cuales se presentaron quince expedientes: Se presentaron 15 expedientes: ciudadanos particulares (6), EPSE (Energía Provincial Sociedad del Estado) (1), Fundación ambientalista Sanjuanina (1), Asociación Ecologista Inti Chutec y otros (1), Defensoría del Pueblo (1), Asociación Taller Mamina y otros (1), Madres Jachalleras (4).

275 Véase Andrés Nápoli (2014). La participación ciudadana como motor de la agenda ambiental. En FARN: Informe Ambiental FARN 2014. Versión digital. Disponible en: <http://farn.org.ar/iaf2014> (fecha de consulta 20 de noviembre de 2016).

276 María G. Henríquez (2007). Participación ciudadana, desarrollo local y gran minería en la provincia de San Juan, Argentina. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara. Disponible en <http://www.aacademica.org/000-066/1064.pdf> (fecha de consulta 20 de noviembre 2016)

Sin embargo, las opiniones vertidas en las consultas públicas tuvieron poco espacio en la emisión del informe de la Comisión. El autor concluye que no se generan los espacios necesarios para darles “la capacidad y la oportunidad” de participar, más allá de que se decida participar o no. La participación debe ser parte de los procesos de gestión para el desarrollo.

38. ¿Existen casos de participación ciudadana como parte de la elaboración y luego de la aprobación de estudios de impacto ambiental minero? ¿La opinión de la ciudadanía posiblemente impactada o impactada por la actividad minera es vinculante para la realización de la actividad? ¿Se cuentan con estudios sobre la percepción de la población sobre la efectividad de los procedimientos existentes? De ser así, los principales hallazgos.

Normativa respecto de los informes de impacto ambiental y la participación ciudadana

Tal como ya hemos referido, en Argentina existen dos normativas referentes a los estudios de impacto ambiental y a la participación ciudadana en torno a actividades que puedan generar efectos nocivos y significativos sobre el medio ambiente. Estas son la ley 24.585 de protección ambiental para la actividad minera²⁷⁷, sancionada y promulgada en noviembre de 1995 e inte-

²⁷⁷ Cabe destacar que la autoridad de aplicación de la ley es de jurisdicción provincial ya que la propiedad de los recursos es provincial, tal como lo establece la Constitución Nacional. De esta forma, son las provincias las que determinan cuál es la autoridad que debe velar por la ejecución y control de esta ley.

grada al Código de Minería, y la ley general del ambiente 25.675, sancionada y promulgada en noviembre de 2002. Al respecto, la Ley 24.585 establece:

Art. 6 Los responsables comprendidos en el artículo 3º de este título deberán presentar ante la autoridad de aplicación y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el artículo 4º del presente título un Informe de Impacto Ambiental. La autoridad de aplicación podrá prestar asesoramiento a los pequeños productores para la elaboración del mismo.

Art. 7 La autoridad de aplicación evaluará el Informe de Impacto Ambiental y se pronunciará por la aprobación mediante una Declaración de Impacto Ambiental para cada una de las etapas del proyecto o de implementación efectiva.

Art. 8 El Informe de Impacto Ambiental para la etapa de prospección deberá contener el tipo de acciones a desarrollar y el eventual riesgo de impacto ambiental que las mismas pudieran acarrear. Para la etapa de exploración, el citado Informe deberá contener una descripción de los métodos a emplear y las medidas de protección ambiental que resultaren necesarias. En las etapas mencionadas precedentemente será necesaria la previa aprobación del Informe por parte de la autoridad de aplicación para el inicio de las actividades, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 3º del presente título por los daños que se pudieran ocasionar.

Art. 9 La autoridad de aplicación se expedirá aprobando o rechazando en forma expresa el Informe de Impacto Ambiental en un

*plazo no mayor de sesenta (60) días hábiles desde que el interesado lo presente*²⁷⁸.

Los artículos citados no establecen ninguna forma de participación ciudadana en la elaboración del informe de impacto ambiental ni mencionan la posibilidad de algún tipo de coordinación o posibilidad de diálogo entre la autoridad de aplicación y la comunidad en la que se establezcan los proyectos mineros. Asimismo, esta ley obliga a la autoridad de aplicación a proporcionar a la ciudadanía toda información referente a la Evaluación de Impacto Ambiental, de forma fácil y accesible.

Por su parte, la Ley 25.675 dice:

Art. 1 La presente ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Art. 2 La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;

b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;

278Ver:<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30096/norma.htm>

c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión²⁷⁹.

Asimismo, especifica la modalidad de participación en sus artículos 19, 20 y 21 de la siguiente forma:

Art. 19 Toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

Art. 20 Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.- La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

Art. 21 La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados²⁸⁰.

En este sentido, la única forma de participación ciudadana contemplada en las mencionadas normativas se relaciona con la realización de audiencias o consultas públicas que **no son**

279 Ver: <http://www.capba5.com.ar/archivos/1471896606.pdf>

280 *Ibíd.*

vinculantes. En el ámbito discursivo, tanto el Estado como las empresas hacen hincapié en la necesidad de la participación ciudadana como requisito indispensable para lograr un “desarrollo con sostenibilidad”. Así, las comunidades tienen la posibilidad de expresarse en el ámbito de dichas audiencias públicas mas esto no implica que las empresas intervinientes en la explotación minera ni los gobiernos implicados modifiquen los informes o las evaluaciones de impacto ambiental de acuerdo a las exigencias o las opiniones de la ciudadanía.

Participación ciudadana: la formación de asambleas socioambientales

A partir de la década del 2000, en Argentina comenzaron a forjarse sendas organizaciones o asambleas socioambientales en el intento de hacer frente a la instalación de proyectos mineros que comenzaban a extenderse por las provincias ubicadas en la franja cordillerana y precordillerana del país. Cabe destacar que la expansión de este tipo de proyectos se vio incentivada por las modificaciones que durante los años noventa se hicieron al régimen legal sobre la cuestión.

Un caso emblemático respecto de la injerencia de la comunidad en torno al Informe de Impacto Ambiental fue el de la ciudad de Esquel, en la provincia de Chubut, durante los años 2002 y 2003.

A mitad de 2002, los gobiernos provincial y municipal informaron a la comunidad que los primeros días del año próximo se daría comienzo al proceso de explotación de la mina de oro

ubicada en el “Cordón Esquel”. La audiencia pública obligatoria estaba fechada para el 4 de diciembre de ese mismo año. Una serie de conferencias brindadas por representantes de la empresa que llevaría a cabo la explotación –Meridian Gold– comenzaron a generar las primeras alertas en la comunidad respecto de los peligros de la utilización del cianuro. Las diferentes charlas se daban en un lenguaje técnico e ininteligible excepto para aquellos que fueran expertos en la materia. Así, el 15 de octubre se presentó el Informe de Impacto Ambiental, con errores de traducción que podrían deberse a que ese mismo Informe no había sido redactado originalmente para este proyecto.

La legislación citada sostiene que la ciudadanía tiene que tener fácil acceso a esta documentación. Sin embargo, en el caso de Esquel, acceder al Informe fue casi imposible ya que la empresa argumentaba que su contenido guardaba “secreto industrial”. Debido a esto, distintos organismos como el Concejo Deliberante, la Legislatura y el Defensor del Pueblo Provincial y de la Nación solicitaron la postergación de la fecha de la audiencia pública. Este pedido fue rechazado objetando que el documento era de naturaleza técnica y que estaba destinado a especialistas en la temática. Todo esto evidenciaba una aguda falta de espacios participativos locales de cara al proyecto que buscaba implantarse.

De esta forma, los vecinos se organizaron de forma autogestiva alrededor de la Asamblea de Vecinos Autoconvocados por el No a la Mina. Luego de sendas manifestaciones en contra de

la mina, la comunidad de Esquel logró que el gobierno provincial pospusiera la audiencia pública.

En este contexto, el Concejo Deliberante aprobó tres ordenanzas municipales impulsadas por la Asamblea: la prohibición del uso de cianuro en Esquel, la derogación de la adhesión municipal a las leyes 24.196 y 3.866 de Inversiones Mineras y de Adhesión Provincial respectivamente y, acaso la más importante, la convocatoria a un plebiscito para que el pueblo de Esquel dijera SÍ o NO al emprendimiento minero. Así las cosas, el 23 de marzo de 2003 el 82% de la comunidad se pronunció por el NO.

En líneas generales, en la mayor parte de las comunidades donde se promovió la instalación de este tipo de proyectos no se ha tenido en consideración la opinión de la gente que habita en dichos territorios. Este marco de situación se ve facilitado por el carácter no vinculante de las audiencias públicas –único canal formal y participativo para la ciudadanía–. En este contexto, se vuelve fundamental el nivel de involucramiento de los ciudadanos a través de canales no convencionales de participación y expresión.

39. ¿A nivel de entidades estatales, así como de empresas de la cadena minera, existen dispositivos o mecanismos para acceder a información por parte de la ciudadanía sobre la actividad minera en el país, región o localidad? De haber, ¿cuáles son y qué los caracteriza?

Marco normativo:

La participación ciudadana sobre la actividad minera y los mecanismos al respecto encuentran fundamento legal en las leyes nacionales N° 25.675 (ley General del Ambiente) y 24.585 (de Protección Ambiental para la Actividad Minera incorporada al Código de Minería de la Nación).

Sobre la primera de estas, en los artículos 16 a 21 se consagra el principio de reserva de ley en cuanto al ocultamiento a la ciudadanía de la información que esté relacionada con la calidad ambiental de las actividades de explotación minera en este caso, y por otro lado la participación ciudadana en los procesos de preservación y protección del ambiente.

Por otro lado, la ley 24.585, que incluye reformas al código de minería, estipula una serie de reformas orientadas a la protección ambiental en la explotación minera. La norma exige la realización de Informes de Impacto Ambiental, así como dispone la creación de un registro de infractores. Pero, incluye que la autoridad de aplicación es aquella que establezcan los gobiernos provinciales. De esta manera son las respectivas Secretarías de Minería provinciales las que tienen la responsabilidad primaria en la materia. Vale destacar que esto significa que los informes de impacto ambiental y las concesiones mineras son evaluados por el mismo actor que más puja por la consolidación de la actividad.

Comentarios Generales

El diagnóstico general es que falta acceso a información confiable sobre el impacto ambiental, social y económico de

la minería en todo el territorio argentino. A ello se suma que los controles públicos no son ni suficientes ni adecuados y que el Estado no le garantiza a la ciudadanía una adecuada participación en la toma de decisiones sobre la actividad.

En una primera parte del proceso, los mecanismos de participación ciudadana para el desarrollo de la actividad minera no son utilizados con frecuencia. La ciudadanía no forma parte de la toma de decisiones que establecen los alcances y límites de la actividad, así como tampoco se verifica el cumplimiento de los presupuestos mínimos en materia ambiental de manera abierta y democrática.

La referencia indica que a nivel provincial, siendo que son las provincias las que mantienen el dominio originario sobre los recursos naturales (art. 124 de la CN), el acceso a la información pública ambiental referida a la minería resulta altamente limitado en muchos casos. No sólo porque los Estados provinciales ponen trabas efectivas a los mecanismos de acceso ciudadano a la información que cuentan sobre la actividad, sino que a veces la información no fue solicitada a las empresas o bien es sesgada. A ello debe sumarse que muchas veces estos obstáculos se dirigen a organizaciones y grupos sociales específicos por su incidencia en la materia, acompañadas incluso de limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión o tránsito en zonas donde se desarrolla la extracción minera²⁸¹.

281 FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES Y FUNDACIÓN CAMBIO DEMOCRÁTICO (2010). “Ciudadanía Ambiental y Minería: her-

Los altos niveles de judicialización de los conflictos sociales surgidos de la puesta en funcionamiento de minas en varias provincias dan cuenta de que los mecanismos institucionales de información y consulta ciudadana no existen, no funcionan o no son suficientes para alcanzar los consensos de la comunidad ex ante al comienzo de la actividad extractiva²⁸².

Mecanismos particulares

Información disponible en el sitio web del Ministerio de Energía y Minería de la Nación: <https://www.minem.gob.ar>

Vale recordar que el Ministerio en cuestión (creado en Diciembre del 2015) cuenta con una Secretaría de Minería, a la vez dividida en dos Subsecretarías, una de Desarrollo Minero y la otra de Política Minera. En el sitio web de este órgano del Poder Ejecutivo Nacional la información para la ciudadanía es limitada: se reduce a información sobre los funcionarios en cuestión y noticias sobre algunas políticas públicas recientes en la materia. Recientemente fue puesto en funcionamiento el portal “Datos MINEM”²⁸³ para acceder a información relativa al Ministerio en cuestión. En la pestaña referida a la minería se puede encontrar a la fecha de esta consulta un total de 9 (nueve) documentos, casi

ramientas para la transformación democrática de conflictos socioambientales”, pág. 12

282 G. Delamata (2009). Las resistencias sociales contra la minería transnacional en Argentina. Una aproximación a la escala provincial en la constitución de nuevas identidades políticas. IPSA XXI Congreso Mundial de Ciencia Política. Santiago de Chile, Chile.

283 Ver. <http://datos.minem.gob.ar/> (16/11/2016)

todos sobre datos económicos del sector, pero ninguno ambiental o de otros aspectos de la actividad.

Casos de gobiernos provinciales

Catamarca

La provincia posee legislación específica para sobre la presentación de informes de impacto ambiental en actividades mineras. (Decr. 1318/97).

La provincia no cuenta con una ley de acceso a la información pública. Sin embargo, implementa en la actualidad un programa de Centros de Control Minero Ambiental a través de su Dirección Provincial de Gestión Ambiental Minera (DIPGAM) en el que la comunidad participa activamente y mediante el cual se ponen a disposición la información requerida por los ciudadanos de la provincia respecto a las explotaciones mineras.

La provincia no tiene sancionadas leyes que contemplen las realizaciones de audiencias públicas, u otros mecanismos de participación ciudadana que puedan aplicarse a la actividad minera, más allá de lo que indica el artículo 18 de su constitución (“Queda asegurado a todo habitante de la Provincia el derecho de petición, individual y colectivo, ante las autoridades...”)

San Juan²⁸⁴

284 Ver. <http://datos.minem.gob.ar/> (16/11/2016)

Vale destacar en este decreto del poder ejecutivo provincial N° 1815 del 2004 que estableció para el caso de la mina de “Pascua Lama” la conformación de una Comisión Interdisciplinaria de Evaluación Ambiental Minera (CIEAM), con opinión vinculante en la aprobación de los Informes de Impacto Ambiental, de la Consulta Pública²⁸⁵. Este mecanismo luego fue ampliado a todos los proyectos que se sucedieran en la provincia en el año 2006 mediante el decreto 1033/2006 de la gobernación.

40. ¿Existen mecanismos de acceso a la información o de transparencia pública que permitan conocer a la ciudadanía acerca de procedimientos mineros, concesiones mineras, impactos de la actividad o información sobre la exploración o explotación?

A continuación, transcribimos los mecanismos legales actualmente existentes en cuanto al acceso a la información o transferencia pública.

CÓDIGO DE MINERIA:

Sección VI De la educación y defensa ambiental

Art. 267. – La autoridad de aplicación implementará un programa de formación e ilustración con la finalidad de orientar a la población, en particular a aquella vinculada a la actividad mine-

285 M. G. Henríquez & G. N. Nozica (2009). “Participación ciudadana y actividad minera. La experiencia en la provincia de San Juan, Argentina”. En: Revista de Ciencias Sociales y Humanas Universidad Nacional de San Juan Vol 1, No 1.

ra, sobre la comprensión de los problemas ambientales, sus consecuencias y prevención con arreglo a las particularidades regionales, étnicas, sociales, económicas y tecnológicas del lugar en que se desarrollen las tareas.

Art. 268. – La autoridad de aplicación estará obligada a proporcionar información a quien lo solicitare respecto de la aplicación de las disposiciones de la presente Sección.

POLÍTICA AMBIENTAL NACIONAL

Ley 25.675

LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Bien jurídicamente protegido

ART. 2. La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;

h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;

i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;

Educación ambiental

ART. 14 La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y

actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población.

ART 16. Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan.

Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada.

ART. 17 La autoridad de aplicación deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible; asimismo, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos necesarios para la instrumentación efectiva a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

ART. 18. Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas.

El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.

Participación ciudadana

ART. 19 Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

ART. 20 Las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente.

La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública.

ART. 21 La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

ACUERDO FEDERAL MINERO - Ley N° 24.228

DÉCIMA QUINTA: La nación y las provincias establecerán un sistema de información sobre aspectos tecnológicos y de investigación que permita una adecuada coordinación de las acciones que desarrollarán las distintas entidades y organismos relacionados con el sector minero en el Territorio Nacional.

Objetivos (art. 2 del Acta constitutiva del COFEMA)

Consejo Federal de Medio Ambiente

Es la máxima autoridad ambiental de la República Argentina constituido el 31 de agosto de 1990 en la ciudad de La Rioja. Sin embargo, recién el 5 de julio de 1993 el COFEMA fue reconocido por los gobiernos provinciales —en el Pacto Federal Ambiental— como un instrumento válido para la regulación y coordinación de la política ambiental.

8 - Propiciar programas y acciones de educación ambiental, tanto en el sistema educativo formal como en el informal, tendientes a la elevación de la calidad de vida de la población.

9 - Fijar y actualizar los niveles exigidos de calidad ambiental y realizar estudios comparativos, propiciando la unificación de variables y metodologías para el monitoreo de los recursos ambientales en todo el territorio nacional.

10 - Constituir un banco de datos y proyectos ambientales.

CHILE



Cristóbal Herrera Morales
Consuelo Reyes Crisóstomo
Alejandro Abarca Apablaza
(Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral
de Chile)

A - Introducción

1) Precisiones metodológicas y conceptuales.

1.1 Ámbito cronológico en que se sitúan las respuestas de este cuestionario.

Las respuestas del presente cuestionario han sido situadas temporalmente de manera retroactiva desde la fecha de redacción del documento -Junio - Septiembre de 2016- hasta el año 1973, fecha de inicio de la dictadura militar en Chile de Augusto Pinochet. Mirar hacia atrás hasta la época del gobierno militar es relevante para los efectos que este estudio se propone, puesto es posible sostener que las políticas de aquel gobierno son las que dieron origen al actual modelo empresarial minero y a la estructura de derechos fundamentales hegemónica actualmente, prove-

niente de la Constitución Política de Chile de 1980. Como se precisará en las preguntas que siguen, el marco normativo de Chile, tanto interno como internacional, arranca en términos generales desde el gobierno militar, moviéndose las regulaciones de los gobiernos posteriores de 1990 a la actualidad entre algunas reformas en algunos aspectos -sutiles, podría decirse - y la consolidación del modelo empresarial minero en otros ámbitos.

Debe prevenirse, adicionalmente, que en función del tenor de algunas preguntas en particular del cuestionario, se hará referencia a situaciones ocurridas hace 10 años atrás a la fecha de redacción de este trabajo. Ejemplo de ello es la pregunta n° 36, sobre actuales procesos de consulta a pueblos indígenas en Chile. Por todo lo anterior, las respuestas emanadas del presente cuestionario contextualizan y bosquejan brevemente el panorama de la minería transnacional y los derechos humanos en Chile en un universo temporal de cuatro décadas.

1.2 Sobre las sustancias concesibles y las no concesibles.

Relevante aquí también es mencionar que el ordenamiento jurídico chileno, en particular el Código de Minería - que data del año 1983 - establece una distinción que debe tenerse presente para contextualizar las respuestas que siguen. Aquella distinción es la referida a las sustancias concesibles y no concesibles. Antes de referirnos a esta descomposición, hemos de presentar un marco normativo más general. La Constitución Política de 1980 establece en el artículo 19 n° 24 inciso 6° que:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón, e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. (...)”

El inciso siguiente, el 19 n° 24 inciso 7° añade:

“Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. (...)”.

Estas citas de la Constitución deben ser completadas con algunas provenientes del Código de Minería. El artículo 5° de este cuerpo normativo prescribe:

“Son concesibles, o denunciables, las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra.”

Completa el panorama el artículo 7° de este mismo Código:

“No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier

especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional.”

De las referencias normativas aquí citadas, podemos extraer algunas observaciones a considerar:

- El Estado chileno tiene el dominio absoluto de todas las minas. La regla general es que el Estado puede constituir concesiones sobre la mayoría de las minas, exceptuándose las sustancias descritas en el artículo 7° del Código de Minería. Ejemplo de esta última situación lo constituye la exploración, producción y comercialización de hidrocarburos y derivados, ya estas actividades corresponden a la Empresa Nacional del Petróleo (Enap)²⁸⁶.

- Son sustancias concesibles todas aquellas mencionadas en el artículo 5° del Código de Minería. Como anotábamos en el punto anterior, la regla general es que las sustancias mineras pueden ser objeto de concesión, en virtud de la redacción más amplia del artículo 5° del Código de Minería en relación con el artículo 7° del mismo Código, del que parece extraerse una regulación más taxativa que del artículo 5°. A esto debe añadirse, además, que toda la estructura previamente explicada sobre las sustancias

286 Art 2° Ley 9618.

concesibles y no concesibles no aplica en caso de las concesiones mineras válidamente constituidas previa a la entrada en vigencia del Código de Minería, según prescribe la parte final del artículo 7° de este Código²⁸⁷.

- Sobre todas las sustancias concesibles, por tanto, puede constituirse el derecho real de concesión. La apertura para que extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas, puedan optar a la concesión de este derecho, se encuentra en lo establecido por el artículo 1° inciso segundo del Código de Minería. Citaremos este artículo para esclarecer un poco más la titularidad sobre las actividades mineras. Previene esta norma que:

“(...)Pero toda persona tiene la facultad de catar y cavar para buscar sustancias minerales, con arreglo al párrafo 2° de este título, y también el derecho de constituir concesión minera de exploración o de explotación sobre las sustancias que la ley orgánica constitucional declara concesibles, con la sola excepción de las personas señaladas en el artículo 22”²⁸⁸.

287 Reafirman esta preponderancia de la concesibilidad de las sustancias mineras otros artículos adicionales del Código de Minería. El artículo 4° contempla que: “Si el Estado estima necesario ejercer las facultades de explorar con exclusividad o de explotar sustancias concesibles, deberá actuar por medio de empresas de las que sea dueño o en las cuales tenga participación, que constituyan o adquieran la respectiva concesión minera y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo con las normas constitucionales”; y el artículo 9°, inciso primero: “Podrá constituirse concesión minera sobre las sustancias concesibles de un yacimiento, aunque éste contenga también sustancias no concesibles” (...).

288 El artículo 22° del Código de Minería, siguiendo las directrices del artículo 1°, señala: “Toda persona puede hacer manifestaciones o pedimentos y adquirir concesiones mineras en trámite o constituidas, o cuotas en ellas, o

Lo que pretendemos subrayar en este apartado a partir de todas estas referencias normativas presentes en el Código de Minería, por remisión del artículo 19 n° 24 de la Constitución, es que la regla general en el ordenamiento jurídico chileno es la posibilidad de establecer concesiones sobre la mayoría de las sustancias mineras. Y que esta amplitud en la concesión está abierta de manera indistinta a personas naturales o jurídicas chilenas como extranjeras, lo que explica, entre otros factores²⁸⁹, la cantidad de empresas extranjeras transnacionales que ejercen actividades mineras en Chile.

2) Síntesis de la actividad minera en Chile en perspectiva histórica.

acciones en sociedades regidas por este Código Por exigirlo el interés nacional, se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior: 1°. Los Ministros de las Cortes de Apelaciones, los Jueces y Secretarios de los Juzgados de Letras en lo Civil, los Conservadores de Minas, y los empleados de tales Juzgados y Conservadores, respecto de terrenos o concesiones situados, total o parcialmente, dentro de los respectivos territorios jurisdiccionales o de sus oficinas, o de acciones de las referidas sociedades, dueñas de dichas concesiones; 2°. Los funcionarios del Estado o de sus organismos o empresas que, en razón de sus cargos, tengan intervención en la constitución de concesiones mineras o acceso a información de carácter geológico o minero, o relativa a descubrimientos mineros, hasta un año después de haber dejado el cargo, y 3°. El cónyuge no divorciado perpetuamente y los hijos de familia de las personas mencionadas en los números anteriores. Con todo, las personas mencionadas en el inciso anterior podrán adquirir por sucesión por causa de muerte o en virtud de un título anterior al hecho que da origen a la prohibición”.

289 Otro hito de especial relevancia, también derivada de la perspectiva económica de la Constitución de 1980, es el DL 600. Ver la parte 2 de esta introducción para más detalle.

Desde la Colonia la minería se constituyó en una actividad productiva de importancia para el Reino de Chile. Durante el siglo XIX, cobró gran dinamismo y se transformó en la principal actividad económica a nivel nacional, así producción minera y expansión industrial se integraron en un solo referente²⁹⁰. Sin embargo, paralelamente a la importancia económica que adquirió este subsector, la minería se fue transformando en una de las actividades productivas más invasivas, causando un fuerte impacto ambiental en las zonas donde se desarrollaba. Durante el siglo XIX y buena parte del XX, prácticamente no existió conciencia ambiental, lo que impidió que la explotación de los recursos naturales vinculados a la minería fuesen evaluados en forma negativa, preponderando siempre el progreso económico por sobre las materias medioambientales.

Hacia 1964 se produjo lo que se denominó la “chilenización” de la minería cuando se asoció el Estado chileno a capitales norteamericanos, lo que implicó un gran auge de producción. Sin embargo, este proceso de intervención del Estado en la explotación y producción de las actividades mineras continuó progresivamente hasta culminar en la nacionalización de la Gran Minería cuando, a través de la Ley 17.450 en 1971, el Estado se hizo cargo de las minas más importantes del país. Sólo 6 años después, en 1977, a través del Decreto Ley N° 1.759, el régimen militar permitió la incorporación de capitales extranjeros, generando un sis-

290 <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-3388.html>. Re visitado el día 08-09-2016.

tema compartido de explotación, aún cuando algunas de las minas nacionalizadas continuaron en manos del Estado, como fue el caso de Chuquicamata, El Salvador, Andina y El Teniente.

Un hecho clave para los impactos ambientales provocados por la minería, fue la promulgación, en 1974, del Decreto Ley 600 de Estatuto de Inversión Extranjera. Dicho decreto, al fomentar la inversión de modo estructural bajando sustancialmente las tasas tributarias y generando un trato igualitario para las empresas nacionales y extranjeras, hizo que entre los años 1974 y 1983 los niveles de inversión extranjera en la minería, alcancen ribetes históricos. Como repercusión de esta “liberación” se produjo una fuerte expansión de la actividad que influyó, de modo directo, en dos consecuencias diferentes. La primera de ellas es el acrecentamiento progresivo de la inversión extranjera; y la segunda, en la generación de importantes impactos ambientales, que fueron paulatinamente adquiriendo notoriedad hasta hacerse insostenibles.

A partir de la década de 1990, lo minero comenzó a tomar notoriedad en el marco de una mayor sensibilidad hacia la ciudadanía en el sentido a discutir posibles medidas para detener el impacto ambiental de la actividad minera. Sostenemos que es esta arista, la ambiental, donde la tensión entre derechos humanos y empresas se ha manifestado con mayor intensidad en la discusión pública chilena. En un principio la discusión se centró en la contaminación atmosférica de las fundiciones y en los tranques de relave. Casos emblemáticos fueron la fundición Ventanas, cuyo abundante humo negro se dejaba ver a muchos kilómetros de distancia,

y la mina El Salvador, que vertía sus relaves en el mar. A los casos anteriores se sumaba también la destrucción sistemáticamente de predios y regiones agrícolas, junto con la contaminación de los canales de regadío.

Así, se comenzó a regularizar la contaminación minera, iniciándose la búsqueda de una coexistencia de la protección ambiental con el desarrollo económico a través del impulso de una legislación apropiada. A partir del Decreto N° 185 de 1992, y en el marco de un acuerdo voluntario entre diversos sectores productivos y el Estado, se iniciaron planes de descontaminación en las 5 fundiciones de cobre estatales y se implementaron estudios de impacto ambiental en toda nueva faena minera, lo que finalmente derivó en que más del 60% de aquellos estudios correspondiera al sector minero. Al mismo tiempo, la Ley de Bases del Medio Ambiente (1994) y la promulgación de su reglamento en 1997, impusieron una mayor conciencia ambiental en las actividades mineras del país.

En 2008, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, se ratifica y promulga el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, entrando en vigencia el año siguiente. Esta norma internacional ha devenido en crucial para los pueblos indígenas de Chile, al diseñar un conjunto de derechos de manera inédita en el ámbito de sus derechos fundamentales. Resulta sumamente pertinente hacer referencia a esta nueva manera de entender a los derechos de los pueblos indígenas y a lo indígena mismo, puesto que con la entrada en vigen-

cia del Convenio 169 los pueblos indígenas habitantes de Chile han encontrado un sustento normativo a favor de una concepción más afín con sus cosmovisiones del territorio indígena - artículo 13.2 del Convenio - que colisiona con la perspectiva extractivista que de los recursos naturales tienen las empresas mineras. Otro de los derechos destacados del Convenio 169, el más frecuentemente citado y requerido por sus alcances estratégicos para los pueblos indígenas, es el derecho a la consulta de los artículos 6° y 7°. Puede ser explicado más claramente desde la vereda de quien debe cumplir el derecho a la consulta; es decir, los Estados se encuentran obligados a consultar a los pueblos indígenas cada vez que una medida administrativa o legislativa sea susceptible de afectarles directamente. Como avanzaremos en las respuestas de la última parte de este cuestionario, el Convenio 169 ha repercutido en el plano de los hechos en que diversas comunidad indígenas presentes en Chile han conseguido ralentizar la actividad minera en algunas situaciones, amparándose en este nuevo conjunto de derechos fundamentales contenidos en el Convenio 169.

B - Cuestionario

Marco Jurídico General

1. ¿Qué marco internacional ha adoptado el estado en materia de derechos humanos y empresas? Considerar aquellos que establecen obligaciones o derechos, que disponen la creación de mecanismos internacionales, así como acuerdos comerciales o tratados de libre comercio.

Se sugiere dar luces sobre el valor de cada instrumento en el sistema de fuentes. ¿Cuál es el rol que han tenido las normas de *soft law* en esta materia? ¿Existen iniciativas para buscar su implementación?

Se han seleccionado algunas normas de origen internacional, que son vinculantes para Chile con distinta intensidad, las cuales creemos son las más atinentes al tópico derechos humanos y empresas . Sin perjuicio de esta enumeración, en el anexo de este documento se puede encontrar todas las normas internacionales de derechos humanos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes.

- a) **Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos.** Esta norma que puede catalogarse como de *Soft Law* resulta pertinente destacarla aquí dado que se trata de un instrumento desarrollado en el seno de Naciones Unidas como una guía que orienta tanto a los Estados en su labor de protección de los derechos humanos como a las empresas en su deber de respetarlos²⁹¹.

- b) **Pacto global de naciones Unidas.** Esta iniciativa internacional busca “implementar 10 principios universalmente aceptados para promover la responsabilidad social empresarial (RSE) en las áreas de derechos humanos, normas laborales, me-

291 <http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/>. Visitado el 20-09-2016. Para mayor detalle sobre la vigente política gubernamental chilena sobre la materia, denominada “Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas.

dio ambiente y lucha contra la corrupción en las actividades y la estrategia de negocio de las empresas”²⁹². Puede aducirse que el valor de estos principios constituyen normas de soft law. Son varias las empresas con presencia nacional que han adherido a respetar los principios de este pacto, entre las que debemos destacar para efectos de este trabajo a Angloamerican, Collahuasi y Minera Los Pelambres. mencionamos estas empresas debido a que, en función de este instrumento internacional, estas empresas se han comprometido voluntariamente a cumplir con los principios que tienen especial énfasis en los derechos humanos y las empresas.

- c) **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático**, que entrara en vigor en el ámbito internacional el año 1994. Fue completada con una adición a este tratado conocido como **Protocolo de Kyoto**, protocolo que fuera ratificado por Chile el 4 de Julio de 2002 y publicado en el diario oficial el 16 de Febrero de 2005. El macro objetivo de esta norma internacional es la estabilización de las concentraciones de gases de efectos invernadero. La actividad minera en Chile es uno de los focos productivos que produce una de las mayores cantidades de gases de este tipo, por lo que la importancia de esta norma internacional para las empresas transnacionales mineras es manifiesta.

- d) Un último conjunto normativo que nos parece oportuno destacar aquí son las llamadas **Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas**

²⁹² <http://www.pactoglobal.cl/acerca-de-pacto-global/que-es-pacto-global/>. Visitado el 21-09-2016.

comerciales en la esfera de los derechos humanos. Fueron adoptadas por la Subcomisión de la ONU para la promoción y protección de los derechos humanos. Su objetivo, en términos de amnistía internacional, es el de enunciar, en una sola y concisa declaración, una lista detallada de las obligaciones empresariales en la esfera de los derechos humanos. Subrayan prácticas óptimas y varias maneras de hacerlas cumplir. Además, constituyen un punto de referencia útil con el que evaluar las legislaciones nacionales internas²⁹³. Sobre el estatus jurídico de estas normas, debe anotarse de que no constituyen un tratado que los Estados pueden ratificar y asumir de ese modo obligaciones vinculantes²⁹⁴. Podemos catalogarlas, entonces, como normas de soft law.

Mención aparte dentro de esta pregunta merecen los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por Chile con distintos países. A continuación, se adjunta una tabla que individualiza los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, así como el país o conjunto de países que conforman la contraparte de los respectivos Tratados.

293 “Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas: hacia la responsabilidad legal”. Editorial amnistía Internacional, Madrid, 2004. P. 3
Disponibile en: <http://www.amnistiainternacional.org>.

294 *Ibíd.*, p. 4

Tratado	País(es)	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigencia
TLC Canadá - Chile	 Canadá	5 de diciembre de 1996	5 de julio de 1997
TLC Chile - México	 México	17 de abril de 1998	1 de agosto de 1999
TLC Chile-Centroamérica	 Costa Rica	18 de octubre de 1999	14 de febrero de 2002
	 El Salvador	30 de noviembre de 2000	3 de junio de 2002
	 Honduras	22 de noviembre de 2005	19 de julio de 2008
	 Guatemala	7 de diciembre de 2007	23 de marzo de 2010
	 Nicaragua	22 de febrero de 2011	19 de marzo de 2013
AAE Chile-UE	 Unión Europea	8 de noviembre de 2002	1 de febrero de 2003
TLC Chile-EE.UU.	 Estados Unidos	6 de junio de 2003	1 de septiembre de 2004
TLC Chile-Corea	 Corea del Sur	15 de febrero de 2003	2 de abril de 2004
TLC Chile-EFTA	 Islandia	26 de junio de 2003	1 de diciembre de 2004
	 Liechtenstein		
	 Noruega		
	 Suiza		
TLC Chile-China	 China	18 de noviembre de 2005	1 de octubre de 2006
Pacífico-4 (P-4)	 Nueva Zelanda	18 de julio de 2005	8 de noviembre de 2006

Tratado	País(es)	Fecha de suscripción	Fecha de entrada en vigencia
TLC Chile-Panamá	 Singapur	18 de julio de 2005	8 de noviembre de 2006
TLC Chile-Panamá	 Panamá	27 de junio de 2006	7 de marzo de 2008
TLC Chile-Colombia	 Colombia	27 de noviembre de 2006	8 de mayo de 2009
TLC Chile-Perú	 Perú	22 de agosto de 2006	1 de enero de 2009
AAE Chile-Japón	 Japón	27 de marzo de 2007	3 de septiembre de 2007
TLC Australia-Chile	 Australia	30 de junio de 2008	6 de marzo de 2009
TLC Chile-Turquía	 Turquía	14 de julio de 2009	1 de marzo de 2011
TLC Chile-Malasia	 Malasia	13 de noviembre de 2010	1 de abril de 2012
TLC Chile-Vietnam	 Vietnam	12 de noviembre de 2011	1 de enero de 2014
TLC Chile-Hong Kong	Hong Kong	7 de septiembre de 2012	1 de diciembre de 2014
TLC Chile - Tailandia	Tailandia	4 de octubre de 2013	5 de noviembre de 2015*

*Obtenido de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, www.bcn.cl. Visitado el día 13 de Noviembre de 2016.

Esta inclusión de los Tratados de Libre Comercio se justifica en la medida que algunos de ellos se proponen como objetivos coadyuvantes a los intereses comerciales la protección y promoción de los derechos humanos. Así, encontramos a modo de ejemplo el TLC entre Chile y Estados Unidos, que dentro de sus metas se plantea *CREAR nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios; [...] PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores; [...] IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente; PROMOVER el desarrollo sostenible; CONSERVAR, proteger y mejorar el medio ambiente, incluso mediante el manejo de recursos naturales en sus respectivos territorios y a través de acuerdos multilaterales sobre el medioambiente de los que ambos sean parte*²⁹⁵. Similares intenciones pueden encontrarse en el TLC Chile – EFTA, donde además se añade que las partes están decididas a *REAFIRMAR su compromiso con la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales en conformidad con las obligaciones contraídas al amparo del derecho internacional, incluidos los principios y 3 objetivos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*[...] ²⁹⁶.

295 Documento disponible en: https://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/asocfile/20070711153552/tlc_chile__eeuu.pdf

296 Documento disponible en: https://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070713/asocfile/20070713110133/tlc_chile__efta.pdf

2. ¿Qué medidas normativas han sido elaboradas a partir de dicho marco internacional? ¿Se han promulgado leyes, normas, directrices específicas o cualquier otro acto administrativo, en materia de derechos humanos y empresas? Si las hay, señale cuáles son. ¿Existen instrumentos de monitoreo y fiscalización? Indique si hay propuestas normativas en curso o algún debate nacional al respecto.

Como medida normativa, pudimos encontrar una reforma que actualmente se encuentra en curso. Es el referido al proyecto de ley que reforma que el Código de Aguas. Durante el último tiempo se han presentado varios proyectos de reformas al Código de Agua, siendo el que más avanza –por contar con el impulso del Poder Ejecutivo– el proyecto contenido en el Boletín N° 7543-12. El proyecto comenzó mediante moción de diputados en 2011, contando con cuatro indicaciones sustitutivas de la Presidencia, una en 2014 y tres en 2015. El proyecto original ingresado por moción, de breve extensión, desarrolla la idea central de considerar que las aguas tienen finalidades diversas a las productivas, como funciones ambientales, de subsistencia, étnicas, productivas, escénicas, paisajísticas, sociales y de ordenamiento territorial. Además, indica que será deber del Estado garantizar a la ciudadanía el acceso a dichas funciones. Esta concepción se aparta de la vigente en el Código de Aguas, que no le asigna funciones determinadas a las aguas, sino que, reconociendo que se trata de bienes nacio-

nales de uso público, otorga un derecho de aprovechamiento a los particulares²⁹⁷.

En 2014, la Presidencia ingresó la primera indicación sustitutiva, cambiando las bases que fundaban la moción. De esta forma, la indicación se estructuraba en los siguientes ejes principales: (1) Los derechos de aprovechamiento ya no serán perpetuos, sino que tendrán una extensión de hasta 30 años renovables, caducando el derecho por no uso en un plazo de entre 4 a 8 años. (2) Se otorga la facultad al Estado de limitar el ejercicio del derecho de aprovechamiento en función del interés público. (3) El uso para consumo humano y para saneamiento serán prioritarios, prevaleciendo sobre otros usos y siendo fundamento de limitaciones a derechos ya otorgados. (4) Se podrán crear reservas, pero solo para funciones de subsistencia. (5) Se permite a los Comités de Agua Rural constituir derechos de agua excepcionalmente para consumo humano, aun cuando no se estén otorgando derechos de agua para otras finalidades. (6) Se prohíben los derechos de aprovechamiento en Parques Nacionales y Reservas Vírgenes, y se restringe en otro tipo de áreas protegidas. (7) Se aumentan las potestades de la Dirección General de Aguas para reducir los derechos de aprovechamiento ya constituidos²⁹⁸.

A partir de la pregunta n° 23 en adelante, nos referiremos en repetidas ocasiones sobre los sistemas de monitoreo y

297 Informe Anual Situación de los derechos humanos en Chile 2015. INDH, Chile, p. 174.

298 *Ibíd.*, p. 175.

fiscalización que existen sobre la institucionalidad chilena vigente, ambiental y minera, que a partir de la década de 1990 ha sido instaurada progresivamente siguiendo las directrices de algunos compromisos internacionales tomados por el Estado chileno.

3. ¿Existe o está en proceso de elaboración un plan o política nacional en materia de derechos humanos y empresas? De ser así, ¿cuenta con instrumentos de monitoreo y fiscalización? En caso cuente su país con un plan y/o política nacional de derechos humanos, ¿se refiere directa o indirectamente a la cuestión de las empresas y los²⁹⁹ derechos humanos? Explique.

A la fecha de redacción de este borrador está siendo llevada a cabo una de las primeras etapas del Plan de Acción nacional de derechos Humanos y empresas, que tiene como objetivo la implementación de una reciente, pero importante, norma internacional de derechos humanos y empresas, mencionada en la respuesta de la primera pregunta de este cuestionario: Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas. Este Plan de Acción emana del Consejo de Responsabilidad para el Desarrollo Sostenible, instancia que aprobó la idea de realizar un Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas, y encomendó a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores su coordinación. Para elaborar esta

299 Ver: <http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/>. Visitada el día 11 de Julio de 2016. Las cursivas son nuestras.

política pública, un experto externo condujo un diagnóstico de la situación actual sobre este tema en Chile. El estudio lo realizó el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales con la metodología proporcionada por el Instituto Danés de Derechos Humanos y ICAR. Este estudio de línea base fue lanzado en un seminario que se llevó a cabo en el Ministerio de Relaciones Exteriores el día 27 de mayo del año 2016. Apuntamos que este estudio de línea de base será citado en algunas preguntas que siguen.

Paralelamente, se conformó un Grupo de Trabajo Interministerial en el que participan nueve Ministerios y el Punto Nacional de Contacto para las Líneas Directrices de la OCDE, que será la instancia encargada de elaborar el Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas.

Además, durante este año 2016 se llevará a cabo un proceso de diálogo participativo con el fin de recabar opiniones y sugerencias respecto al Plan de Acción y el tema de derechos humanos y empresas.

4. ¿El Estado cuenta con un marco jurídico que exija a empresas domiciliadas en su territorio pero que operan en otros territorios, el respeto de los derechos humanos? ¿Cuál es el marco normativo aplicable en materia de responsabilidad extraterritorial del Estado por actos de empresas domiciliadas en su territorio cometidos en terceros países?

Salvo los documentos internacionales genéricos que Chile ha suscrito, ratificado, o que de alguna otra manera lo vinculan con la protección de los derechos humanos, no aparece un marco jurídico concreto en la materia de derechos humanos y empresas. Como sostiene Schönsteiner, en la actualidad las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción³⁰⁰.

5. ¿Cuáles son las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permiten o impiden la responsabilidad de las empresas por la violación de los derechos humanos en el ámbito de la cadena productiva minera?

Para evitar el solapamiento de las respuestas de algunas de las preguntas de este cuestionario, en esta pregunta nos remitiremos a otras preguntas de este mismo documento que pormenorizan, desde diversos enfoques, el tratamiento que el ordenamiento jurídico chileno otorga sobre la responsabilidad de las empresas. Hacemos esta remisión debido a que desde una lectura comprensiva, toda vulneración o descuido que en su ejercicio realizan las empresas, puede ser leído en clave de vulneración a los derechos humanos. Sugerimos ver, por tanto, las respuestas de las preguntas n°s 20, 21 y 25.

300 Schönsteiner Judith; Araya Fernando, Soto Pablo, Varas Karla, Estudio de Línea Base sobre empresas y derechos humanos. Centro de derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Santiago, 2016. P. 62.

6. ¿Cuenta su Estado con un cuerpo normativo específico en materia de minería? ¿Existe un código minero? ¿Cómo describiría el papel de esta norma en la promoción de la actividad en el país? ¿cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país? ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción? ¿Cuál es la línea jurisprudencial al respecto?

El Estado chileno cuenta con el Código de Minería, cuya fecha de vigencia se remonta al año 1983. Como un aspecto principal del mismo, pormenoriza la regulación de la propiedad minera según lo dispone el artículo 19 n° 24 de la Constitución, junto con la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras. El móvil que conduce esta regulación sobre la minería es, esencialmente, favorecer y proteger la inversión minera, casi con exclusión de cualquier otro objetivo. Las razones económicas, entonces, son las que han justificado la regulación minera proveniente de 1980.

Sobre la evaluación y fiscalización de la actividad minera, nuevamente invitamos a detenerse en las respuestas a las preguntas contenidas a partir de la n° 23 en adelante.

7. Los jueces y otros operadores del Derecho, ¿cuentan con capacitaciones sobre esta materia?

Esta pregunta puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera de ellas consiste en hacer referencia a la existen-

cia de la Academia Judicial de Chile. Ésta es una corporación de derecho público creada por Ley N° 19.346 de 18 de noviembre de 1994, cuyo objetivo es la formación y capacitación de los miembros del Poder Judicial, sean ellos jueces o funcionarios. La Academia Judicial se encarga de organizar cursos de capacitación año a año, y para este año 2016, ha desarrollado una serie de cursos atinentes a la temática de este trabajo. Tómese como ejemplo el curso titulado “Convenio 169 de la OIT”, que fuera dictado entre Junio y Julio del presente año por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile³⁰¹.

Por otro lado, debemos mencionar que Chile desde el año 2012, a partir de la entrada en vigencia de la ley 20.600, cuenta con los Tribunales Ambientales, cuya instalación fue progresiva. Son tribunales que fueron creados con la exclusiva meta de resolver las controversias entorno al medio ambiente, en las que por supuesto entran en esta categoría los conflictos entre los derechos humanos y empresas. Estos Tribunales tienen por competencia, entre otras materias, las demandas por daño ambiental.

Marco Institucional y Actuación Jurisdiccional

8. ¿Existe alguna institución estatal que se encargue de adoptar y/o implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas, especialmente en el ámbito de la cadena productiva minera? Indique su ubicación en

301 Ver http://www.academiajudicial.cl/Programas.aspx?id_menu=52

el aparato estatal, la descripción de sus competencias, características y marco normativo aplicable.

No consta actualmente de organismo con dicha especificidad en Chile. Se pueden mencionar como órganos con competencia genérica, que pueden tener incidencia indirecta en la implementación de políticas de derechos humanos en la cadena productiva minera, al Instituto Nacional de Derecho Humanos y a la Superintendencia del Medioambiente, de la cual algunas de sus competencias fueron enunciadas más arriba.

9. ¿Cuáles son las directrices y el procedimiento de los gobiernos nacionales y locales en materia de derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno.

Como era arriba enunciado, este procedimiento es regulado en el Código de Minería y en la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras.

Se inicia con un escrito (documento) mediante el cual una persona natural o jurídica solicita un determinado sector con ubicación geográfica específica, con el objetivo de explorar sustancias minerales concesibles³⁰². Es un escrito que va dirigido al Juzgado de Letras, correspondiente a la comuna donde se ubica

302 Para mayor detalle sobre el proceso de constitución de una concesión minera, ver: http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/normativa/guia_constitucion_concesiones.pdf

el pedimento. Algunos Juzgados envían el pedimento al SERNA-GEOMIN, para su revisión técnica. SERNAGEOMIN devuelve al Juzgado el escrito con el respectivo informe técnico. Luego, debe pagarse una tasa cuyo monto es detallado por el artículo 51° del Código de minería, y debe realizarse dentro de los 30 días, contados desde la fecha de presentación del Pedimento al juzgado. Si el Juez considera que el pedimento cumple con lo indicado en el Código de Minería, éste ordena inscribir y publicar, en el plazo de 30 días contados desde la fecha que él lo ordena. Si el informe es desfavorable el Juez ordena al peticionario corregir las observaciones dentro de un plazo de 8 días. Una vez que el Juez ordena inscribir y publicar el pedimento, el Secretario del Juzgado dará copia autorizada de éste, según lo señala el artículo 50 del Código de Minería, consistente en una copia del pedimento, con la resolución del Juez, el número de rol del expediente y el timbre que dice copia autorizada. A contar de la fecha de la resolución que ordena inscribir, se tienen 30 días para hacerlo. La copia autorizada del pedimento se inscribe en el Conservador de Minas que corresponda, de acuerdo a la comuna donde se ubique el pedimento. La inscripción del pedimento que entrega el Conservador de Minas, se debe publicar en el Boletín Oficial de Minería, dentro de los 30 días posteriores a la resolución que así lo ordena.

Luego de haber realizado la inscripción, la publicación y el pago de la tasa del pedimento (formulario N° 10), y dentro del plazo de 90 días, contados desde la fecha de la resolución que ordena inscribir y publicar el pedimento, el peticionario deberá

presentarse, en el Juzgado respectivo, a solicitar que se dicte la sentencia constitutiva de la concesión minera de exploración. En la solicitud se podrá abarcar todo o parte del terreno pedido, pero en ningún caso, terrenos situados fuera de éste. La solicitud de sentencia constitutiva, consiste en un escrito y un plano, de acuerdo a las coordenadas UTM de los vértices del perímetro de la concesión minera de exploración, relacionando a lo menos, uno de ellos, en rumbo y distancia, con el punto medio señalado en el pedimento. La concesión minera de exploración tiene una duración de 2 años. Antes de que expiren los dos años de vigencia, el concesionario podrá solicitar una prórroga por dos años más, abandonando a lo menos la mitad de la superficie total concedida. La superficie restante debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 28 del Código de Minería, que son aplicables a la concesión minera de exploración.

Para poder constituir concesiones mineras de explotación, debe presentarse un escrito mediante el cual una persona natural o jurídica solicita un determinado sector de interés con el objetivo de explotar sustancias minerales concesibles. Este escrito va dirigido al Juzgado de Letras correspondiente a la comuna donde se ubica la manifestación. Al igual que las concesiones de exploración, algunos Juzgados envían la manifestación al SERNAGEOMIN, para su revisión técnica. SERNAGEOMIN devuelve al Juzgado el escrito con el respectivo informe técnico. Aquí también deben pagarse tasas.

Si el Juez encuentra que la manifestación cumple con lo indicado en el Código de Minería; éste ordena inscribir y publicar, en el plazo de 30 días contados desde que él lo ordena. Para ello otorga al interesado, una copia autorizada de la manifestación. • Si el informe técnico es desfavorable el Juez ordena al manifestante corregir las observaciones dentro de un plazo de 8 días. Esta copia autorizada es con la que ordena el Juez, para que el interesado haga la inscripción de la manifestación en el Conservador de Minas. Corresponde a la transcripción íntegra de la manifestación que se ingresó al Juzgado con la resolución que ordena inscribir y publicar, la certificación de copia autorizada y el número del rol del expediente. A contar de la fecha de la resolución que ordena inscribir, se tienen 30 días para hacerlo. Esta inscripción es la transcripción íntegra de la copia autorizada de la manifestación, en el Registro de Descubrimientos del Conservador de Minas, que corresponda de acuerdo a la comuna donde se ubique la manifestación. La copia íntegra de la inscripción de la manifestación que entrega el Conservador de Minas, se debe publicar en el Boletín Oficial de Minería que corresponda a la jurisdicción, dentro de los 30 días posteriores a la resolución que ordeno su inscripción y publicación.

10. ¿Cuáles son los casos o experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y nacionales de actividad minera?

Una situación emblemática en Chile ha sido Pascua Lama. Se trata de un proyecto a cargo de la empresa minera canadiense Barrick Gold, que involucra zonas geográficas de Chile y Argentina. El proyecto busca explotar una mina a cielo abierto donde se pretende extraer oro y otros minerales. La zona en Chile donde el proyecto ha tenido mayor injerencia, en el sentido de mayor impacto medioambiental, es la región de Atacama. Ha sido conocido por haber sido aprobado el proyecto inicial en 2006 mediante una resolución de calificación ambiental que no cumplió con todas las exigencias legales, aprobado además con inobservancia del Convenio 169 de la OIT en lo que se refiere a la consulta de los pueblos indígenas. También ha sido criticado por parte de la sociedad civil y ONGs por el eventual daño ecológico que la aprobación al proyecto supondría. Opositores al proyecto han denunciado que el proyecto removerá parte de glaciares existentes en la zona de excavación, así como contaminará las aguas de la zona afectando a la agricultura.

En septiembre de 2013, la tercera sala de la Corte Suprema ratificó el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó que obligó a suspender las faenas del proyecto minero hasta que no se cumpliera con una serie de medidas medioambientales, entre ellas las relacionadas al manejo de aguas. En Mayo de 2013, la Superintendencia del Medioambiente multó a la empresa Barrick Gold con US\$ 16 millones. En Abril de 2015, este mismo organismo, previa instrucción el Tribunal Ambiental - confirmado por la Corte Suprema - recalificó 22 cargos contra la empresa.

11. ¿Qué casos de violaciones de derechos humanos relacionadas a la cadena minera han sido objeto de una denuncia a nivel internacional? Tenga en cuenta los mecanismos internacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos, sistema de la Organización de Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo

Para esta pregunta, fue consultada la base de datos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hasta el año 1995. De dicha fuente, se consideró las denuncias que fueron declaradas admisibles por la Comisión, encontrándose con este filtro una situación. El 10 de enero de 2007 la Comisión Interamericana de Derechos recibió una denuncia presentada por Nancy Yáñez del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y por Sergio Fernando Campusano Vilches, en favor de la Comunidad agrícola Diaguita de los Huascoalinos, en contra del Estado de Chile. En la petición se alega que el Estado otorgó calificación ambiental favorable para la ejecución del proyecto Minero Pascua Lama y sus modificaciones en territorios ancestrales de la Comunidad Diaguita, sin tener en cuenta la opinión de la comunidad.

Con fecha 30 de Diciembre de 2009, la Comisión declaró admisible tal denuncia, comunicando a los peticionarios y al Estado. No se tiene conocimiento que se haya progresado más hasta la fecha en esta instancia internacional.

12. ¿Qué casos han sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresa matriz?

Sobre esta pregunta, sólo podemos ofrecer una respuesta preliminar. Los investigadores a cargo de este documento, y a la fecha de redacción del mismo, no lograron dar con ninguna situación de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de las empresas matrices. Con todo, debe subrayarse que las fuentes consultadas fueron esencialmente medios de prensa de publicación virtual, sin consultar otras bases de datos por desconocimiento o lejanía – por ejemplo, no fueron abordados registros de sistemas judiciales de otros países -.

Protección de Derechos Laborales³⁰³

13. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija a las empresas de la cadena productiva minera contar con una política de igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores? ¿Cuenta el Estado con medidas legislativas laborales específicas para el sector minero?

En la regulación del sector minero, no hemos detectado una política de igualdad en las condiciones laborales de sus trabajadores. En este sentido, dada la naturaleza de la actividad de los trabajadores mineros, constatamos que aquellos no se rigen por las jornadas laborales tipo que se señalan en el Código del Trabajo, debiendo ser éstas aprobadas de manera particular por el Director del Trabajo. Podemos afirmar que existe una falta de desarrollo

303 Chile no tiene ratificado el convenio 176 de la OIT sobre seguridad y salud en las minas: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312321:NO

normativo; téngase por ejemplo lo que se refiere a la regulación de las jornadas y descansos del trabajo en altura, que es donde más se desarrollan estas faenas. No obstante, sobre la materia existe el “proyecto de ley que regula el trabajo en altura por sobre el nivel del mar” (Boletín 7749-13³⁰⁴), que pretende mejorar la situación laboral y las condiciones de salud de los trabajadores que desarrollan estas actividades, con especial énfasis en las faenas mineras. Para ello, se propone en dicho proyecto legislativo jornadas que no superen las 10 horas diarias con un máximo de 10 días, con igual período de descanso. En caso de incumplimiento de éstas y otras exigencias, se contempla como sanción el cierre de la faena. Lamentablemente, este proyecto se encuentra paralizado en el Congreso desde el 2012.

Por lo tanto, a pesar de la importancia del sector minero, no existe una normativa específica que en regule en clave de derecho a la igualdad las condiciones laborales de los trabajadores mineros, debiendo remitirnos a la regulación general de los trabajadores, establecidas en el Código del Trabajo chileno. Allí se estipula, como regulación relevante, que son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, así como el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. Debemos indicar que en

304 Proyecto de ley que regula el trabajo en altura por sobre el nivel del mar, disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8147&prmBoletin=7749-13

Chile también se encuentra vigente la ley 20.609 que establece medidas en contra de la discriminación.

En cuanto a normativa laboral específica para el sector minero, la norma principal es el Reglamento de Seguridad Minera, Decreto 132 del Ministerio de Minería del año 2002, que establece el marco regulatorio general al que deben someterse las faenas de la Industria Extractiva Minera, para: a) Proteger la vida e integridad física de las personas que se desempeñan en dicha Industria y de aquellas que bajo circunstancias específicas y definidas están ligadas a ella, y b) Proteger las instalaciones e infraestructura que hacen posible las operaciones mineras, y por ende, la continuidad de sus procesos.

Dado la carencia de otras normas específicas para el sector en el marco laboral, nuevamente decimos que se debe aplicar de manera supletoria las disposiciones del Código del Trabajo. Junto con ella, existen otras normas en Chile que configuran una estructura genérica sobre condiciones laborales de los trabajadores. Ellas son a) la ley 16.744 sobre accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales y b) el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo – decreto 594 del Ministerio de Salud año 2000-.

14. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que prohíba a las empresas someter a los trabajadores a tratos inhumanos y degradantes?

En el marco general del sistema de protección de derechos fundamentales de la Constitución Política de Chile, se garantiza a todas las personas en el artículo 19 n°1 los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica; de igual manera, el Código del Trabajo en su artículo 2° estipula que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas, siendo contrario a este principio los hostigamientos reiterados ejercidos por el empleador por cualquier medio, y que tenga como resultado para el afectado un menoscabo, maltrato o humillación.

Ante una violación de estas garantías como consecuencia de actos ocurridos en la relación laboral, se cuenta con el procedimiento de tutela laboral, establecido en los artículos 485° y siguientes del Código del Trabajo. Se sigue ante la justicia laboral, pudiendo sólo ejercerse su acción una vez que ha ocurrido el ilícito. Debido a la oportunidad para solicitar la tutela, creemos es deficitario en cuanto no busca inhibir o evitar los hechos ocurridos, sino que actúa de forma represiva, ordenando el cese de la conducta e imponiendo las sanciones respectivas.

De esta manera, podemos aseverar que el Estado chileno cuenta con un marco normativo general que prohíbe a las empresas someter a sus trabajadores a tratos inhumanos y degradantes, sin perjuicio que se trata de una regulación que aún le falta un desarrollo más robusto que consolide como garantía el derecho del artículo 19 n° de la Constitución Política chilena.

15. ¿Cuáles son los tipos de regímenes de contratación que existen en el ámbito de la contratación laboral en la actividad minera? ¿Hay distintas modalidades de jornadas laborales establecidas por ley? ¿Qué las caracteriza?

En la regulación del trabajo chilena, existen 3 tipos de regímenes de contratación:

1) Régimen de subcontratación de los artículos 183° A y siguientes del Código del Trabajo. Es aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo, por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista; quien en razón de un acuerdo contractual, ejecuta obras o servicios por cuenta y riesgo propio y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios.

2) Contrato por obra o faena. Es aquel en que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material específica y determinada, cuya vigencia se encuentra circunscrita a la duración de aquella, estando reconocido en varias disposiciones del Código del Trabajo³⁰⁵.

3) Contrato indefinido, en virtud del art 159 N° 4 del Código del Trabajo. El contrato de plazo fijo se transforma en indefinido cuando llegada la fecha fijada para su término, el trabajador continua prestando servicios para el empleador con su conocimiento. La ley sólo permite renovar un contrato de plazo fijo una

305 Código del Trabajo Art 9 inc 2, 66 bis, 305, etc.

vez para que siga teniendo tal característica; aunque se entiende por contrato indefinido también la situación de un trabajador que hubiera prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante 12 meses o más en un período de 15 meses.

Sobre las modalidades de jornadas, debido al tipo de actividad y la localización en que se realizan las faenas mineras, éstas no se rigen por las jornadas estándares que se estipulan en el Código del Trabajo, sino que cuentan con sistemas excepcionales de distribución de las jornadas de trabajo y descanso. Como introducíamos en la respuesta de la pregunta n° 13, ellas deben ser aprobadas previamente por el Director del Trabajo según lo estipulado por el artículo 38 del Código y la Orden de Servicio N° 5 de la Dirección del Trabajo de 20 de noviembre de 2009, en que se establecen una serie de condiciones para dichas aprobaciones.

16. En caso se haya comprobado la existencia de trabajo infantil, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables? ¿Existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

En principio el trabajo infantil está prohibido en Chile, solo pudiendo contratar libremente la prestación de servicios los mayores de dieciocho años. En el caso de los menores de dieciocho años, pero mayores de quince años, para trabajar deben acre-

editar haber culminado su educación media o encontrarse actualmente cursando ésta o la educación básica, pudiendo sólo realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo. Además su jornada no puede extenderse a más de ocho horas diarias -artículos 13° a 18° del Código del Trabajo chileno-. No obstante, aun cuando pueden ser contratados para ciertos servicios, hay labores peligrosas que tienen prohibido realizar, como las referentes a las faenas mineras, esto según el Decreto N° 50/2007 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 13° del Código del Trabajo chileno.

En relación a las sanciones por incumplimiento, estas son dirigidas en contra de la empresa infractora, aplicándose la de ordenar la cesación inmediata de la relación laboral, y la imposición de multas, que en caso de reincidencia se duplican.

Prohibición de formas contemporáneas de esclavitud

17. ¿El Estado cuenta con un marco legal específico que prohíba las formas contemporáneas de esclavitud y/o la trata de personas? En caso se haya comprobado la existencia de condiciones laborales análogas a la esclavitud o el involucramiento en prácticas de trata de personas, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables? ¿Existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

La Constitución Política de Chile establece expresamente en su artículo primero que en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Esta norma viene a ser marco general en contra de estas conductas que se concretan en la ley N° 20.507 – que introduce el artículo 411 octies del Código Penal chileno-, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, donde se sanciona al que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, agravándose las penas si producto de esta práctica se pusiere en peligro la vida o integridad física de las víctimas o si estas se trataran de menores de edad.

En el caso de incurrir en alguna de las conductas descritas entre los artículos 411 bis a 411 octies del Código Penal, se establecen sanciones individuales en contra de los responsables que hubieren cometido estas conductas, con penas determinadas por los Tribunales de Justicia que van desde reclusión menor en su grado medio a máximo a reclusión mayor en su grado medio, más multas que van desde las 20 a 100 unidades tributarias mensuales (en adelante UTM).

Dado la naturaleza de estos delitos y las condiciones usualmente precarias en la que se prestan estos servicios forzados, creemos que además pueden aplicarse las disposiciones del Código Sanitario en lo relativo a las condiciones de higiene, seguridad y protección que deben cumplirse en los lugares de trabajo; que en caso de incumplimiento dan lugar a sanciones administrativas a las empresas por parte del Servicio de Salud, las que consisten en

multas que van desde un décimo hasta las mil UTM, aumentándose al doble en caso de reincidencia. Téngase presente además de las sanciones consistentes en clausura de establecimientos, cancelación de la autorización de funcionamiento, de los permisos concedidos o la paralización de obras o faenas -Artículos 174° y siguientes del Código Sanitario -.

Derecho a la seguridad social

18. ¿El Estado exige a las empresas contar con una política de seguridad social para los trabajadores?

Dentro del marco general que establece el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de Chile, se concibe el derecho a la seguridad social. Esta una mención particularmente escueta el de la seguridad social en la Constitución política chilena de 1980 y es un buen ejemplo del paradigma de la actividad estatal reducida a su mínima expresión, propia de la visión del gobierno militar de Pinochet. Además de esta sumaria referencia a la seguridad social, encontramos también en Chile una política nacional de seguridad y salud en el trabajo, que establece las obligaciones de mantener condiciones y ambientes de trabajo seguros y saludables; cumplir la normativa de seguridad y salud en el trabajo; realizar actividades permanentes de difusión, promoción, capacitación y formación en materias de seguridad y salud en el trabajo³⁰⁶.

306 Política Nacional de Seguridad y Salud, disponible en: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/pnsst/>

Por otro lado, notamos que no existe una política sectorial para las actividades del sector minero en lo relativo a accidentes del trabajo, por lo que se debe recurrir a las obligaciones generales contenidas en el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, al que hicimos alusión en la parte final de la respuesta a la pregunta n° 13. Esta norma obliga a las empresas a contar con reglamentos internos de higiene y seguridad y constituir Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Sin perjuicio de lo anterior, el Reglamento de Seguridad Minera exige el elaborar, desarrollar y mantener reglamentos internos específicos de las operaciones críticas, que garanticen la integridad física de los trabajadores; entregar elementos de protección certificados por organismos competentes y contar con un Departamento de Prevención de riesgos.

Sin embargo, dentro de la falta de normativa para el sector minero, encontramos que Chile no ha ratificado el Convenio 176 de la OIT de 1995 sobre seguridad y salud en las minas, que en atención a la peligrosidad de la actividad, establece obligaciones y medidas que deben adoptar los Estados³⁰⁷.

307 Convenio 176 OIT sobre seguridad y salud en las minas, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312321

Sindicalización

19. ¿Existen instancias de gobierno que velen por el ejercicio a la libre participación de trabajadores en Asociaciones Sindicales al interior de las empresas?

La Constitución Política de Chile reconoce en su artículo 19 N° 19 el derecho de las personas a sindicalizarse. Para velar por el ejercicio de la libre participación de los trabajadores en las asociaciones sindicales, existe un organismo llamado Inspección del Trabajo - en adelante Inspección- que puede a petición de los trabajadores, del sindicato, o de oficio, ejercer sus funciones de fiscalización. Ello con el fin de constatar si existen o no conductas antisindicales ejercidas por parte de las empresas. Si de estas investigaciones realizadas por la Inspección, se constatan hechos vulneratorios o al menos la existencia de indicios suficientes de trasgresión, la Inspección citará a las partes a una mediación a objeto de buscar medidas reparatorias para restablecer la situación. En caso de no arribar a un acuerdo, la Inspección remitirá los antecedentes y los resultados de su fiscalización al respectivo Juzgado de Letras del Trabajo para que se inicie un procedimiento de tutela laboral. Este proceso judicial es el mecanismo previsto por la normativa de Chile para intentar garantizar lo dispuesto en el artículo 19 n° 19 de la Constitución arriba citado.

A mayor abundamiento, debemos precisar que este procedimiento se aplica respecto de cuestiones suscitadas dentro de la relación laboral, en supuestos que el empleador vulnera los

derechos fundamentales de los trabajadores desarrollados en el artículo 485° del Código del Trabajo de Chile. Ejemplo de uno de estos derechos es el relativo a la libertad sindical, en que la vulneración consistiría en limitar el pleno ejercicio del derecho sin justificación suficiente o en forma arbitraria o desproporcionada. Debido a que este procedimiento se limita a la tutela de los derechos establecidos en el precedente artículo, no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

Apuntábamos que los hechos objetos de este procedimiento pueden ser denunciados por los trabajadores o el sindicato ante la Inspección o ejerciendo este organismo directamente la acción ante los Juzgados de Letras del Trabajo. Si el procedimiento se inició por el ejercicio de la acción, la Inspección, a requerimiento del Tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados, pudiendo en esta oportunidad hacerse parte en el proceso.

El juez de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien UTM, la que podrá repetirse hasta obtenerse el debido cumplimiento. Una vez recibido el informe de fiscalización y rendida la prueba por las partes, el Tribunal procederá a dictar sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de diez días.

20. En caso haya vulneración al derecho de asociación por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)?

Con motivo del procedimiento de tutela laboral explicado precedentemente, si se comprueba la vulneración de los derechos de asociación por parte de la empresa – cualquiera que ella sea, en este caso, de la cadena minera -, el Tribunal procederá a aplicar las sanciones correspondientes a multas, las que tras la reciente modificación del Código del Trabajo con la ley 20.940 fueron aumentadas. Para el caso de la gran empresa (aquellas que cuentan con doscientos o más trabajadores) estas van de las veinte a trescientas UTM, siendo su cuantía determinada según la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical. En caso de reincidencia estas multas pueden ser duplicadas o triplicadas.

Afectación a la vida, integridad o salud

21. En caso que haya vulneración al derecho a la vida, integridad (física, psíquica y moral) o salud por parte de empresas de la cadena minera, ¿Qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)?, ¿Existen medidas de prevención?

En términos generales, no existen sanciones específicas en contra de las empresas de la cadena minera por infracciones que pudieren afectar la vida, integridad o salud, debiendo aplicarse de forma residual distintas figuras de nuestro ordenamiento. Una tipología de ellas es la siguiente:

1) Sanciones penales. Debemos remitirnos al título del Código Penal chileno referido a los delitos contra la vida, lesiones, o cuasidelitos. Adicionalmente, encontramos a la figura del que propagare indebidamente productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población - art 291° del Código Penal –

2) Sanciones civiles. Como consecuencia de los daños ocasionados por un actuar doloso o culposo por parte de estas empresas, puede aplicarse el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.

3) Sanciones laborales. Estas sanciones procederán siempre que los hechos ocurran a propósito de la relación laboral, recurriéndose al procedimiento de tutela laboral que explicamos en la respuesta a la pregunta n° 19.

4) Sanciones administrativas. Estas son impuestas por distintos órganos, como por ejemplo las cursadas por el Servicio Nacional de Geología y Minería – Sernageomin -, en caso de incumplimiento de la normativa de seguridad minera, las que van

desde multas hasta cierre de las faenas³⁰⁸; el Servicio de Salud puede sancionar por el incumplimiento de las condiciones de higiene, seguridad y protección que deben cumplirse en los lugares de trabajo, dándose lugar a multa o incluso cierre de faena; y finalmente, podemos volver a nombrar a la Dirección del Trabajo a propósito de sus facultades de fiscalización.

En cuanto a las medidas de prevención que deben tomar las empresas mineras, aparte de la obligación legal de contar con un reglamento de orden, higiene y seguridad – a la que hicimos alusión en la respuesta 18 -, y de cumplir con las exigencias de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Las empresas deben mantener reglamentos internos específicos de las operaciones críticas, proporcionar los elementos de protección adecuados al personal, contar con un departamento de prevención de riesgos, establecer procedimientos de emergencia y rescate, que a lo menos comprendan alarmas, evacuación, salvamento, medios de comunicación y elementos necesarios para enfrentar dichas emergencias³⁰⁹.

22. ¿Se han presentado casos o experiencias emblemáticas de violaciones de derechos de activistas o defensores de derechos humanos relacionados al ámbito minero? De ser así, descríbalos. ¿Existen mecanismos o instituciones

308 Reglamento de Seguridad Minera - Decreto 132 del Ministerio de Minería del año 2002 Arts 590-592

309 Reglamento de Seguridad Minera - Decreto 132 del Ministerio de Minería del año 2002 Arts 25, 32, 35, 47, 48, 55, 75, etc.

específicas de protección para activistas o defensores de derechos humanos?

Desde la vuelta a la democracia, no se han constatado experiencias emblemáticas de violaciones de derechos de activistas de derechos humanos en el ámbito minero en la prensa o medio de comunicación escrito o digital. No obstante, podemos encontrar casos emblemáticos en la historia chilena sobre condiciones laborales más remota. Así, un suceso excepcionalmente emblemático fue la Matanza en la Escuela Santa María de Iquique del 21 de diciembre de 1907, que se enmarca en una huelga de los trabajadores de la industria salitrera que exigían mejores condiciones laborales por la peligrosidad de la actividad. La respuesta del gobierno de aquella época fue una dura represión contra los trabajadores que participaron de la huelga, la que se concretó en una gran matanza de trabajadores por parte del ejército chileno.

Sobre instituciones que se dediquen a la defensa de los derechos humanos, creemos que es importante subrayar al Instituto Nacional de Derecho Humanos como organismo que vela por la protección de los derechos humanos. Esta actividad es desarrollada por este organismo en virtud de su mandato de cautelar y promover la plena vigencia de los derechos humanos en Chile, para lo cual le corresponde observar, informar e intervenir en la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, así como asesorar y cooperar con organismos públicos y de la socie-

dad civil nacional en la promoción, protección y vigencia de estos derechos.

Afectación a la propiedad

23. ¿Qué tipo de medidas normativas han sido elaboradas para garantizar el respeto al derecho de propiedad de terceros por parte de empresas de la cadena minera, en todas las fases de sus actividades?

En nuestra opinión, la actividad económica de las empresas de la cadena minera encuentra mayores facilidades jurídicas, y por tanto prima, a la regulación transversal que el sistema chileno prefigura para el derecho de propiedad. Las limitaciones que posee la actividad minera son insuficientes, ya que si bien establecen algunas limitaciones éstas son bastantes acotadas. Dentro de ellas están las del Código de Minería, que dicen relación con las **facultades de catar y cavarcon el objeto de buscar sustancias minerales** - artículos 14°-20 -, que permite a toda persona ejercerlas libremente en tierras de cualquier dominio si son terrenos abiertos e incultos; en caso contrario se requiere el permiso escrito del dueño del suelo, que si pertenecen a la Nación o Municipalidad, deben ser dado por el gobernador o alcalde respectivo. No obstante, se exceptúa en ambos casos la posibilidad de ejercer estas facultades si se trata de tierras comprendidas en los límites de una concesión minera ajena. Esta facultad se ve acrecentada, ya que no sólo comprende la de examinar la tierra y abrirla para investigar, sino que también la de imponer transitoriamente sobre

los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales, sin embargo, en caso de que se ocasionen perjuicios en el ejercicio de esta facultad deben indemnizarse.

En el caso de las **concesiones de exploración y explotación**, suponen un mayor gravamen, ya que con la finalidad de facilitarlas los predios superficiales deben soportar las servidumbres - artículos 120 y siguientes - de ser ocupados en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves, plantas de extracción y de beneficio de minerales, por sistemas de comunicación, por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones, demás obras complementarias; así como ser ocupados por caminos, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo, sujetándose solo a la obtención de una indemnización.

En atención, a que la mayoría de la gran minería se encuentra en el norte de nuestro país, se producen problemas con los escasos **derechos de aprovechamientos sobre las aguas**, pues se les reconoce a las empresas mineras por el sólo ministerio de la ley el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, dado que no existe ningún proce-

dimiento especial para su constitución por parte de las empresas de la cadena minera, debemos remitirnos a las normas del Código de Agua sobre las constituciones de estos derechos de aprovechamiento, y a las acciones de amparo (artículos 181- 185) y posesorias - artículos 123-128- que se establecen de forma común que en caso de entorpecimiento buscando reestablecer la situación anterior, o las de usurpación del Código Penal - artículos 457-461-.

Por último, los proyectos mineros se deben someter expresamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA), ya que según el artículo 10 letra i) y j) de la ley N° 19.300 sobre bases generales del medioambiente, son actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualesquiera de sus fases. Por lo tanto, requieren de la elaboración de un estudio de impacto ambiental en que haya predicciones y evaluación del impacto ambiental del proyecto, incluidas las eventuales situaciones de riesgo, además de las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto sobre los derechos de propiedad de terceros, y las acciones de reparación que se realizarán en caso de estos ocurrir. Más información sobre el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental puede encontrarse en la respuesta a la pregunta n° 28.

24. ¿Qué tipo de mecanismos administrativos existen para proteger el derecho de propiedad y otros derechos reales en zonas de extracción de recursos mineros?

Señalamos precedentemente que como mecanismos administrativos para proteger el derecho de propiedad y otros derechos en las zonas de extracción, nos encontramos con medidas exiguas en relación a las facultades de catar y cavar con el objeto de buscar sustancias minerales, pues sólo se requiere obtener la autorización escrita del dueño del predio si se trata de un terreno cerrado o cultivable, del Gobernador o Alcalde si estos pertenecen a la Nación o Municipalidad. Y en los casos especiales del artículo 17 del Código de Minería, para ejecutar las labores mineras se requiere la autorización del 1) Gobernador cuando se desarrollaran dentro de una ciudad o población; 2) Intendente cuando sean lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales; 3) De la Dirección de Fronteras y Límites cuando se trate de zonas declaradas fronterizas para efectos mineros; 4) Del Ministerio de Defensa Nacional, para ejecutarlas cerca de lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables, o en zonas y recintos militares dependientes de él como puertos y aeródromos; o en los terrenos adyacentes siempre que hayan sido declarados, de conformidad a la ley necesarios para la defensa nacional; y 5) Del Presidente de la República, para ejecutarlas en covaderas o en lugares que hayan sido declarados de interés histórico o científico.

En cuanto a los derechos de aprovechamientos de aguas, la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) cuenta con las facultades fiscalizadoras de vigilancia de las aguas en cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modi-

fiquen o destruyan obras sin su autorización previa, y que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponde.

En materia medioambiental dado que sus proyectos deben someterse al SEIA, decíamos que es la Superintendencia de Medioambiente quien cuenta con las facultades fiscalizadoras para velar por el cumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, como sobre la base de inspecciones, controles, mediciones y análisis, así como velar porque estos proyectos cumplan con las normas de calidad y emisión.

25. ¿En caso haya vulneración al derecho de propiedad y otros derechos reales por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)? ¿Existen medidas de prevención?

En caso de vulneraciones de los derechos de propiedad y demás derechos reales por parte de las empresas de la cadena minera, estas pueden verse afectas a:

1) Sanciones penales: las disposiciones del título sobre la usurpación -artículos 457° – 462° del Código Penal chileno-, con penas de presidio menor en su grado mínimo a multas de once a veinte UTM, cuando sin título legítimo o invadiendo derechos

ajenos se apropiaren de aguas para hacer uso de ellas, rompieren o alteraren obras como diques, esclusas o similares, embarazaren el ejercicio de los derechos de terceros sobre las mismas, o usurparen un derecho cualquiera referente al curso de las mismas. De igual forma, dado que no existe una figura delictiva específica para esta actividad, se les puede aplicar las penas de presidio menor en su grado máximo de la figura del artículo 291° del Código Penal, sobre propagar indebidamente productos, agentes químicos o de cualquier otro orden, que sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población.

2) Sanciones civiles: correspondientes al pago de multas de una a cincuenta UTM, subiéndose al doble en caso de reincidencia, cuando no se contare con las autorizaciones respectivas para catar y cavar, y las de cincuenta a doscientas UTM, la que se elevará al doble en caso de reincidencia más la terminación inmediata de la explotación si no se cuenta con la respectiva concesión. Ambas con las indemnizaciones por haberse excedido en el ejercicio de las facultades de catar y cavar o de no contar con las autorizaciones respectivas, en llevar acabo concesiones sin las debidas autorizaciones o afectar las servidumbres establecidas, ello además de las indemnizaciones generales que se pudieren demandar en virtud del régimen de responsabilidad civil extracontractual, en caso de daños sufridos por el actuar doloso o negligente de las empresas de la cadena minera.

3) Sanciones administrativas: Si bien no existe ninguna específica para el sector minero, en virtud de la facultad de fisca-

lizar de la Superintendencia de Medioambiente, si constata una vulneración de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental que ocasionen un daño ambiental, o que incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, según la gravedad de los hechos pueden aplicar multas de una a diez mil unidades tributarias anuales, clausura temporal o definitiva, o la revocación de la resolución de calificación ambiental. Con respecto a las aguas, la DGA cuenta con facultades de fiscalización y vigilancia, pudiendo ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autorización competente y que pudieran ocasionar perjuicios a terceros, de igual manera, se podría incluir a las actividad minera en los proyectos y construcciones de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, que si pueden causar daños a la vida, salud, bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, requieren de la autorización de la DGA, si esta no se obtiene, la dirección puede apercibir al infractor para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas que signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, si no se da cumplimiento a la orden le pueden imponer una multa mínima de 100 y máxima de 1.000 unidades tributarias anuales, según fuere la magnitud del entorpecimiento.

Respecto a las medidas de prevención, dado que los proyectos realizados por estas empresas se someten al SEIA, deben cumplir con lo que se haya establecido en la resolución de calificación ambiental, en cuanto adoptar las medidas preventivas para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, y las acciones de reparación que se realizarán en caso de estos ocurrir.

26. ¿Cuáles son las instituciones estatales responsables por la autorización, control y fiscalización del uso de la tierra y otros recursos apropiables? ¿En el país hay expropiación para fines mineros?

Son instituciones estatales responsables de la autorización, control y fiscalización del uso de terrenos no urbanos y otros recursos apropiables, el SERNAGEOMIN en relativo a las pertenencias mineras, DGA, en lo referido a los derechos de aprovechamientos sobre las aguas, Servicio Agrícola y Ganadero, en lo referido a los terrenos rurales, en cuanto a la facultad de catar y cavar según de donde se trate se requiere de los permisos de las autoridades establecidos precedentemente, es decir, Intendente, Gobernador, Alcalde, etc.

Por último, dado el conjunto de medidas que existen en nuestro ordenamiento que privilegian a la actividad minera por sobre el resto, en especial en el ejercicio de las facultades de catar y cavar, o las servidumbres y gravámenes para favorecer a las concesiones de exploración y explotación, no se hace necesario la expropiación para fines mineros, pues al expropiación es un pro-

cedimiento que requiere como fundamento una causa de utilidad pública o de interés nacional que sea calificada por el legislador, en cambio en el ámbito minero basta la determinación de las respectivas indemnizaciones, que en caso de no haber acuerdo se someten a las normas del procedimiento sumario según el artículo 233 del Código de Minería, siendo mucho más breve su tramitación.

27. ¿Espacios territorialmente protegidos, como florestas nacionales, parques, unidades de conservación, tierras indígenas, pueden ser objeto de proyectos de extracción minera? De ser así, explique el procedimiento.

Como anotábamos en la respuesta a la pregunta n° 23, el Código de Minería chileno reconoce en su artículo 15° la libertad para catar y cavar en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño. Sin embargo, tratándose de terrenos que pertenecen a la Nación o la Municipalidad, el permiso debe solicitarse al Gobernador o Alcalde correspondiente. En el artículo 17° del mismo cuerpo legal se establece que, sin perjuicio del permiso anterior, para ejecutar labores mineras en lugares declarados parques nacionales, reservas nacionales o monumentos naturales, se requerirá además el permiso o permiso escrito del Intendente respectivo. Como puede apreciarse, la regulación legal es amplia, toda vez que se refiere a labores mineras. Respondiendo a esta pregunta, no se vislumbramos una regulación específica para la actividad de extracción minera.

Lo anterior se debe complementar con la ley N° 19.300 sobre bases generales del medioambiente, la cual en su artículo 10 letra p) señala que la ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas u otras áreas colocadas bajo protección oficial, y en caso que la legislación respectiva lo permita, deben someterse a sistema de evaluación de impacto ambiental. En este sentido, debe entenderse que la ejecución de toda obra o actividad de carácter minero debe someterse a este mecanismo preventivo.

28. ¿Qué tipo de medidas normativas existen que obliguen a las empresas a tener procesos para identificar, prevenir, mitigar y resarcir los posibles daños al medio ambiente de sus operaciones, productos o servicios? ¿Existen mecanismos de evaluación del impacto ambiental en la actividad minera?

Las medidas normativas en este aspecto se encuentran reguladas por la ley N° 19.300 sobre bases generales del medioambiente y los respectivos reglamentos que complementan esta regulación.

En primer lugar, se encuentra el Sistema de evaluación de impacto ambiental – SEIA- que en relación a la actividad minera encuentra su concretización en el artículo 10° letras i) y j). Dichas normas disponen que, tratándose de proyectos de desarrollo

minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, deben someterse al SEIA pues se consideran proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases. Asimismo, los oleoductos, gasoductos, ductos mineros y otros análogos también deben someterse a este sistema.

A su vez, el artículo 11° de la ley N° 19.300 dispone que los proyectos enumerados en el artículo 10° de dicha ley - entre los que se encuentran los proyectos de naturaleza minera -, requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental –EIA- si generan o presentan a lo menos uno de los efectos, características o circunstancias que la norma contempla. De esta forma, el EIA involucra una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. La regulación de este estudio y las materias que debe contener se encuentran en el artículo 12° de la ley 19.300. Entre las materias que debe contener el EIA se encuentran la predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo, además de las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ellas sean procedentes - letras d) y e) artículo 12° ley N° 19.300 -.

En la misma línea de las respuestas que hemos entregado anteriormente, podemos apreciar que la actividad minera no debe

someterse a un sistema de evaluación de impacto ambiental que difiera de las otras actividades y proyectos que se contienen en el artículo 10° de la ley N° 19.300.

29. ¿El Estado exige a las empresas comunicar, informar y consultar a las comunidades donde operan de los posibles impactos de sus operaciones en el medio ambiente?

En el título II sobre Instrumentos de gestión ambiental, párrafo 3° de la ley N° 19.300 se reconoce de manera expresa un mecanismo que permite a las Direcciones Regionales o al Director Ejecutivo de las Comisiones de Evaluación, según corresponda, decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas³¹⁰.

De manera complementaria, el artículo 4° de la ley N°19.300 establece como directriz general el deber del estado de facilitar la participación ciudadana y permitir el acceso a la información ambiental.

310 Artículo 30 bis ley N° 19.300

30. ¿Existen mecanismos / entidades estatales de fiscalización, monitoreo y supervisión de empresas respecto a posibles daños al medio ambiente?

La entidad estatal encargada de la fiscalización, monitoreo y supervisión es la Superintendencia del Medio Ambiente. Este organismo estatal debe velar por el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los planes de manejo establecidos en la ley N° 19.300³¹¹.

Además, dentro del mismo Título IV de la ley N° 19.300 que regula la fiscalización, se establece que las Municipalidades recibirán las denuncias que formulen los ciudadanos por incumplimiento de normas ambientales y las pondrán en conocimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente para que ésta les dé curso. Esta regulación y el consecuente procedimiento que debe seguir la Municipalidad se encuentran en el artículo 65 de la ley N° 19.300.

Pues bien, en cuanto los órganos del Estado, y en especial la Administración, tienen un verdadero deber constitucional de servicialidad, que en materia ambiental se traduce en los deberes de tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de

311 Artículo 60 ley N° 19.300.

contaminación y en la preservación de la naturaleza. Este deber ambiental (constitucional) que pesa sobre la Administración y sus organismos, respecto del Consejo de Defensa del Estado supone el ejercicio de acciones, pero también, y en mayor medida la omisión de ellas³¹².

Uno de los mecanismos contemplados en la ley 19.300 es la responsabilidad por daño ambiental *strictu sensu* o responsabilidad ambiental. Pues bien, dentro de los titulares de la acción de responsabilidad ambiental encontramos: (a) Las personas naturales o jurídicas públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio; (b) Las Municipalidades por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y; (c) El Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Respecto a este último órgano, está legitimado para el ejercicio de la acción de responsabilidad ambiental pues se presume legalmente su interés actual en el juicio. El fundamento de esto se encuentra en que, quien está legitimado para el ejercicio de la acción ambiental es el Estado, en todos los casos, es decir, para el legislador en todos aquellos casos en que se produce un daño significativo al medio ambiente, se presume que el Estado tiene interés en el mismo, por lo que lo legitima a través de su mandatario judicial para el ejercicio de la acción ambiental³¹³.

312 Bermudez, J., "Roles del consejo de defensa del estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1999, p. 245.

313 *Ibíd.*, p. 259.

Por último, no existe regulación penal en cuanto a delitos medioambientales provocados por empresas. Si bien los delitos medioambientales son todos aquellos actos que intencionalmente, en forma accidental o negligente, producen como consecuencia la destrucción o menoscabo de ciertos sistemas naturales, especies animales o vida vegetal cuya protección es considerada valiosa por el hombre para la mantención de sus condiciones de vida, salud, actividades económicas o culturales, la regulación existente contempla como sujeto activo los particulares a menor escala, en el contexto de faenas industriales, agrícolas o mineras habituales de gran envergadura, o bien, en un contexto de excepcionalidad con motivo de un accidente o una faena negligente. Aun así, el ente persecutor penal chileno, el Ministerio Público, trabaja coordinadamente con entidades públicas y privada tales como Superintendencias, CONAF, SERNAPESCA, SERNAGEOMIN, entre otros³¹⁴.

31. ¿El Estado exige a las empresas establecer mecanismos de indemnización y reparación ambiental en caso hayan provocado o hayan contribuido a provocar consecuencias negativas en la población o el medio en el que se desarrolla esta? ¿hay casos recientes de empresas sancionadas?

314 Fuente: Fiscalía de Chile, <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/ambiente.jsp>

La ley N°19.300 en su título III regula de manera expresa la responsabilidad por daño ambiental. Dentro de dicha consagración legal existe la indemnización por daño ambiental. El artículo 51 de la ley mencionada nos dice que “todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”. Asimismo, señala que las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales tienen aplicación preferente a las de la ley N° 19.300. Existe además una norma de reenvío según la cual todo lo no previsto por la ley sobre bases generales del medio ambiente o por otras leyes especiales, se regirá por las disposiciones del título XXXV del Libro IV del Código Civil, esto es, la responsabilidad derivada de los delitos y cuasidelitos.

La regulación de la indemnización por daño ambiental y su procedimiento se realiza de manera más exhaustiva desde los artículos 51 a 63 de la ley N° 19.300.

Las sanciones impuestas a las empresas que no han observado la normativa legal correspondiente son de variada índole. De manera solo ejemplar, se pueden señalar las siguientes sanciones a empresas mineras en el año 2015 y lo que va de 2016.

2015: SMA sanciona a minera Maricunga por daño ambiental irreparable a humedales.

La Superintendencia del Medio Ambiente sancionó con la clausura definitiva de sus pozos de extracción de agua a la Sociedad Contractual Minera Maricunga S.A., minera que extrae oro en Tierra Amarilla, luego de comprobar que debido a su acción se

han desecado al menos 70 hectáreas de humedales ubicados en el complejo lacustre Laguna del Negro Francisco y Laguna Santa Rosa, ubicados en la zona cordillerana de la Región de Atacama³¹⁵.

2015: Minera Pampa es sancionada por daños ambientales irreparables.

La Superintendencia del Medio Ambiente sancionó con una multa de 4.313 UTA- equivalentes a \$2.226 millones- a la empresa minera Pampa Camarones S.A., titular de los proyectos “Explotación Mina Salamanqueja” y “Planta de Cátodos Pampa Camarones”, por una serie de incumplimientos a la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto, entre las que se encuentran incumplimientos asociados al resguardo del componente arqueológico, la no implementación de medidas de mitigación y monitoreo a la fauna del sector, mal manejo de residuos peligrosos, entre otros³¹⁶.

2015: SMA clausura a Minera Española de Maipú por incumplimientos ambientales gravísimos.

La Superintendencia del Medio Ambiente sancionó con la clausura definitiva de sus instalaciones y faenas a la empresa Minera Esparta Limitada (ex Minera Española Chile LTDA.) ubicada en el sector Quebrada de La Plata, comuna de Maipú. La Superintendencia acreditó la infracción consistente en la realiza-

315 <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2016/03/655-673057-9-sma-ordena-clausura-de-instalaciones-en-mina-maricunga-por-dano-a-humedales.shtml>

316 <http://www.eldinamo.cl/ambiente/2015/02/04/minera-pampa-camarones-es-sancionada-por-danos-ambientales-irreparables/>.

ción de un proyecto de desarrollo minero por parte de la Minera, sin contar con la RCA que la autorice a desarrollar esas labores³¹⁷.

Finalmente, según informa el diario nacional La Tercera, la Superintendencia del Medio Ambiente ha multado a 83 empresas con US\$ 59 millones desde 2013. Precisamente, el sector más multado corresponde a Minería con US\$ 41, 5 millones³¹⁸.

Derechos de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes

32. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija y garantice los derechos colectivos de pueblos indígenas y afrodescendientes en función a las operaciones, servicios y/o productos de las empresas que puedan afectar sus derechos colectivos? Tener en cuenta que es objeto de interés tanto cuando el sujeto pasivo es la comunidad, como cuando lo son sus integrantes considerados como personas con protección reforzada de sus derechos.

En virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Chilena, los tratados e instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son fuente formal de nuestro derecho. Es importante esta acotación toda vez que el Estado Chileno ha ratificado ciertos instrumentos internacionales en esta materia, como es la Declaración de Naciones Unidas sobre

317 <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/06/655-632862-9-sma-clausura-a-minera-espanola-de-maipu-por-incumplimientos-ambientales.shtml>

318 <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2016/06/655-686710-9-sma-ha-multado-a-83-empresas-con-us-59-millones-desde-2013.shtml>

los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En primer lugar, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contempla, en relación a los derechos colectivos de pueblos indígenas, en su artículo 29.1 que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación”; y artículo 29.2 que “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”.

A su vez, el artículo 7.3 y 7.4 del Convenio 169 son los que se refieren de manera expresa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas en relación a las operaciones y/o resultados de empresas que puedan afectar sus derechos. Así, el artículo 7.3 del mencionado convenio señala que “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades”. Por su parte, el artículo 7.4 dispone que “Los gobiernos deberán to-

mar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

Nuestro país cuenta con regulaciones muy escuetas sobre la materia en la Ley 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas (conocida como Ley Indígena), cuyas disposiciones fueron inspiradas en el Convenio 169 y reconoce a los indígenas como sujetos colectivos e individuales. La finalidad de esta normativa es poner fin a la discriminación de los pueblos indígenas, promover su cultura y participación en la sociedad y proteger sus tierras.

Específicamente respecto a la consulta, la Ley Indígena solamente menciona la participación de los pueblos indígenas de manera muy general. Por ejemplo, el artículo 34 establece el deber de los servicios de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando existen medidas a tomar en sus territorios. En tanto el artículo 35 establece la participación de las comunidades existentes en la administración de las áreas silvestres protegidas por el Estado³¹⁹.

En este sentido, es claro que la Ley Indígena no entrega indicaciones sobre procedimientos para consultar y no establece diferencias entre participación y consulta como lo hace el Convenio 169.

319 Corvalán, C., “La implementación de “la consulta” del convenio 169 de la OIT en Chile: las implicancias para la gran minería”, Universidad de Chile, 2015, p. 37.

En Chile, el Convenio 169 de la OIT entró en vigencia el 15 de septiembre de 2009, y hasta el momento, el país todavía no cuenta con una regulación consensuada entre el Gobierno y las comunidades indígenas para su implementación³²⁰. El 4 de septiembre de 2009, solo 11 días antes de la entrada en vigencia del Convenio, el Ministerio de Planificación de la época emitió el Decreto Supremo N°124 para regular la consulta y la participación de los pueblos originarios. En este proceso, las comunidades indígenas no fueron consultadas y por lo tanto rechazaron la regulación por completo, alegando falta de legitimidad conforme a lo estipulado en el Convenio. También se le consideró restrictivo y poco flexible. A este cuestionamiento se le ha llamado falta de “consulta a la consulta” y el resultado fue la eventual derogación del D.S. 124. Para mejorar la aplicación del Convenio 169, el 2013 se establecieron concretamente dos nuevos instrumentos o regulaciones para la consulta indígena: El Decreto Supremo N°66/2013 y el Decreto Supremo N°40/2013 del Ministerio de Medio Ambiente. El primero de éstos se dictó a través del Ministerio de Desarrollo Social e inició un proceso de consulta para acordar la forma de implementar el derecho a consulta de los pueblos indígenas denominado “Consulta sobre Institucionalidad Indígena”. Fue aprobado el 13

320 Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la vigencia de este convenio, actualmente se está desarrollando en nuestro país una consulta orientada a la implementación del Ministerio de Asuntos Indígenas y el Consejo de Pueblos Indígenas, materias que están siendo consultadas a los dirigentes indígenas de todo Chile (Fuente: CONADI, <http://www.conadi.gob.cl/index.php/noticias-conadi/1360-a-6-anos-de-la-ratificacion-del-convenio-169-de-la-oit-conadi-destaca-actual-proceso-de-consulta-indigena>)

de noviembre de 2011 en reemplazo del D.S. N°124. El Decreto Supremo N°66 considera que la entrada en vigencia del Convenio 169 requiere de un procedimiento administrativo especial y de aplicación general³²¹.

Por su parte, para la implementación de la consulta indígena existe la Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1 de marzo de 1994 aprobada el 12 de enero de 2010 y que reconoce la obligación de los órganos del Estado, con competencia ambiental, de contribuir al desarrollo de los pueblos indígenas según lo establecido en el Convenio 169. En el artículo 4° esta ley se concilia la legislación ambiental con la legislación indígena pues dispone que los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

El marco normativo está compuesto, además de los instrumentos ya señalados, por la ley 20.249 que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios (Ley Lafkenche); el decreto 124 que reglamenta el artículo 34 de la Ley 19.253 a fin de regular la Consulta y la Participación de los pueblos indígenas

321 Corvalán, C., “La implementación de “la consulta” del convenio 169...”, Op. Cit., p. 39.

(del Ministerio de Planificación, actual Ministerio de Desarrollo Social). Este régimen jurídico se tratará a propósito de la consulta indígena en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (pregunta 36).

33. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que garantice los procedimientos para realizar una evaluación del impacto real y/o potencial de las actividades sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes?

Los proyectos mineros en general se estructuran de acuerdo a un ciclo que va desde la identificación de una veta con potencial minero, su desarrollo en el periodo de extracción, y el cierre de una faena. Los proyectos se llevan a cabo en cinco fases: exploración, diseño, construcción, explotación y cierre³²².

En la fase de exploración no se vislumbran mecanismos normativos para realizar la evaluación del impacto real y/o potencial de las actividades sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En la fase de diseño se define el diseño de la faena, sus dimensiones, operatividad y modo de construcción, entre otras cosas. Asimismo, se define la magnitud del proyecto minero, el área de influencia directa e indirecta, lo que permite determinar cuáles son los pueblos indígenas que serán posiblemente afectadas en posteriores etapas. En esta etapa corresponde realizar

322 Min. Minería Chile, “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo”, 2014, p. 8

la Consulta Indígena, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT, la cual debe ser desarrollada por el Estado, a través del Servicio de Evaluación Ambiental, SEA. Asimismo, la etapa de diseño, es habitualmente, aquella en que el proyecto ingresa a evaluación ambiental en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, SEIA³²³.

La tercera etapa corresponde a la fase de construcción. Consiste en que, una vez ubicado el yacimiento, se hace una serie de estudios para determinar si éste puede ser explotado rentablemente y, si es así, se construye una mina. En esta etapa se considera generalmente como eventual impacto negativo, la disminución del recurso hídrico para uso agrícola y humano; y la contaminación y/o destrucción de ambientes naturales frágiles. En cuanto a los mecanismos normativos, es necesario tener en cuenta que, si bien existe una entidad que regula el otorgamiento de derechos de agua, representado por la Dirección General de Aguas, DGA; la normativa chilena reconoce a su vez, por medio del artículo n°64 de la Ley Indígena 19.253, los derechos de las comunidades aymara y atacameña sobre los recursos hídricos³²⁴.

La última etapa de explotación consiste en las actividades de extracción y procesamiento del mineral. El cierre de la mina por su parte empieza durante el desarrollo del proyecto de una mina y se hace de manera progresiva durante toda la operación,

323 *Ibíd.*, p. 10.

324 *Ibíd.*, 11

hasta la última etapa del ciclo minero³²⁵. En relación a esta última etapa, no se aprecian mecanismos normativos específicos que tengan por objeto la protección de los derechos de los pueblos indígenas, distintos a los ya contemplados en las fases previas.

34. ¿Qué tipo de medidas normativas existen para garantizar el derecho a la propiedad comunal indígena o afrodescendiente en zonas de extracción de recursos minerales?

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley N° 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, que además crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, reconoce los derechos que los indígenas tienen sobre las tierras que ancestralmente han ocupado y poseen, así como a establecer su protección, impidiendo en principio que estas sean enajenadas y traspasadas a no personas no indígenas - para intentar resarcir, más bien simbólicamente, los atropellos y excesos cometidos contra los pueblos indígenas en siglos anteriores -.

Esta ley posibilita la ampliación de las tierras de los indígenas, a través de modalidades de mercado - adquisición de predios vía subsidio o en casos de conflicto - o del traspaso de tierras fiscales a indígenas³²⁶.

Por su parte, con las Áreas de Desarrollo Indígena –ADI– mediante los cuales se aspira al crecimiento, al acceso equitativo

325 *Ibíd.*, p. 11

326 Antonia Rivas, “Territorios indígenas y política de entrega de tierras en Chile”, 2014.

a mejores condiciones de vida y a la superación de la pobreza, ya también se busca la solución a los problemas de tierras y aguas, y a la afirmación de la propia identidad en un proceso de desarrollo acorde con las particularidades, las demandas y las formas de organización indígena”³²⁷.

Con respecto al reconocimiento del derecho consuetudinario sobre los recursos naturales, el artículo 3³²⁸ de la ley N° 20.249 crea el espacio costero marino de pueblos originarios, cuyo objetivo es resguardar el uso consuetudinario sólo respecto de dichos espacios (no sobre tierra ni otros territorios ni recursos), a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento no se establece un mecanismo efectivo de resguardo a dicho espacio.

A su vez, el Convenio 169 de la OIT desarrolla ampliamente los derechos de los Pueblos Indígenas a la tierra y sus recursos naturales. Reconociendo la “importancia especial que para

327 <http://www.conadi.gob.cl/index.php/nuestra-institucion/areas-de-desarrollo-indigena>

328 Artículo 3 ley N°20.249: Espacio costero marino de pueblos originarios. Créase el espacio costero marino de pueblos originarios, cuyo objetivo será resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. El espacio costero marino de pueblos originarios será entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca la cual suscribirá el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria.

las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.

En relación a este punto, el Tribunal Constitucional Chileno, que tiene como atribución el control de las normas de un tratado que tengan que ver con materias propias de leyes orgánicas constitucionales, ha reconocido la constitucionalidad del Convenio 169. Pero, en dos fallos (Tribunal Constitucional Rol N° 309 de 20005 y Rol N° 1050 de 2008), señaló que cuando los casos se refieren a los derechos sobre recursos naturales en tierras indígenas, se trata de disposiciones programáticas o no autoejecutables, lo que significa que se necesita de una reforma legal para su aplicación³²⁹, motivo por el cual se ha tornado prácticamente inoperativa la disposición transcrita del Convenio 169.

Por último, existe reconocimiento al derecho ancestral de las comunidades indígenas del norte de Chile sobre el agua, lo cual se encuentra regulado legalmente en el artículo 64 de la Ley Indígena: “Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aymaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que

329 Corvalán, C., “La implementación de “la consulta” del convenio 169...”, Op. Cit., p. 32

surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas”.

A su vez, el artículo 3 inciso 2 de la misma ley dispone que “la Corporación y la Dirección General de Aguas, establecerán un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades aimaras y atacameñas de conformidad al artículo 64 de esta ley”.

35. ¿El Estado cuenta con medidas normativas específicas que exijan a las empresas respetar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y afrodescendientes desde su propia concepción?

Como señalamos anteriormente, la primera fase de un proyecto minero comienza con la identificación de una veta con potencial minero. En esta fase no se avizoran medidas normativas específicas que obliguen a las empresas a respetar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas. Solo en la segunda fase de diseño se aprecian exigencias por parte del Estado, ya que en esta etapa corresponde realizar la Consulta Indígena, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT y de forma más general, el artículo 34 de la Ley Indígena al establecer el deber de los servicios de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando existen medidas a tomar en sus territorios.

36. ¿Hay procesos de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes como parte de las actividades previas a la exploración o explotación minera?

Al suscribir el Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, el Estado de Chile ha adquirido el deber de llevar a cabo procesos de consulta indígena cada vez que se prevea la emisión de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar en forma directa a uno o más pueblos indígenas.

Lo anterior es de gran relevancia considerando que los llamados mega proyectos productivos o extractivos con impacto ambiental se localizan en áreas del territorio determinadas, escogidas por ser propicias para la ejecución de los mismos; de ahí que un número importante de proyectos de inversión afecta, o puede terminar afectando, a pueblos indígenas vistos como colectividad o a sus miembros considerados en forma individual.

En este sentido, el artículo 85 del Reglamento que complementa el SEIA se establece que: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de este Reglamento, en el caso que el proyecto o actividad genere o presente alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 de este Reglamento, en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas el Servicio deberá, de conformidad al inciso segundo del artículo 4 de la Ley, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe,

que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental. De igual manera, el Servicio establecerá los mecanismos para que estos grupos participen durante el proceso de evaluación de las aclaraciones, rectificaciones y/o ampliaciones de que pudiese ser objeto el Estudio de Impacto Ambiental”³³⁰.

Participación ciudadana

37. ¿Existen marcos normativos sobre participación ciudadana ambiental que sean parte del proceso de actividades de exploración y/o explotación minera? En caso existiera información al respecto, indique ¿cuál es el nivel de involucramiento de la ciudadanía a través de procedimientos y mecanismos de participación relacionados con actividades de exploración y/o explotación minera?

El artículo 13° de la ley N° 19.300 sobre bases generales del medioambiente establece que, para los efectos de elaborar y calificar un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, el proponente, el Servicio de Evaluación Ambiental y los órganos de la administración del Estado competentes, en su caso, se sujetarán a

330 Leppe, J., “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa” en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, 2015, p. 370. Disponible en formato electrónico: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718=68512015000100011-&script=sci_arttext

las normas que establezca el reglamento. Dentro de esta normativa se establece un procedimiento administrativo para la evaluación de impacto ambiental. Luego, en el artículo 14 de la misma ley, se señala que dicho procedimiento administrativo considerará, entre otros aspectos, la forma de participación de organizaciones ciudadanas.

La regulación exhaustiva en esta materia está dada por el párrafo 3° de la ley N°19.300 que se refiere a la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. El artículo 26 de esta ley dispone que: “Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan.

Respecto al nivel de involucramiento de la ciudadanía, y en relación a la afectación de tierras indígenas, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 en Chile, las relaciones entre la industria minera y las comunidades indígenas se han visto tensionadas por numerosos recursos judiciales en contra de algunos proyectos de extracción. Estas fricciones se deben principalmente a problemas con la regulación vigente y diferencias en cómo establecer y llevar a cabo buenas relaciones comunitarias con los pueblos originarios y específicamente cómo aplicar la consulta indígena. Esto ha provocado el retraso y la paralización de importantes proyectos de inversión extractiva, causando cuantiosas pérdidas económicas

que afectan el desarrollo de las regiones mineras. Según un estudio de PricewaterhouseCoopers Consultores del 2014, en el año 2015 existían 12 iniciativas paralizadas por conflictos relacionados con la aplicación del Convenio 169 en Chile³³¹.

Por último, en relación a mecanismos de participación ciudadana, consultada la página web del Ministerio de Minería, señalan que actualmente se está trabajando en la determinación del consejo de la sociedad civil 2016 del Ministerio de Minería.

38. ¿Existen casos de participación ciudadana como parte de la elaboración y luego de la aprobación de estudios de impacto ambiental minero? ¿la opinión de la ciudadanía posiblemente impactada o impactada por la actividad minera es vinculante para la realización de la actividad? ¿Se cuentan con estudios sobre la percepción de la población sobre la efectividad de los procedimientos existentes? De ser así, los principales hallazgos.

A la fecha de elaboración de este informe, se encontraron dos casos de involucramiento de la ciudadanía en los estudios de impacto ambiental:

Caso ciudadanos de Tierra Amarilla, quienes solicitaron al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) un nuevo proceso de participación ciudadana en el proyecto minero Caserones³³².

331 Corvalán, C., “La implementación de “la consulta” del convenio 169...”, Op. Cit., p. 64.

332 <http://radio.uchile.cl/2013/12/31/habitantes-de-tierra-amarilla-en-pie-de-guerra-contra-proyecto-minero-caserones/>

Proyecto Pascua Lama, donde a través del mecanismo de participación ciudadana se hizo notar la existencia de dos glaciares más grandes que el que pretendía ser removido. La ciudadanía manifestó su convicción en tanto dichos glaciares también sufrirían daño estructural producto de las tronaduras, las cuales incrementarán como consecuencia directa del aumento del ritmo de explotación³³³.

Acceso a la información

39. ¿A nivel de entidades estatales así como de empresas de la cadena minera, existen dispositivos o mecanismos para acceder a información por parte de la ciudadanía sobre la actividad minera en el país, región o localidad? De haber, ¿cuáles son y qué los caracteriza?

A nivel de entidades estatales, como normativa general, la Ley N°20.285 sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado creó el Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. Es en el marco

333 Yañez, N., “Las implicancias del proyecto minero Pascua Lama desde la perspectiva de los Derechos Indígenas” en Observatorio de Derecho de los Pueblos Indígenas, 2005, p. 12. http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/nancy_ya%F1ez.pdf

de esta ley que el Ministerio de Minería cuenta con un portal de acceso a la información en la página web de dicho Ministerio. A través de este mecanismo existe información proporcionada en virtud de la transparencia activa y se puede solicitar cierta información en virtud del principio de transparencia pasiva a través de una plataforma material y online. Sin embargo, existe un listado de actos y documentos calificados como secretos o reservados que no pueden ser ofrecidos a la ciudadanía³³⁴. Sin perjuicio de lo anterior, es de especial importancia tener en consideración que esta normativa solo regula el acceso a la información de carácter público, mas no contempla un derecho a acceder a la información de planes o proyectos de naturaleza privada.

40. ¿Existen mecanismos de acceso a la información o de transparencia pública que permitan conocer a la ciudadanía acerca de procedimientos mineros, concesiones mineras, impactos de la actividad o información sobre la exploración o explotación? ¿Las entidades estatales vinculadas al sector minero, cuentan con espacios amigables y accesibles sobre información relacionada a esta actividad?

En cuanto a las materias a las cuales tiene acceso la ciudadanía se encuentra información sobre compras públicas y procesos de licitación llevados a cabo por la Subsecretaria de Minería, y en general, toda aquella información que deben poner a disposi-

334 <http://transparencia.minmineria.cl/Transparencia/secretoreserva/secretoreserva.html>

ción los organismos y servicios públicos en el marco de la ley de transparencia.

Existe espacio y acceso a la cuenta pública del Ministerio de Minería. Se puede acceder a ella a través de la página web del Ministerio³³⁵.

Sobre la información proporcionada a la ciudadanía sobre procedimientos mineros, es posible encontrar algunos informes emanados por el Ministerio de Minería. A modo de ejemplo, encontramos el Informe final sobre el Litio, el cual tiene por finalidad mostrar un diagnóstico de la situación actual, los aspectos económicos, la regulación legal y aspectos de la evaluación ambiental estratégica, emanado de la Comisión Nacional del Litio³³⁶

Anexo

1) Ratificaciones del Estado de Chile de normas internacionales en materia de derechos humanos y empresas.

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos

335 http://cuentapublica.minmineria.cl/doctos/Cuenta_Publica_2015.pdf

336 http://www.minmineria.gob.cl/wp-content/uploads/2015/01/Informe_Comision_Litio_Vfinal.pdf

- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte

- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

- Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

- Convención sobre los Derechos del Niño

- Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del Niño

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

A nivel regional, en el marco de la Organización de Estados Americanos, Chile ha ratificado los siguientes instrumentos internacionales de Derechos Humanos:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; que se encuentra suscrito el año 2001 y pendiente su aprobación legislativa.

- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Chile también ha ratificado los 8 Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo:

- Convenio sobre el trabajo forzoso

- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación

- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva

- Convenio sobre igualdad de remuneración
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)
- Convenio sobre la edad mínima
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil”.

2) Glosario de entidades estatales chilenas relevantes mencionadas en el informe.

Academia Judicial de Chile: Es una corporación de derecho público creada por Ley N° 19.346 de 18 de noviembre de 1994. Es una institución especialmente dedicada a la capacitación de los miembros del Poder Judicial de Chile, acorde con sus particulares requerimientos y expectativas. La Academia es una institución preocupada por las necesidades de capacitación, tanto de los postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial, como de sus miembros, y por el logro e incremento de aquellos conocimientos, habilidades, destrezas y criterios básicos necesarios para el adecuado ejercicio de la función judicial.

Cortes de Apelaciones de Chile: Son tribunales ordinarios y colegiados, pertenecientes al Poder Judicial, que ejercen sus facultades jurisdiccionales dentro de un territorio de la república determinado por la ley, que normalmente corresponde a una región o parte de ella. Están compuestas por un número variable de jueces llamados Ministros, uno de los cuales actúa como su Presidente. Generalmente conocen de casi la totalidad de los asuntos de competencia de segunda instancia. Sin perjuicio de ello, ocasionalmente, pueden conocer de asuntos en única o pri-

mera instancia de los demás asuntos que la ley les encomiende. En el territorio de la República de Chile existen 17 Cortes de Apelaciones. Son superiores jerárquicos de los Juzgados de Letras, los Juzgados de Garantía, de los tribunales especiales y de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. Su superior jerárquico es la Corte Suprema.

Corte Suprema de Chile: Es el máximo órgano jurisdiccional dentro de los tribunales integrantes del Poder Judicial chileno. Está compuesta por 21 integrantes llamados Ministros, uno de los cuales es su Presidente. La Corte tiene, además, un fiscal judicial, un secretario, un prosecretario y ocho relatores. Se encuentra en la cima del orden jerárquico del Poder Judicial, sobre las Cortes de Apelaciones, los Juzgados de Letras, los Juzgados de Garantía, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y los Tribunales Especiales, y le corresponde la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación, exceptuado el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. La Corte Suprema de Chile fue creada por la Constitución Política de 1823 e instalada el 29 de diciembre del mismo año. Tiene su sede en Santiago de Chile, en el edificio del Palacio de los Tribunales de Justicia.

Dirección del Trabajo: Es un Servicio Público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Está sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y se rige por su Ley

Orgánica (D.F.L. N° 2, del 30 de mayo de 1967) y el D.L. N° 3.501 de 1981. Su misión institucional es velar por el cumplimiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo y promover el ejercicio pleno de la libertad sindical, fomentando el diálogo social, fortaleciendo sistemas de prevención y solución alternativa de conflictos, que permita relaciones más justas y equitativas entre trabajadores y empleadores, contribuyendo a un sistema democrático de relaciones laborales.

Dirección General de Aguas: Es un servicio público desconcentrado del Ministerio de Obras Públicas, que se encarga de promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, como también de proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Público de Aguas con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas.

Empresa Nacional del Petróleo (Enap): Empresa de energía perteneciente al Estado de Chile cuyo giro comercial es la exploración, producción y comercialización de hidrocarburos y sus derivados. Desarrolla actividades en toda la cadena de valor de la industria petrolera. Está organizada en tres Líneas de Negocios: Exploración y Producción (E&P), Refinación y Comercialización (R&C) y Gas y Energía (G&E). Cuenta con dos filiales: Enap Sipe-trol S.A. y Enap Refinerías S.A. Las Líneas de E&P y R&C están presentes con sus operaciones en el complejo productivo ubicado en la Región de Magallanes, donde la empresa explota los únicos

yacimientos de hidrocarburos con valor comercial descubiertos hasta ahora en Chile. En tanto que la administración central de la compañía se realiza desde la Casa Matriz, ubicada en Santiago de Chile. Ambas Líneas de Negocios están presentes con sus operaciones en el complejo productivo ubicado en la Región de Magallanes, donde la empresa explota yacimientos de hidrocarburos con valor comercial. La administración central de la compañía está en la Casa Matriz, ubicada en Santiago de Chile.

Instituto Nacional de Derechos Humanos: Es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creada a través de la ley 20.405. Tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. En su organización interna se regirá por las disposiciones de esta ley y lo que señalen sus estatutos. Tiene como principales funciones 1) Elaborar un Informe Anual, que deberá presentar al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema sobre sus actividades, sobre la situación nacional en materia de derechos humanos y hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto; 2) Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos

que ocurran en cualquier parte del país; 3) Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos; 4) Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva y 5) Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia.

Juzgados de Letras de Chile: Son órganos jurisdiccionales unipersonales del sistema judicial chileno, que ocupan el lugar más bajo en la estructura jerárquica del Poder Judicial. El territorio jurisdiccional de cada uno de estos juzgados es una comuna o agrupación de comunas. Los hay de dos tipos; juzgados de letras civiles o de competencia común (mixtos).

Ministerio de Minería: Órgano desconcentrado de la Presidencia de la República, colaborador directo e inmediato del Presidente de la República en las funciones de administración y gobierno del país. Su misión institucional es liderar el desarrollo de políticas públicas de minería orientadas a elevar la contribución de la actividad minera al desarrollo nacional, diversificando la actividad para aprovechar los recursos disponibles en condiciones sustentables y valoradas por la ciudadanía.

Ministerio de Relaciones Exteriores: Órgano desconcentrado de la Presidencia de la República, colaborador directo e inmediato del Presidente de la República en las funciones de administración y gobierno del país. Define su misión en contribuir

a la formulación de la Política Exterior, definida por la Presidenta de la República, y conducir y coordinar su implementación en el contexto de un sistema de política exterior al que concurren el Estado, la sociedad civil y otros actores públicos y privados.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social: Órgano desconcentrado de la Presidencia de la República, colaborador directo e inmediato del Presidente de la República en las funciones de administración y gobierno del país. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social fue creado por el D.F.L. N° 25, de 1959, del Ministerio de Hacienda. Conforme al artículo 40 de la ley 20.255 el Ministerio del Trabajo y Previsión Social es el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en materias laborales y de previsión social y en ese sentido le corresponde proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector. El Ministerio cuenta con dos Subsecretarías: del Trabajo y de Previsión Social.

Municipalidades de Chile: Una municipalidad es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, a quien corresponde la administración de una comuna o agrupación de comunas, y cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna o agrupación de comunas. Está constituida por un alcalde y un concejo comunal electos directamente por un periodo de 4 años,

renovable. La municipalidad es asesorada por un Consejo Comunal de organizaciones de la sociedad civil (COSOC), integrado por representantes de las actividades y organizaciones comunales importantes. La municipalidad es la encargada de los servicios básicos de educación y salud de la comuna o agrupación de comunas. Se rigen por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (Ley N.º 18.695), aunque en noviembre de 2011 el ejecutivo presentó el proyecto sobre desmunicipalización que promete cambiar la forma de administración de los establecimientos públicos de educación básica y media. Actualmente existen 345 municipalidades y 346 comunas, pues la municipalidad de Cabo de Hornos administra la agrupación de comunas de Cabo de Hornos y Antártica. Cabe señalar que en Chile no existen “gobiernos municipales”, pues el gobierno interior del Estado sólo se extiende al nivel regional y provincial.

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA): Es un organismo público funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio. Fue creado por la Ley N°20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010, que modificó la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Su función central es tecnificar y administrar el instrumento de gestión ambiental denominado “Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (SEIA), cuya gestión se basa en la evaluación ambiental de proyectos ajustada a lo establecido en la norma vigente, fomentando y facilitando la participación ciudadana en la evaluación de los proyectos. Este Servicio cumple la función de uniformar

los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite.

Servicio nacional de Geología y Minería (Sernageomin): Es un servicio público descentralizado, integrante de la Administración Central del Estado de Chile, relacionado con el poder ejecutivo a través del Ministerio de Minería. El Sernageomin es el único organismo estatal a cargo de la investigación especializada y mapeo de diversos aspectos de la corteza terrestre, principalmente relacionados con la identificación de recursos productivos (geotérmicos, hidrogeológicos, minerales metálicos y no metálicos); peligros geológicos tales como desbordes de cauces, inundaciones por maremotos, resistencia sísmica, erupciones volcánicas, además de remociones en masa: aluviones, deslizamientos de suelo, caídas de rocas, lahares, entre otros. Este servicio público administra la Red Nacional de Vigilancia Volcánica de Chile, que monitorea en tiempo real a los volcanes activos más peligrosos del país. Igualmente, el Sernageomin está a cargo de fiscalizar las normativas de Seguridad Minera de las instalaciones extractivas mineras respecto de las personas que laboran en ellas; la normativa de Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras; y la estabilidad de los depósitos de relaves. Este servicio público se encarga además de actualizar los catastros de concesiones mineras y geotérmicas, y asesorar a los Tribunales de Justicia en estas materias.

Superintendencia del Medioambiente: Es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, y cuyos cargos directivos son provistos de acuerdo al sistema de Alta Dirección Pública. Se creó en virtud de la Ley N° 20.417. Le corresponde de forma exclusiva ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Para llevar a cabo dichas funciones, la Superintendencia podrá desarrollar esta labor mediante tres modalidades de fiscalización. En primer lugar, mediante una modalidad directa, a través de sus propios funcionarios; en segundo lugar, a través de los organismos sectoriales, pudiendo encomendarles determinadas labores de fiscalización sobre la base de los programas y subprogramas que se definirán en conjunto para tal efecto; y, finalmente, mediante terceros debidamente acreditados y autorizados por la Superintendencia.

Tribunales Ambientales de Chile: Son órganos jurisdiccionales especiales de Chile, dedicados a resolver controversias relacionadas con el medio ambiente. No forman parte del Poder Judicial de Chile, aún cuando están bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Fueron

creados por Ley N° 20.600 del 28 de junio de 2012. Son tres tribunales ambientales, con asiento en las comunas de Antofagasta, Santiago y Valdivia; el segundo (correspondiente a Santiago) entró en funcionamiento el 28 de diciembre de 2012, mientras que el tercero (correspondiente a Valdivia) lo hizo el 9 de diciembre de 2013. El primer tribunal (correspondiente a Antofagasta) aún no entra en funcionamiento, a pesar de que debía hacerlo el 28 de junio de 2013, puesto que aún no se designan a sus Ministros.

COLOMBIA



ALBEIRO MOYA MENA

Abogado, Especialista en Derecho Minero Energético, Máster en Gestión Ambiental, Calidad y Auditoría para Empresas, Consultor Independiente, catedrático del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es asesor de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Resguardos Indígenas, Organizaciones Sociales y Ambientales, acompaña varios casos de litigio en tribunales nacionales y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ALEXA CATHERINE ORTIZ RODRÍGUEZ

Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Minero Energético, con maestría en Derecho Ambiental. Actualmente se desempeña como docente e investigadora del Departamento de Derecho Minero - Energético de esta universidad y es consultora en esta materia.

ANGELA MARÍA AMAYA ARIAS

Docente – Investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma Universidad, Máster en Especialización e Investigación en Derecho con énfasis en Derecho de Aguas, Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Universidad de Zaragoza (España) y Doctora en Derecho de la misma Casa de Estudios. Ganadora del Premio Josep Miquel Prats Canut a la Mejor Tesis Doctoral en Derecho Ambiental 2015 otorgado por el Centre D'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT) de la Universitat Rovira i Virgili y la Diputació de Barcelona. Correo electrónico: angela.amaya@uexternado.edu.co

AURA MERCEDES VARGAS CENDALES

Abogada especialista en Derecho del Medio Ambiente y en Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia, candidata a Master en Administración de Empresas con especialidad en Finanzas Corporativas de la Universidad Viña del Mar, con amplia experiencia en el sector público en temas minero – energéticos, se ha desempeñado como abogada asesora en temas mineros y ambientales en el sector privado, actualmente se desempeña como Abogada

del componente de Energía Eléctrica en la Unidad de Restitución de Tierras.

JORGE IVÁN HURTADO MORA

Abogado, candidato a Doctor, profesor investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente y profesor del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios de la Procuraduría General de la Nación.

JUAN DAVID UBAJOA OSSO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Durante el Pregrado, fue Monitor del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la misma Casa de Estudios. Actualmente es Miembro del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la misma Universidad. Correo electrónico: juan.ubajoa@uexternado.edu.co

JUANITA HERNÁNDEZ VIDAL

Socia Responsable del Departamento de Derecho de la Energía Eléctrica, Gas Natural, Servicios Públicos, Minero, Energías Renovables y Gestión Eficiente de la Energía en ESTUDIO LEGAL HERNÁNDEZ, Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Regulación Minera, Petrolera y Energética y Especialista en Derecho Minero Energético de la misma Universidad. Correo electrónico: juanita@estudiolegalhernandez.com

LUIS BUSTOS

Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia - Departamento de Derecho Minero Energético, Abogado de la misma Universidad, LL.M. (Magíster) en Mineral Law and Policy (Dund, UK). Especialista en Derecho Público Ciencia y Sociología Política (Externado, Col). Actualmente es Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Panamericana de México. Correo electrónico: luis.bustos@uexternado.edu.co

SANDRA LUCÍA TOVAR

Docente-Investigadora de la Universidad Externado de Colombia - Departamento de Derecho Laboral. Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho laboral y relaciones industriales de la misma Universidad, Magíster in Discipline del Lavoro, Sindacali e della Sicurezza Sociale y candidata a doctora de la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Correo electrónico: sandra.tovar@uexternado.edu.co

WILFREDO ROBAYO GALVIS

Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia - Departamento de Derecho Constitucional. Abogado de la Universidad

Externado de Colombia, magíster en Derecho Internacional de la Universidad Católica de Louvain (Bélgica) y en Cooperación internacional y relaciones exteriores de la Universidad de Estrasburgo (Francia) en conjunto con el Instituto de Estudios Europeos Campus Stellae (España). Con diversos estudios de profundización, como un “Diplomado Internacional de Especialización en Derechos Humanos, empresas, extracción de los recursos naturales y políticas para el desarrollo sustentable” dictado por la Fundación Henry Dunant, Instituto Henry Dunant (Chile, 2013). Correo electrónico: wilfredo.robayo@uexternado.edu.co

JULIÁN TOLE

Docente-Investigador de la Universidad Externado de Colombia-Departamento de Derecho Constitucional. Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Externado de la Universidad de Externado de Colombia, diploma de estudios en comercio exterior de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, magíster y doctor en Derecho internacional económico de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: julian_tole@yahoo.es o jose.tole@uexternado.edu.co

PRESENTACIÓN

La estructura del presente documento corresponde a la resolución de un cuestionario. El cual se enmarca en el proyecto “Políticas de regulación de las empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos en América Latina”, que viene desarrollando el Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos (en adelante, el Consorcio), gracias al apoyo de la Fundación Ford.

Esta primera etapa del proyecto consistió en la elaboración de **diagnósticos nacionales** en los que se presenta el estado de la cuestión de las políticas de regulación de empresas mineras en cada uno de los siete países a los que pertenecen las universidades integrantes del Consorcio. Los estados de la cuestión dan cuenta de las regulaciones legislativas y administrativas sobre empresas y derechos humanos en cada país, así como de la actuación jurisdiccional y el marco institucional.

Ajustar la presentación de los diagnósticos nacionales a las respuestas de un cuestionario, tiene el objetivo de asegurar pautas comunes que permitan obtener un documento integrado y unificado. Ello permitirá tener una perspectiva comparada de la problemática en materia de empresas y derechos humanos en la región latinoamericana.

Los diagnósticos nacionales serán incluidos en una publicación conjunta. Además, servirán de insumo fundamental para la formulación de propuestas de regulación para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por la cadena productiva minera sobre los derechos humanos, a ser desarrolladas en las siguientes etapas del proyecto.

MARCO JURÍDICO GENERAL

1. ¿Qué marco internacional ha adoptado el estado en materia de derechos humanos y empresas? Considerar aquellos que establecen obligaciones o derechos, que disponen la creación de mecanismos internacionales, así como acuerdos comerciales o tratados de libre comercio. Se sugiere dar luces sobre el valor de cada instrumento en el sistema de fuentes (ver Anexo 1 para una lista referencial de instrumentos). ¿Cuál es el rol que han tenido las normas de soft law en esta materia? ¿existen iniciativas para buscar su implementación?

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas acogió unánimemente en su Resolución 17/4 los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Estos Principios Rectores son en la actualidad la referencia mundial para todos los actores (principal-

mente los estados, las empresas y la sociedad civil) que de forma directa o indirecta tienen obligaciones, responsabilidades y/o intereses legítimos en relación con la actividad comercial y empresarial. Así pues, estos Principios Rectores han sido aceptados por Colombia y se convirtieron en el principal insumo para iniciar la construcción del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa en la República de Colombia.

Asimismo, Colombia se adhirió a la Declaración de Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de la que hacen parte las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. En igual sentido, podemos destacar que el Estado colombiano acogió los Principios voluntarios de seguridad y Derechos Humanos, los principios del Pacto Global y la Norma ISO 26000.

Adicionalmente, es indispensable reconocer que el papel de las empresas en este campo es fundamental, por eso hacen parte de iniciativas como: el Comité Minero Energético para el sector extractivo (2003), la Red Local de Pacto Global (2004), Guías Colombia para otros sectores (2006), el Compromiso Ético Suizo (2011), y el proceso Multiactor de Capacitación para el Diálogo financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Con el objetivo de afianzar los compromisos adquiridos y la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas, además de aprovechar la oportunidad que han facilitado los resultados obtenidos por estas y otras iniciativas, en 2015 el Gobierno colombiano inició la construcción

del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa con el liderazgo de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos como entidad promotora.

En ese orden de ideas, consideramos que los marcos normativos internacionales en materia de derechos humanos y empresa, especialmente aquellos que hacen parte del soft law, han tenido un papel determinante en las iniciativas y desarrollos que al interior del Estado colombiano se han venido desarrollando y consolidando en los últimos años.

A continuación, se presentan de manera sucinta algunas de las más importantes iniciativas:

1. *“Comité Minero Energético - Se crea en 2003 por iniciativa de las Embajadas en Colombia de Estados Unidos, Países Bajos y el Reino Unido, Gobierno Nacional, empresas petroleras y la Asociación Colombiana del Petróleo con el objetivo de implementar los Principios Voluntarios en Colombia. Más información en <http://cmecolombia.co/>”³³⁷*

Son miembros del Comité Minero Energético ocho agencias del Gobierno, trece empresas, la Asociación Colombiana de Petróleo, la Cámara de Comercio Colombo Canadiense y cuatro países: Estados Unidos, Países Bajos, Canadá y Gran Bretaña. Tienen carácter de observadores dos Organizaciones de la Sociedad Civil: International Alert y Fundación Ideas para la Paz.

337 Ibíd.

2. *“Guías Colombia - Se crea en 2006 como una iniciativa multiactor para la implementación de los Principios Voluntarios dirigida al sector no extractivo. Se lanza públicamente en 2010 ampliando su alcance hacia el marco de los Principios Rectores. Más información en <http://www.ideaspaz.org/tools/guias-colombia>”*³³⁸

3. *“Compromiso Ético Suizo - Nace en 2011 gracias a la invitación de la Embajada de Suiza en Colombia a un grupo de empresas de ese País para que formalizaran su compromiso con los derechos humanos. Más información en <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/931>”*³³⁹

4. 2011 - Adhesión a la - **Declaración de Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).**

5. *“2012 - Libro Blanco sobre Empresas y Derechos Humanos en Colombia presentado por la Fundación Ideas para la Paz y Embajada Británica. “Entre las diversas iniciativas desarrolladas por la Embajada Británica en Colombia entre los años 2011 y 2012, se destaca aquella en la que unimos esfuerzos con el Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos-CERAC y a la Fundación Ideas para la Paz-FIP. Esta iniciativa, cuyo propósito era el que la sociedad civil colombiana, el sector privado y las instituciones públicas*

338 Gobierno de Colombia – Consejería DDHH, Presidencia de la República. Página web, Lineamientos de política pública de Empresas y Derechos Humanos [En línea] Consultado Agosto 25, 2016, Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/areas/Paginas/Derechos-Humanos-y-Empresas.aspx>

339 ibíd.

adoptaran mecanismos y herramientas para implementar estándares relativos a los negocios y Derechos Humanos, teniendo en cuenta condiciones específicas del contexto colombiano."³⁴⁰

2. ¿Qué medidas normativas han sido elaboradas a partir de dicho marco internacional? ¿Se han promulgado leyes, normas, directrices específicas o cualquier otro acto administrativo, en materia de derechos humanos y empresas? Si las hay, señale cuáles son. ¿Existen instrumentos de monitoreo y fiscalización? Indique si hay propuestas normativas en curso o algún debate nacional al respecto.

En el ordenamiento jurídico colombiano, es posible encontrar un desarrollo progresivo de materia de derechos humanos y empresa que se ha venido articulando a través de diferentes acciones públicas. En ese orden de ideas, primero queremos destacar que dentro del Sistema Nacional de Derechos Humanos, instancia de coordinación y articulación de las entidades para la garantía de los derechos de todas las poblaciones, creado a través del Decreto 4100 de 2011, se han desarrollado importantes iniciativas de política pública, que si bien en un principio no se orientaron hacia el tema de derechos humanos y empresa, sirve de plataforma para la promoción y ejecución de acciones en dicha temática.

340 Fundación Ideas para la Paz, Libro Blanco sobre Empresas y Derechos Humanos en Colombia [En línea] Consultado Agosto 25, 2016, Disponible en: <http://archive.ideaspaz.org/images/Libro%20Blanco%20Versi%C3%B3n%201.pdf>

De igual manera, se estableció el Punto Nacional de Contacto como instancia para su implementación, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante el Decreto 1400 de 2012.

A lo anterior se le suma la Directiva 001 de 2014 expedida por la Procuraduría General de la Nación, en la cual se promueve la adopción de los Principios Rectores y su defensa por parte de los funcionarios del Ministerio Público. Todas estas iniciativas están alineadas con el enfoque de goce efectivo de derechos del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”, cuyo objetivo es “construir una Colombia en paz, equitativa y educada en armonía con los propósitos del Gobierno Nacional, con las mejores prácticas y estándares internacionales, y con la visión de planificación, de largo plazo prevista por los objetivos de desarrollo sostenible”.

Como resultado de todo lo anterior, el artículo 123 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1753 de 2015) establece la implementación de la Política Integral de Derechos Humanos de acuerdo con la “Estrategia Nacional para la Garantía de los Derechos Humanos 2014-2034”, mandato que permitiría la elaboración del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas, el cual es el resultado del trabajo que el Gobierno de Colombia viene realizando a través de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, antes Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (DIH), en el marco del Sistema Nacional de Derechos Humanos, que desar-

rolló a nivel nacional los estándares internacionales en el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.

Luego de un proceso participativo realizado entre 2012 y 2013, se formuló la propuesta de Política Pública Integral de Derechos Humanos. En este proceso se llevaron a cabo 32 foros departamentales y uno en Bogotá, que contaron con la presencia de más de 19.000 líderes sociales y 9.000 organizaciones, así como representantes de las entidades del gobierno nacional y territorial, con el fin de identificar las problemáticas en derechos humanos y diseñar acciones que permitieran su abordaje integral. Posteriormente, en 2014 la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos publicó la Estrategia Nacional de Derechos Humanos 2014-2034, con el objetivo de dotar de herramientas útiles y específicas a las entidades estatales para facilitar la adopción del Enfoque Basado en Derechos en las acciones desarrolladas por el Sistema Nacional.

En 2014, el Gobierno colombiano publicó los Lineamientos para una Política Pública de Derechos Humanos y Empresa, primer documento específico sobre de este tema en Colombia, que fue elaborado en un proceso participativo nacional y territorial, de conformidad con la Estrategia Nacional de Derechos Humanos. Se realizaron talleres territoriales en Casanare, Huila, Norte de Santander, Bolívar, Antioquia y Valle del Cauca, dirigidos a dar a conocer esta temática a representantes de la sociedad civil, gobiernos locales y empresas de la región, y a debatir sobre los aspectos más relevantes. Otro insumo para los Lineamientos fue

el documento de Conclusiones y Propuestas del diálogo sobre la aplicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas, desarrollado en los grupos de trabajo multiactor del proyecto de Capacitación para el Diálogo sobre Empresas y Derechos Humanos.

En el marco de estos procesos internos, Colombia fue la sede de actividades internacionales de intercambio de experiencias respecto a la implementación de los estándares sobre empresas y derechos humanos, como el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos en 2013, y el Diálogo Latinoamericano sobre la Implementación Nacional de los Marcos de Empresa y Derechos Humanos, en 2014.

Con el objetivo de la formulación del Plan, en la primera mitad de 2015, se inició un proceso de trabajo con entidades claves para el desarrollo y posterior implementación de las acciones que debería contener. Este fue un proceso participativo de consultas con empresas, organizaciones de la sociedad civil y entidades del gobierno nacional, así como con otros gobiernos y organismos internacionales, con el fin de recoger las visiones, intereses y preocupaciones de todos los actores.

Para orientar la formulación del Plan y elaborar un documento borrador se creó una Mesa Técnica liderada por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, conformada por: la Defensoría del Pueblo, la Fundación Ideas para la Paz (representante de la sociedad civil y secretaría técnica de Guías Colombia y Compromiso Ético Suizo), la secretaría técnica del Comité Minero Energético, AECID, el Programa de las Naciones Unidas

para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

El documento borrador fue consultado en un Taller Nacional realizado en Cartagena, talleres territoriales (zona caribe en Cartagena, zona suroccidente en Apartadó, zona central en Villavicencio), además, fue presentado en el IV Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos que se llevó a cabo en Ginebra (Suiza). De igual manera, ha sido consultado directamente con actores institucionales, empresariales y de la sociedad civil, además de ser publicado en español e inglés en la página web de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos³⁴¹, que dispuso un correo electrónico para la recepción de comentarios de todas aquellas personas o entidades interesadas en aportar.

3. ¿Existe o está en proceso de elaboración un plan o política nacional en materia de derechos humanos y empresas? De ser así, ¿cuenta con instrumentos de monitoreo y fiscalización? En caso cuente su país con un plan y/o política nacional de derechos humanos, ¿se refiere directa o indirectamente a la cuestión de las empresas y los derechos humanos? Explique

Sí. El Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas de la República de Colombia ha sido formulado según la estructura de los 3 pilares de los Principios Rectores de Na-

341 El documento está disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2015/Documents/Plan%20Nacional%20de%20Accion%20DDHH%20Empresa.pdf> [consultado 14/09/16]

ciones Unidas, establece acciones en armonía con las estrategias planteadas en los Lineamientos para una Política Pública de Derechos Humanos y Empresas y aborda la gestión del Estado, las empresas y el relacionamiento con la sociedad civil para proteger, respetar y en su caso, remediar las vulneraciones de derechos en el ámbito empresarial.

Como política pública se desarrollan compromisos del Estado colombiano sobre:

- I. Coordinación interinstitucional;
- II. El Estado como actor económico;
- III. Participación efectiva de la sociedad civil;
- IV. Orientación del Estado para el respeto a los derechos humanos en la actividad empresarial;
- V. Debida diligencia en derechos humanos;
- VI. Cultura de derechos humanos y construcción de paz en el sector empresarial;
- VII. Debida diligencia en el sector empresarial;
- VIII. Respeto a los derechos humanos como ventaja competitiva;
- IX. Responsabilidad social empresarial y respeto a los derechos humanos;
- X. Fortalecer los mecanismos judiciales y administrativos de acceso a remediación;
- XI. Fortalecer los mecanismos no judiciales de remediación.

Al concluir la elaboración del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos, Colombia se dota de un instrumento que significa el comienzo de una etapa de acción e implementación gradual y progresiva de acciones.

El Plan persigue la consecución de cambios positivos en la situación inicial y el contexto en el que se construye, con resultados orientados al mayor disfrute de derechos, bienestar, desarrollo, paz y equidad en el País. Para reforzar este espíritu y los compromisos que establece, el Plan se dota de un mecanismo de seguimiento y evaluación guiado por los principios de orientación a la mejora, participación y transparencia, de forma que en todo momento su contenido y sus medidas sigan siendo pertinentes y eficaces para los objetivos que persigue.

Se trata de un plan vivo, en constante revisión. Por lo tanto, se podrán realizar modificaciones y ajustes en la medida que el Grupo de Trabajo los considere pertinentes y manteniendo siempre el espíritu con el que se construyó. Así pues, podemos destacar las siguientes medidas de evaluación y seguimiento:

- El Grupo de Trabajo con el apoyo de la Comisión de Expertos, se encargará de verificar la implementación de las acciones de este Plan a través de un mecanismo detallado de evaluación y seguimiento que ellos mismos conformarán basado en el grado de cumplimiento de los objetivos e indicadores que irán asociados a cada una de las acciones de este Plan.

- Antes del 1º de marzo de cada año cada institución mencionada en este Plan deberá reportar a la Consejería Presidencial

para los Derechos Humanos sus avances en relación con la implementación de las acciones contenidas en este Plan para que la Consejería pueda consolidar y publicar un informe de seguimiento.

- De igual manera la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos podrá convocar a distintos actores (agremiaciones, academia, sociedad civil, entre otros) cuando lo considere necesario para conocer sus opiniones sobre la implementación de este plan.

- Cada año se realizarán dos rondas regionales, una en el primer semestre y la otra en el segundo semestre, para verificar la implementación de este Plan en territorio. Estas rondas serán convocadas por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos con el apoyo del Grupo de Trabajo.

- El presente Plan de Acción tiene una validez de tres (3) años. Al término de esta vigencia, se realizará la evaluación final del Plan la cual no podrá extenderse por más de 10 meses.

- Los resultados del seguimiento anual serán publicados en el micro sitio web que la Consejería Presidencial de Derechos Humanos dispondrá en relación al Plan Nacional de Acción, y los resultados de la evaluación final serán además presentados a la opinión pública a través de un medio de comunicación de amplia difusión.

4. ¿El Estado cuenta con un marco jurídico que exija a empresas domiciliadas en su territorio pero que operan en

otros territorios, el respeto de los derechos humanos? ¿Cuál es el marco normativo aplicable en materia de responsabilidad extraterritorial del Estado por actos de empresas domiciliadas en su territorio cometidos en terceros países?

De acuerdo con el marco jurídico internacional vigente en materia de Derechos Humanos y Empresa, especialmente los Principios Rectores de Naciones Unidas y las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, todas las empresas deben respetar los derechos humanos más allá del lugar donde operen e independientemente de su actividad, su estructura y su tamaño. De igual manera, es importante resaltar que las empresas deben mitigar y remediar los impactos negativos que puedan ocasionar sus actividades.

De acuerdo con lo anterior, la implementación de la debida diligencia en derechos humanos se constituye en un proceso indispensable para que las empresas cumplan con su deber de respetar los derechos humanos en sus operaciones y contribuyan al desarrollo sostenible. La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una “norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos. Hacer frente a las consecuencias negativas

sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas”³⁴².

A través de este Plan, el Gobierno Nacional centrará sus esfuerzos en consolidar el avance del compromiso empresarial con el respeto de los derechos humanos en las siguientes líneas:

- Generará una cultura de derechos humanos y construcción de paz en el sector empresarial. Impulsará y orientará la implementación de mecanismos de debida diligencia.

- Generará incentivos tanto en grandes, medianos, pequeños y microempresarios para que los derechos humanos se conviertan en una ventaja competitiva.

- Coordinará las acciones de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) para generar mayor impacto, al proponer una agenda en la cual los derechos humanos sean el marco conceptual común para la alianza entre el Estado y el sector privado.

En ese sentido, consideramos que gracias a que el Plan Nacional de Acción de Colombia adopta dicho marco internacional, es posible exigir a empresas domiciliadas en su territorio pero que operan en otros territorios, el respeto de los derechos humanos.

5. ¿Cuáles son las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permiten o impiden la responsabili-

³⁴² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, 2011, p. 16.

dad de las empresas por la violación de los derechos humanos en el ámbito de la cadena productiva minera?

a. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES:

En esta respuesta indicaremos cuales son las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permiten la responsabilidad de las empresas por la violación de los derechos humanos en el ámbito de la cadena productiva minera en Colombia, por otra parte, señalaremos algunos comentarios vinculados con las disposiciones o ausencias en la regulación nacional que constituyen barreras o limitantes a la responsabilidad de las empresas debido a la violación de los mismos.

En primera medida, entendemos que la cadena productiva minera está conformada por la serie de eslabones que parten desde la exploración minera hasta los usos finales, pasando por la producción, transformación, transporte y comercialización de los diferentes minerales³⁴³.

En la presente respuesta enunciaremos las disposiciones Constitucionales que vinculan a la actividad empresarial y en específico a la cadena productiva minera con la responsabilidad de las empresas y la estructura constitucional colombiana.

LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL:

343 Gobierno de Colombia – Unidad de Planeación Minero Energética web page, Resultados Fiscalización Minera [on line]. Disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Cadena_Carbon_2012.pdf [Consultado 24/08/ 16]

La libertad de empresa la cual guarda un vínculo con el artículo 58 y el 333 de la carta política colombiana fue reconocida como derecho fundamental en las primeras providencias de la Corte Constitucional, para posteriormente ser negada su “*iusfundamentalidad*” al indicar que no tiene el mismo valor que los derechos fundamentales inherentes a la persona y que expresamente se han reconocido como de carácter de fundamentales en el Capítulo II del Título I de la Constitución, en concreto, la honorable Corte ha señalado en la Sentencia C – 256/94 que: *“las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de la libertades económicas”*³⁴⁴

Sin embargo, en otras ocasiones se ha delimitado la anterior interpretación al señalar que no es posible restringir las libertades económicas de manera arbitraria por más que no sean

344 SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. Rev. E-Mercatoria, 2005, vol. 4, p. 4-5.

derechos fundamentales, por lo tanto: *“es viable predicar el ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”*³⁴⁵

En concreto, existen dos disposiciones constitucionales que se constituyen como los pilares de la actividad empresarial en Colombia. Estos son:

- *Artículo 58: Modificado Acto Legislativo 01 de 1999, Artículo 1º: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa,

345 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

• **Artículo 333:** *“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.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”³⁴⁶

EL BIEN COMÚN Y EL INTERÉS GENERAL:

Estos dos términos que resultan equivalentes han sido tratados por parte de la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia C-997 del 2000 al indicar este alto tribunal: *“El bien común, al que se refiere el ya mencionad artículo 333 de la Constituci-*

346 SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. Rev. E-Mercatoria, 2005, vol. 4, p. 4-5.

ón, debe ser entendido, en su carácter prevalente, como la opción que más conviene, interesa y coadyuva al bienestar de la comunidad” de esta manera los conceptos de bien común e interés general han resultado ser conceptos impuestos sobre el interés particular del empresario o de la empresa³⁴⁷.

Simultáneamente se debe tener en cuenta en el ejercicio de estos derechos que las limitaciones que se establezcan fundamentadas en el interés público o general deben justificarse, después de todo, se trata de limitaciones que afectan derechos reconocidos en la Constitución. Igualmente relevante resulta indicar que la limitación a la libertad de empresa, puede ser constituida únicamente por el legislador en ejercicio de la competencia regulatoria asignada por la propia constitución, no se podrá acudir a cláusulas en blanco o que legitimen cualquier tipo de intervención³⁴⁸.

LA FUNCIÓN SOCIAL COMO LÍMITE A LIBERTAD DE EMPRESA: -333

Se ha expresado que la libertad de empresa resulta limitada por la función social, sobre este punto en particular el *Doctor Jesús Pérez González como constituyente manifestó: “la libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. Ella es la piedra angular de la economía. De ahí que la Constitución anterior y la*

347 CORREA HENAO, Magdalena. “Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho.” Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 748.

348 *Ibíd.* p. 749, 757.

*nueva la garanticen como un derecho; el cual, sin embargo, sólo se justifica como tal en la cabeza de su titular, en la medida en que se cumpla una función social*³⁴⁹, de similar manera la corte constitucional ha reiterado este concepto en varias de sus jurisprudencias³⁵⁰. En términos de la Corte Constitucional: “El artículo 333 de la Constitución acoge esos valores y propende, entonces, por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, no sólo para lograr eficiencia y garantías para el sistema económico sino también debido a la incorporación de la fórmula del Estado social de derecho (C.P art. 1º), en virtud de la cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución (C.P art. 2º). Esto explica que el artículo 333 superior establezca límites a la libertad económica, como el bien común y la propia función social de la empresa, e incorpore herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica y el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado... >> ³⁵¹

En Conclusión, es el Estado Social de Derecho es quien impone que tanto los individuos como las diferentes organizaciones tengan un carácter social, por lo tanto, la Constitución reconoce a la empresa como base del desarrollo, de igual modo, el

349 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Ponencia para segundo debate. Gaceta Constitucional No. 113, p 29.

350 Sentencias de la Corte Constitucional: T-375 de 1997, C-586 de 2001 y C-624 de 1998.

351 Sentencia de la Corte Constitucional: Sentencia C-624 de 1998.

mismo documento ha reconocido a la empresa el lugar de ser la base del desarrollo y al mismo tiempo le entrega una significación social que desborda el simple beneficio particular del empresario y le encomienda una serie de obligaciones que pueden ser enumeradas de la siguiente manera:

1. Ejercer su actividad conforme a los derechos fundamentales.
2. No causar perjuicios a terceros.
3. Explotar adecuadamente los recursos naturales.
4. Abstenerse de producir artículos defectuosos o sin los requerimientos ambientales.
5. Cobrar lo justo por sus bienes o servicios.
6. Procurar siempre acatar las metas sociales que se ha fijado la nación.³⁵²

EL MEDIO AMBIENTE:

Las protección al medio ambiente se configura como un límite al ejercicio de la actividad de empresa como se indica expresamente en la parte final del artículo 333 de la constitución *“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*, ahora bien, sin profundizar en la serie de licencias, autorizaciones y permisos que se describirán en otras secciones de las respuestas, debemos indicar que el derecho al medio ambiente se

352 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Ponencia para segundo debate. Gaceta Constitucional No. 113, p 29.

constituye como un límite a la actividad empresarial en palabras de la profesora CORREA HENAO: *“un principio de alteración de la confianza legítima, que hacen suponer que el titular de la libertad empresarial en quien se ha concretado la autorización para el ejercicio de la actividad no adquiera con certeza la posición jurídica de derecho a que estaría llamado.”*³⁵³

En todo caso, existen varios pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional que vienen ampliando el alcance del Derecho al Medio Ambiente al ser entendido como un bien jurídico frágil y en ocasiones irreparable, actualmente se vincula en las sentencias conceptos propios de la sostenibilidad, la prevención y la precaución que se debe aplicar sobre el medio ambiente, en otras palabras, se terminan empleando principios de interpretación más amigables con el ambiente³⁵⁴.

Ejemplos de las sentencias antes mencionadas son los siguientes pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional: C-389/16, C-192 del 2016, C-221 del 2016 y C-273 del 2016.³⁵⁵

MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL:

353 Óp. Cit. CORREA HENAO, Magdalena. p. 783-803.

354 Ibíd. p. 800-801.

355 Portal La silla vacía, El activismo judicial de la Corte Constitucional en materia Minera, 11 Julio de 2016. [En línea]. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/el-activismo-judicial-de-la-corte-constitucional-en-materia-minera>[Consultado 24/08/16]

Las garantías o límites a la libertad de empresa son afectadas por parte del Estado al intervenir en las actividades económicas de las empresas, en este caso en la “*cadena productiva minera*”.³⁵⁶

Son múltiples las maneras en la que el Estado puede impactar estas actividades, siendo la más extrema la limitación total del ejercicio de una actividad, pero también existen medidas más ponderadas que son aplicadas por las autoridades colombianas como las licencias, permisos, autorizaciones, homologaciones técnicas, inscripciones en registros públicos y actuaciones administrativas para la defensa de la libre competencia entre otras³⁵⁷.

Al ser afectados derechos fundamentales, se considera que por vía judicial el instrumento más idóneo otorgado por parte de la Constitución para su defensa es la acción de tutela³⁵⁸. En todo caso, se debe recordar que el instrumento de la tutela también puede ser utilizado para otro tipo de derechos constitucionales siempre y cuando guarden conexidad entre la afectación de un precepto constitucional y un derecho fundamental, así pues, se ha extendido el legítimo uso de la tutela gracias a la acción de la

356 Ver: Art. 334 de la C.Pol.

357 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de derecho público económico. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 258. (Fundación de Estudios de Regulación, 1999, Madrid, España), Consultar también, inciso cuarto del art. 333 de la C. Pol. El cual reza: “*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará a controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*”

358 Artículo 86 C.Pol.

jurisprudencia sustentada en una doctrina nacional que respalda esta idea.

De manera práctica, si una empresa incumple su función social e infringe el derecho fundamental a un ambiente sano, los ciudadanos afectados estarán plenamente legitimados para iniciar acción de tutela contra la empresa³⁵⁹. De manera equivalente, se debe mencionar que en el artículo 88 de la Constitución colombiana (C. Pol.) se reconocen otros mecanismos importantes para la defensa de derechos e intereses colectivos, relacionados como lo indica el texto constitucional con: *“el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza”*³⁶⁰.

Lo cual nos lleva a un tipo de acciones denominadas acciones populares y de grupo reglamentadas por la Ley 472 de 1998. Para ilustrar grosso modo estas acciones constitucionales, las acciones de grupo se originan en los daños ocasionados por eventos que afectan a un número plural de personas. Los mencionados daños pueden afectar derechos fundamentales, derechos

359 SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones generales de la libertad de empresa en Colombia. *Rev. E-Mercatoria*, 2005, vol. 4, p. 16.

360 ARTICULO 88 C.Pol. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

colectivos y cualquier derecho subjetivo que sea reconocido por la Constitución o la Ley, por otra parte, las acciones populares se constituyen para solicitar la protección de derechos e intereses colectivos vinculados con: el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de equivalente naturaleza definidos por el legislador³⁶¹.

Finalmente, para el aparte Constitucional construido para esta respuesta debo dedicar unas líneas al Derecho de Petición, entendido el mismo como el Derecho Fundamental en cabeza de toda persona para presentar peticiones de manera respetuosa a las autoridades con motivaciones particulares o de interés general y a obtener respuesta oportuna de las mismas. Las peticiones mencionadas pueden asumir diferentes formas como quejas, reclamos, manifestaciones, solicitudes o consultas de información.

El mencionado derecho se encuentra sustentado en los artículos 23³⁶² y 74 de la Constitución nacional, análogamente, este precepto es desarrollado en la Ley 1755 de 2015 que dedica un capítulo a la presentación de derechos de petición para garan-

361 MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. *Editorial Legis*, 1998. P.15.

362 ARTICULO 23 C.Pol.: Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales. ARTICULO 74 C.Pol.: Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.

tizar derechos fundamentales ante organizaciones privadas, la ley 1755 enumera algunas instituciones que deben cumplir con esta obligación como lo son: sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

b. DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS:

Dentro de la categoría legal, encontramos varios desarrollos regulatorios que afectan de manera directa o indirecta la denominada responsabilidad de las empresas que hacen parte de la cadena productiva minera, las mismas serán presentadas en orden cronológico:

- 1. LEY 472 DE 1998** – (Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones)
- 2. Decreto 4100 de 2011** – (Por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones.)
- 3. Decreto 1400 de 2012**- (Por el cual se establece el punto nacional de contacto de Colombia y se adopta

el procedimiento previsto en las líneas directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) para empresas multinacionales)

4. **LEY 1712 DE 2014** – (Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 103 de 2015) (Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones)
5. **LEY 1753 DE 2015** - (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país)
6. **DECRETO 103 DE 2015** - (Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones.)
7. **LEY 1755 DE 2015** – (Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

c. POLÍTICAS PÚBLICAS:

Teóricamente todas las iniciativas que nombraremos están alineadas con el enfoque de goce efectivo de derechos del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un Nuevo País*”,

cuyo objetivo es “construir una Colombia en paz, equitativa y educada en armonía con los propósitos del Gobierno Nacional, con las mejores prácticas y estándares internacionales, y con la visión de planificación, de largo plazo prevista por los objetivos de desarrollo sostenible”.

1. **Directiva 001 de 2014 expedida por la Procuraduría General de la Nación**³⁶³. Documento en el que se promueve la adopción de los Principios Rectores y su defensa por parte de los funcionarios del Ministerio Público.
2. **Estrategia Nacional de Derechos Humanos 2014-2034 expedido por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos - Presidencia de la Republica**³⁶⁴ - *“Estrategia Nacional para los Derechos Humanos es fruto del trabajo coordinado y articulado de los representantes de las instituciones del Estado, en el marco del Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, cuyo propósito fue el de incluir, complementar y apropiar, al*

363 Gobierno de Colombia – Procuraduría General de la Nación Resultados Fiscalización Minera [En línea] Consultado Agosto 25, 2016, Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/Directiva%20PGN%20No%20%20001%20de%202010%20Archivos%20DDHH.pdf>

364 Gobierno de Colombia – Consejería DDHH, Presidencia de la república, Pagina web, Estrategia Nacional para los Derechos Humanos 2014 [En línea] Consultado Agosto 25, 2016, Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140815-estrategia_web.pdf

interior de sus entidades, la “Propuesta de Política Integral de Derechos Humanos 2014-2034”¹, para lo cual se definieron lineamientos por contenidos de derechos, así como estrategias y líneas de acción.”

3. **Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa expedido por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos - Presidencia de la Republica**³⁶⁵. – *“Este Plan es un instrumento de política pública construido de manera participativa con empresas, organizaciones de la sociedad civil y el apoyo de la Comunidad Internacional, para garantizar el respeto a los derechos humanos en las actividades empresariales.”*

4. **Lineamientos de Política Pública sobre Derechos Humanos y Empresa, capítulo especializado en la Política Integral de Derechos Humanos expedido por el Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH – Presidencia de la Republica**³⁶⁶: *“Marco orientador que promueve la actuación articulada de las diferentes instituciones del*

365 *Ibíd.*

366 Gobierno de Colombia – Consejería DDHH, Presidencia de la república, Pagina web, Lineamientos de política pública de Empresas y Derechos Humanos [En línea] Consultado Agosto 25, 2016, Disponible en: http://www.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/Documents/2014/140724-lineamientos-politica_web.pdf

Estado, tanto en el orden nacional como el territorial, y también pretende ser el punto de referencia para las empresas que operan en Colombia, en el cuál se define más claramente su rol de respetar los Derechos Humanos. Esta política pública debe erigirse como un cuerpo unificador y orientador que permita garantizar que los proyectos de inversión pública, privada y mixta generen desarrollo respetando los derechos de todos los ciudadanos.”

- 5. ¿Cuenta su Estado con un cuerpo normativo específico en materia de minería? ¿Existe un código minero? ¿Cómo describiría el papel de esta norma en la promoción de la actividad en el país? ¿cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país? ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción? ¿Cuál es la línea jurisprudencial al respecto?**

La pregunta plantea múltiples aspectos, por lo cual se abordó su respuesta dividiéndola en dos secciones la primera enfocada a normatividad minera y la segunda dirigida a normatividad minera ambiental.

5.1. ¿Cuenta su Estado con un cuerpo normativo específico en materia de minería? ¿Existe un código minero? ¿Cómo describiría el papel de esta norma en la promoción de la actividad en el país? cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país?

Colombia sí cuenta con un cuerpo normativo específico, se trata de la Ley 685/2001 por medio de la cual se adoptó el Código de Minas y el Decreto 2655/1988 que todavía está vigente para algunos proyectos muy importantes en el país. Uno de los objetivos específicos de la Ley 685 de 2001 es promover el ejercicio de la minería, respetando el desarrollo sostenible. Aunque el objetivo inicial del Código de Minas fue agilizar los procedimientos administrativos para promover la actividad minera, la Rama Jurisdiccional del Estado ha emitido varios pronunciamientos que limitan esta aspiración.

5.2. ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción? ¿Cuál es la línea jurisprudencial al respecto?

En cuanto a los mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, debe explicarse lo referente al Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y las sanciones.

Frente al EIA, hay que decir que este debe ser presentado junto con la solicitud de la licencia ambiental global necesaria para desarrollar actividades mineras. El EIA es el instrumento básico para que la autoridad ambiental competente tome su decisión relativa a la licencia ambiental global que se le está solicitando. Debe ser elaborado con base en los términos de referencia que la autoridad ambiental fija para la realización de los EIA y en la Metodología General para la Presentación de Estudios Ambientales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, plasmada en su Resolución 1503 de 2010, documentos que contienen todos los lineamientos y requisitos que debe acatar el solicitante en la hechura de su EIA para que la autoridad ambiental competente pueda estudiarla a satisfacción. En todo caso, todo EIA debe abarcar como mínimo los siguientes aspectos:

1. Información del proyecto, relacionada con la localización, infraestructura, actividades del proyecto y demás información que se considere pertinente.
2. Caracterización del área de influencia del proyecto, para los medios abiótico, biótico y socioeconómico.
3. Demanda de recursos naturales por parte del proyecto; se presenta la información requerida para la solicitud de permisos relacionados con la captación de aguas superficiales, vertimientos, ocupación de cauces, aprovechamiento de materiales de construcción, aprovechamiento forestal, recolección de especímenes de la diversidad biológica con fines no comercia-

- les, emisiones atmosféricas, gestión de residuos sólidos, exploración y explotación de aguas subterráneas.
4. Información relacionada con la evaluación de impactos ambientales y análisis de riesgos.
 5. Zonificación de manejo ambiental, definida para el proyecto, obra o actividad para la cual se identifican las áreas de exclusión, las áreas de intervención con restricciones y las áreas de intervención.
 6. Evaluación económica de los impactos positivos y negativos del proyecto.
 7. Plan de manejo ambiental del proyecto, expresado en términos de programa de manejo, cada uno de ellos diferenciado en proyectos y sus costos de implementación.
 8. Programa de seguimiento y monitoreo, para cada uno de los medios abiótico, biótico y socioeconómico.
 9. Plan de contingencias para la construcción y operación del proyecto; que incluya la actuación para derrames, incendios, fugas, emisiones y/o vertimientos por fuera de los límites permitidos.
 10. Plan de desmantelamiento y abandono, en el que se define el uso final del suelo, las principales medidas de manejo, restauración y reconfiguración morfológica.
 11. Plan de inversión del 1%, en el cual se incluyen los elementos y costos considerados para estimar la in-

versión y la propuesta de proyectos de inversión, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1900 de 2006 o la norma que lo modifique, sustituya o derogue.

12. Plan de compensación por pérdida de biodiversidad de acuerdo con lo establecido en la Resolución 1517 del 31 de agosto de 2012 o la que modifique, sustituya o derogue. (Decreto 1076 de 2015, art. 2.2.2.3.3.2, núm. 1-12).

Otro aspecto relevante del EIA es que debe informarse a las comunidades sobre el alcance del proyecto minero, especialmente, lo relativo a impactos y medidas de manejo propuestas, de tal manera que las comunidades puedan contar con la oportunidad efectiva de hacer comentarios y propuestas respecto a estas cuestiones y, en caso de ser necesario, ser incorporados en el EIA mediante diferentes medidas que pueden ser de control, prevención, mitigación y compensación.

Una vez presentada la solicitud de la licencia, junto con la EIA, la autoridad ambiental competente examinará cuidadosamente el EIA de acuerdo con el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el ánimo de determinar si este consagra información importante y suficiente para la identificación y calificación de los impactos ambientales, es decir, si se pueden evitar o mitigar, así como si abarca medidas de manejo ambiental adecuadas. Este examen

es lo que se denomina Evaluación de Impacto Ambiental, que es la que conlleva a la decisión de conceder o no la licencia ambiental.

Pues bien, respecto a las sanciones debe empezarse por indicar que el art. 287 del Código de Minas ordena que en los casos en los que quien esté adelantando una actividad minera viole disposiciones ambientales, la autoridad ambiental competente le impondrá las sanciones cobijadas por estas. Colombia cuenta con un régimen sancionatorio ambiental relativamente nuevo, consagrado en la Ley 1333 de 2014.

Actualmente, las autoridades ambientales competentes para imponer sanciones son: ANLA, CARS, CADS, Unidades Ambientales de los Grandes Centros Urbanos, Distrito Portuario e Industrial de Barranquilla, Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, la Armada Nacional, y, en general, las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos).

Nótese que la titularidad de la potestad sancionatoria del Estado se encuentra radicada en varias entidades públicas. Empero, la competencia de todas ellas es a prevención, lo cual implica que si bien todas son competentes, solamente ejercerá la titularidad en cuestión la primera que haya tenido conocimiento del caso en concreto.

Pues bien, las sanciones que puede dictaminar la autoridad ambiental competente, bien sea con carácter principal o acce-

sorio y de conformidad con la gravedad de la conducta indebida, con las características del infractor y el tipo de infracción, son:

[...]

1. Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
2. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio.
3. Revocatoria o caducidad de licencia ambiental, autorización, concesión, permiso o registro.
4. Demolición de obra a costa del infractor.
5. Decomiso definitivo de especímenes, especies silvestres exóticas, productos y subproductos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción.
6. Restitución de especímenes de especies de fauna y flora silvestres.
7. Trabajo comunitario según condiciones establecidas por la autoridad ambiental. [...] (Ley 1333 de 2009, art. 40, núm. 1-7).

En cada proceso sancionatorio, la autoridad ambiental puede imponer una sanción principal y, si es necesario, hasta dos sanciones accesorias. El acto administrativo mediante el cual se imponen sanciones deben estar fundamentado en un informe técnico que haya sentado claramente las condiciones de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la conducta reprochable y, por tanto, a las sanciones. Sin embargo, las sanciones no restauran los

daños ambientales causados con la infracción ambiental, ya que como el mismo nombre de estas lo indica, tienen un carácter meramente punitivo.

6. Los jueces y otros operadores del Derecho, ¿cuentan con capacitaciones sobre esta materia?

No tenemos noticia de que se hayan impartido capacitaciones en el tema. Fuente: Escuela Judicial Rodrigo Lara. (No respondieron a la solicitud de información).

MARCO INSTITUCIONAL Y ACTUACIÓN JURISDICCIONAL

7. ¿Existe alguna institución estatal que se encargue de adoptar y/o implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas, especialmente en el ámbito de la cadena productiva minera? Indique su ubicación en el aparato estatal, la descripción de sus competencias, características y marco normativo aplicable.

Sí. El **Plan Nacional de Acción de Colombia en DDHH y empresas** es un instrumento de política pública en la materia, por la necesidad de armonizar la protección de DDHH con el desarrollo económico de las actividades que el Estado promueve. Pertenece a la Consejería de DDHH del ejecutivo.

El Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas se encarga de monitorear el avance y el progreso de la

implementación del Plan. Por esto, expedirá su reglamento, determinará la periodicidad de sus reuniones y contará con un plan operativo que determine sus actividades de forma anual en donde definirá el abordaje temático y de adecuación normativa dentro de las áreas priorizadas por este plan. A este grupo se sumará la Dirección de Post-conflicto.

Las entidades del Gobierno Nacional que hacen parte del Grupo de Trabajo dispondrán de al menos un servidor público que será el encargado de verificar y gestionar la implementación del Plan.

A partir del lanzamiento de este Plan, se crea una Comisión de Expertos, trabajará como organismo asesor del Grupo de Trabajo y orientará las acciones relacionadas con la implementación de este Plan.

8. ¿Cuáles son las directrices y el procedimiento de los gobiernos nacionales y locales en materia de derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno.

Los múltiples y recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana con respecto al derecho de autonomía de las entidades territoriales en relación a la minería frente al ordenamiento territorial, han generado un proceso de construcción legal que se está surtiendo en este momento en el país, por lo

anterior, no hay total claridad sobre cuál es el papel de los gobiernos locales dentro de los trámites de autorización de una actividad minera dentro de sus territorios.

Las alcaldías municipales (autoridades locales) tienen las competencias de suspender la minería ilegal y decomisar los elementos relacionados a esta actividad. También deben atender amparos administrativos interpuestos por los titulares mineros para suspender las actividades que terceras personas estén desarrollando dentro de las áreas que les fueron otorgadas por el Estado. Así mismo, deben resolver las solicitudes de servidumbre minera. El Estado nación tiene la competencia de regular la actividad minera, promover la inversión en esta actividad, otorgar las autorizaciones a los particulares para explorar y explotar estos recursos, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las autorizaciones otorgadas.

Existen diferentes procedimientos para otorgar una autorización minera en Colombia, dependiendo de las características específicas de los empresarios interesados: 1. zonas mineras de comunidades indígenas, afrodescendientes o mixtas; Áreas de reservas especiales o para la formalización de grupos de mineros ilegales, legalización de minería de hecho, procesos de selección objetiva y propuesta de contrato de concesión minera.

El procedimiento de una propuesta de contrato de concesión minera es el siguiente: 1. Radicación vía WEB. 2. Revisión de requisitos y objeción 3. Estudio de Área Libre 4. Rechazo de la

propuesta o suscripción del contrato 5. Inscripción del contrato en el Registro Minero Nacional.

9. ¿Cuáles son los casos o experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y nacionales de actividad minera?

A continuación se destacarán algunos casos que se han presentado en Colombia en materia de derechos humanos que han sido resueltos por las altas Cortes, no sin previamente señalar que acorde a lo expuesto en el informe Minería en Colombia , “según cifras de Funtraenergética (2011), el 80% de las violaciones a los derechos humanos que ocurren en Colombia, se presentan en los municipios mineros-petroleros (el 35% del total nacional); el 87% del desplazamiento forzado sale de estos municipios y quienes reciben regalías por producción minero-energética; el 78% de los crímenes contra sindicalistas, 89% contra indígenas y 90% contra afrodescendientes, se cometen en áreas minero-energéticas”, casos que no siempre son elevados por las partes a instancias judiciales.

a) Resguardo Indígena Embera Katio del Alto Andágueda vs. Continental Gold Limited Sucursal Colombia, Anglogold Ashanti Colombia S.A (capital norteamericano).

La comunidad del territorio del Resguardo del Alto de Andágueda solicitó ante la jurisdicción la nulidad de los contratos de concesión y el reconocimiento de daños y afectaciones con oca-

sión del título minero otorgado a las empresas mineras, el cual se traslapaba en un 62% de su territorio. De igual forma, alegaba la comunidad que había sido despojada de su territorio y desplazado a causa del conflicto armado interno y sus factores vinculados.

La Sala Civil especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia mediante sentencia de fecha 23 de Septiembre de 2014, a raíz del proceso judicial de restitución de tierras indígenas promovido por la comunidad indígena del “Resguardo del Río Alto Andágueda” observó que el territorio del Resguardo fue puesto en riesgo por parte de los contratos de concesión minera que se desarrollaban en el área, no sólo porque se traslapan en un 62%, sino en consideración a la extensa duración de estos contratos lo cual genera un potencial riesgo de daños y cambios sociales como lo son “la ocupación de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para sus subsistencia física y cultural”. De igual forma, observa el Tribunal que el Resguardo no fue consultado ni se procuró su participación frente a la decisión de explorar y explotar en su territorio un proyecto aurífero, lo cual fue el factor determinante de la perturbación del desarrollo de la comunidad y su territorio.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal falló a favor de la comunidad, amparando y restableciendo el goce efectivo de los derechos territoriales del pueblo Embera Katio, posibilitando su retorno al territorio del que había sido despojado, por haberse evidenciado una “profunda violación de mandatos constituciona-

les, que lesionan múltiples derechos de los integrantes de los pueblos indígenas (vida, integridad y seguridad personal) afectadas por el conflicto armado y el abandono y desplazamiento forzado de su resguardo, así como también sobre los derechos fundamentales de tales etnias (autonomía, identidad y territorio)”.

De igual forma, ordenó a la Agencia Nacional Minera cumplir con la consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de la comunidad indígena del Resguardo del Alto de Andágueda bajo los criterios y garantías descritas en la providencia.

b) Anglo Gold Ashanti (capital norteamericano) vs comunidad de La Toma – Cauca

La comunidad presentó ante la Corte Constitucional acción de tutela por la infracción al derecho de consulta previa, al haberse otorgado un título minero sin la respectiva consulta sobre la zona que ha sido habitada y explotada tradicionalmente de manera artesanal por las comunidades negras y que da el sustento económico a dicha población.

En Sentencia T-1045A/10, la Corte señala que la entidad INGEOMINAS otorgó título minero de explotación de oro a la empresa Anglo Gold Ashanti sin que se hubiera respetado el mecanismo de consulta previa contenido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia, siendo esto un riesgo para la comunidad considerando que la explotación “está en capacidad de afectar la autonomía y la identidad e integridad cultural, las prácticas tradicionales de producción y el

medio ambiente”. En consecuencia, ordenó la suspensión de los títulos y solicitudes de títulos en la zona, ya que “la violación del derecho a la consulta sobre proyectos de explotación de recursos naturales, también conlleva a la conculcación de otros derechos del pueblo afectado, tales como la autonomía e integridad cultural y social y, eventualmente, la propiedad”.

En dicha Sentencia, la Corte llama la atención sobre el incremento de los daños al medio ambiente causados por la explotación de minerales así como la afectación de fuentes hídricas, contaminación y deforestación. Así mismo, el fallo declara “el carácter ilegal a todo tipo de actividad minera extractiva por fuera de las practicas mineras tradicionales o ancestrales de Mazamorreo y Barequeo que las comunidades afrodescendientes practican en su cotidianidad y su forma de subsistencia”, con lo cual se protege la integridad cultural y las prácticas tradicionales.

Es importante mencionar en relación con este caso que el informe “Minería y violación de los derechos humanos en Colombia: el caso de Anglo Gold Ashanti contra la comunidad afrodescendiente de La Toma (Cauca)”, señala que “en los 336 municipios en los cuales se desarrollaban labores por parte de la transnacional, fueron lugares en los cuales estructuras paramilitares atentaron de manera directa y sistemática contra la población civil, a través de acciones tales como ejecuciones extrajudiciales, torturas, desapariciones forzadas y desplazamiento forzado. El 70 % de los municipios en los que esta transnacional pretendió desarrollar o desarrollo labores de exploración y explotación coin-

ciden, plenamente, con lugares en los cuales ha existido un posicionamiento del paramilitarismo, con sus consecuencias para los derechos humanos” . Continúa señalando este informe “Según datos del CINEP, 5.438 personas fueron víctimas de crímenes de lesa humanidad durante el periodo 1988-2006 en los lugares donde desarrollaba sus actividades la Anglo Gold Ashanti Colombia” .

A la fecha, hay denuncias en contra del gobierno colombiano ya que presuntamente no ha dado cumplimiento al fallo emitido por la Corte Constitucional y no ha adoptado las medidas para la protección de la comunidad afectada frente a la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

c) Drummond (capital norteamericano) vs comunidad El Hatillo – Departamento del Cesar

En la zona, la empresa Drummond realiza un proceso de explotación de carbón con una intensidad horaria de 24 horas, incluyendo el cargue, transporte y operación del material extraído. Por esta razón, la comunidad alegó ante la Corte Constitucional la disminución de las tierras destinadas a la agricultura que eran trabajadas por la comunidad, la limitación de la disponibilidad del recurso del agua y la afectación a la comunidad por la emisión de partículas de carbón ocasionados por la actividad minera (explotación de carbón a cielo abierto).

La Corte Constitucional en sentencia T – 154 de 2013 expone la conexidad entre el derecho a un ambiente sano y el derecho a la vida, así como le vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de los afectados por la contaminación,

que desde el punto de vista auditivo y paisajística resultan en una perturbación contra la intimidad.

La Corte cautela la protección del derecho a la vida, la salud, la intimidad, el ambiente sano de la zona de influencia y ordena al Ministerio de Ambiente que en el marco de sus funciones cumpla a cabalidad las recomendaciones de la OMS y de otros organismos internacionales, particularmente en lo relativo a la afectación de la salud y el ambiente de la explotación de carbón a gran escala, igualmente, al Defensor del Pueblo le ordena la verificación de la defensa de los derechos protegidos a través de esta sentencia.

d) Gran Colombia Gold y Minerales Andinos de Occidente S.A. vs comunidades indígena Cartama y afrodescendiente

En Sentencia T-438 de 2015 de la Corte Constitucional, se resuelve el caso expuesto por las comunidades indígena Cartama y afrodescendiente (Cerro El Burro del Municipio de Marmato, Caldas) que piden el amparo de su derecho a la consulta previa ante el otorgamiento de un título de explotación minera por parte del Ministerio de Minas y Energía sin haberse adelantado el mecanismo de consulta previa.

La Corte Constitucional ordena a la empresa Gran Colombia Gold y Minerales Andinos de Occidente S.A. la suspensión inmediata de las actividades de explotación minera que estuviera realizando en la zona, indicando que se debe consultar a toda comunidad étnica afectada directamente por actividades de explota-

ción de minerales, así éstas no habiten en la zona de influencia del proyecto.

De igual forma, la Corte señala en el fallo que se debería trabajar en la formación de las personas dedicados a la minería informal, incluyendo formación en temas laborales, normativos, culturales, técnicos, tributarios, ambientales, etc., con el fin de generar competitividad y aumento de la productividad.

Sin embargo, esta sentencia fue objeto de anulación por la Sala Plena de la Corte Constitucional al haberse encontrado una nulidad consistente en que uno de los titulares mineros de la zona no fue vinculado al proceso en calidad de tercero interesado a quien se le vieron afectados sus intereses con la suspensión. De esa forma, la Corte Constitucional ordena que se realice la vinculación al proceso de tutela en sede de revisión, instancia en la cual este titular minero tenga la oportunidad de intervenir y exponer sus argumentos de defensa en relación con la acción de tutela instaurada por las comunidades.

10. ¿Qué casos de violaciones de derechos humanos relacionadas a la cadena minera han sido objeto de una denuncia a nivel internacional? Tenga en cuenta los mecanismos internacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos, sistema de la Organización de Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo (ver

Anexo 2 para una lista referencial de mecanismos internacionales).

Si bien es cierto que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Sistema Universal de Protección de las Naciones Unidas ha tenido bajo su jurisdicción denuncias y peticiones individuales relacionadas con vulneraciones a los defensores de los derechos humanos, no ha habido aún ninguna que se relacione de manera expresa y directa con la cadena minera. Sin embargo, vemos que, en varios casos, como lo es el de las Medidas Cautelares decretadas por la CIDH en el año 2002, la mayoría podrían tener algún vínculo por cuanto los perpetradores de las vulneraciones eran las Autodefensas Unidas de Colombia, principal grupo paramilitar para ese entonces³⁶⁷.

Lo anterior lo podemos ver más claro al ver que la Comisión ha comunicado preocupación por la situación de los defensores de derechos humanos en el país, en especial debido al caso del asesinato de Fernando Salazar Calvo, defensor de la comunidad indígena Embera Chamí en el Departamento de Caldas, Presidente de la Asociación de Mineros de la Unión y vocal de la Asociación de Mineros del Resguardo indígena de Cañamomo Lomaprieta Riosucio y Supía Caldas (ASOMICARS), debido a que se encontraba amparado por las medidas cautelares 265 del 2002 debido a actos de hostigamiento y violencia³⁶⁸.

367 Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2002. Disponible en:<http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>

368 CIDH condena asesinato de defensores y defensoras de derechos humanos

Finalmente, vemos que también ha habido casos en los que se ha hecho un llamamiento a la comunidad y las organizaciones internacionales para que tomaran cartas en el asunto más no a través de un mecanismo de denuncia judicial ante los sistemas como ocurrió en el caso en el que CETIM y AIJD llamaban al Consejo de Derechos Humanos a intervenir al Gobierno colombiano por los hechos ocurridos con Anglo Gold Ashanti en el Cauca durante el año 2001³⁶⁹.

11. ¿Qué casos han sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresa matriz?

Encontramos al menos tres casos en los que se han iniciado acciones judiciales en los Estados de nacionalidad de las empresas matrices del sector minero. Se trata de las demandas en contra de Conquistador Mines, Drummond Company y Exxon a raíz de los graves abusos a los derechos humanos de la población y los trabajadores mineros.

Sin embargo, encontramos que en casos como el de Sintramienergética et al v. Drummond Company las consideraciones de fondo en torno a la responsabilidad de la compañía por el asesi-

en Colombia. 12 de junio del 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/070.asp>

369 Minería y violación de los derechos humanos en Colombia: el caso de Anglo Gold Ashanti contra la comunidad afrodescendiente de La Toma (Cauca). Disponible en: <http://www.cetim.ch/miner%C3%ADa-y-violaci3n-de-los-derechos-humanos-en-colombia-el-caso-de-anglo-gold-ashanti-contra-la-comunidad-afrodescendiente-de-la-toma-cauca/>

nato de tres de los activistas y líderes sindicales –por contratación de grupos paramilitares- se vieron opacadas debido a debates relacionados con el locus standi de los demandantes. En este caso, el cual fue revisado en dos ocasiones diferentes por la jurisdicción estadounidense bajo las leyes federales del US torture Victim Protection Act, Alien Torts Claim Act y las leyes estatales de Alabama, la decisión definitiva fue la desestimar la responsabilidad de la empresa por la muerte de los defensores³⁷⁰.

370 Perfil de las demandas judiciales contra la empresa Drummond. Disponible en: <https://business-humanrights.org/es/perfil-de-las-demandas-judiciales-contra-la-empresa-drummond-0>

PROTECCIÓN DE DERECHOS LABORALES

Condiciones de trabajo

- 12. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija a las empresas de la cadena productiva minera contar con una política de igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores? ¿Cuenta el Estado con medidas legislativas laborales específicas para el sector minero?**

Hemos decidido fraccionar la pregunta planteada en dos aspectos principales, el primero vinculado al régimen general laboral colombiano y su tratamiento sobre las condiciones laborales de igualdad para los trabajadores y la segunda destacando las medidas legislativas específicas para el sector minero, donde tambi-

én se encuentran las exigencias de igualdad para los trabajadores de las empresas conformantes de la cadena productiva minera³⁷¹.

ASPECTOS RELEVANTES DEL RÉGIMEN GENERAL LABORAL COLOMBIANO:

En primera medida, se podría decir que Colombia en principio (SI) existe una política igualdad en cuanto al régimen laboral aplicado a los trabajadores vinculados a una empresa, esta política se encuentra soportada en un marco normativo altamente regulado. La principal norma que sistematiza las relaciones laborales en Colombia es el código sustantivo del trabajo (Ley 2663 de 1950), se entiende que toda relación de empleados y empleadores de las empresas que operan en el país, se encuentra bajo estas pautas, la mencionada norma en su artículo 3 manifiesta: *“El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.”*, en conclusión, todas las relaciones laborales incluyendo las individuales y las colectivas y lo relacionado con la seguridad social integral de los trabajadores deberán respetar lo establecido por el código y sus regulaciones complementarias³⁷²..

371 No debemos olvidar que en este caso nos estaremos tan solo refiriendo a la mano de obra formal vinculada a una empresa, la explotación de minerales en Colombia no siempre se realiza en ambientes de legalidad y en concordancia con la regulación establecida por el Estado Colombiano.

372 NIEVES Margarita; HERNÁNDEZ Augusto. Colombia Energy Investment Report, Energy Charter Secretariat p. 69 - 70 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: <http://www.energycharter.org/what-we-do/publications/colombia-energy-investment-report/>

Ahora bien, En el caso de las relaciones laborales que involucran a autoridades públicas existe un régimen laboral especial y de igual manera se debe resaltar que en el artículo 32 del código del trabajo hace una mención específica a una categoría de trabajadores denominada “*Representantes del Empleador*” quienes están obligados frente a sus trabajadores en los mismos términos que lo estaría el empleador y son definidos por en el artículo # 22 del código sustantivo del trabajo como quien recibe el servicio y lo remunera al trabajador³⁷³.

El mismo código describe a los “Representantes del Empleador” como los que ejercen funciones de dirección, administración, y da algunos ejemplos específicos en donde aplica la figura, como en el caso de directores, gerentes, intermediarios y administradores, quienes representan al empleador bajo su aquiescencia expresa o tácita. Este tipo de empleados que comparten la característica de tener poder de decisión se les aplica un tratamiento diferencial concretado en horarios laborales diferenciados, pagos de horas extras y en cuanto a sus derechos sindicales podrán pertenecer a sindicatos pero no pueden ser parte de sus directivas o aplicar a inmunidad sindical³⁷⁴.

373 NIEVES Margarita; HERNÁNDEZ Augusto. Colombia Energy Investment Report, Energy Charter Secretariat p. 69 - 70 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: <http://www.energycharter.org/what-we-do/publications/colombia-energy-investment-report/>

374 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 70 – 82 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf

Existen algunos aspectos específicos los cuales hay que tener en cuenta al mencionar el régimen general laboral colombiano, inicialmente todo contrato de trabajo que tenga lugar en Colombia se debe regir por la ley colombiana, lo anterior, sin importar la nacionalidad de los firmantes. En este mismo sentido, todos los años es fijado el salario mínimo legal mensual vigente (S.M.L.M.V) bien por un acuerdo de una comisión en la que están representados empleados, empresarios y Gobierno o de no existir acuerdo el gobierno de manera unilateral lo establece, lo anterior se encuentra regulado en numeral dos (2) del Artículo 15 de la Ley 100 de 1993, de simular manera, todos los Nacionales y Extranjeros vinculados mediante un contrato de trabajo que sean residentes en Colombia tienen la obligación de afiliarse al Sistema Integral de Seguridad Social, con la excepción de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para extranjeros el cual es voluntario.

Según la normatividad Colombiana existen pagos que son considerados obligatoriamente como salario sin importar la denominación utilizada por las partes “Bonos – Comisiones” ,adicionalmente, por más que el salario sea fijado en moneda extranjera los pagos deben ser realizados en moneda local (Pesos Colombianos). Si existe la posibilidad de pactar el pago de beneficios extralegales adicionales al salario mensual que no hagan parte de aportes al sistema de seguridad social Integral ni al cálculo de

aportes parafiscales en aquella proporción que sea igual o inferior al 40% del total de la remuneración que recibe el trabajador³⁷⁵.

Los trabajadores extranjeros en principio poseen los mismos o similares derechos y obligaciones que un trabajador nacional, ahora bien, el trabajador extranjero deberá cumplir junto con su empleador con la regulación vinculada a los procedimientos administrativos migratorios para ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio nacional³⁷⁶.

Existe un Sistema de Información para el Reporte de Extranjeros (SIRE) coordinado por Migración Colombia que tiene por objetivo poseer la información de contrataciones, vinculaciones, retiro y desvinculación de los mismos, el sistema se alimenta de las personas tanto naturales como jurídicas que creen o terminen un vínculo laboral o un contrato de prestación de servicios con trabajadores foráneos³⁷⁷.

La jornada laboral ordinaria es de (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) horas semanales que pueden ser distribuidas de

375 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 70 – 82 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf

376 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 70 – 82 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf

377 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 70 – 82 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf - Numeral dos (2) del Artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

lunes a sábado o de lunes a viernes, dentro de la jornada laboral los descansos deben adaptarse a la naturaleza del trabajo desempeñado. No obstante lo anterior, la norma permite acordar entre las partes jornadas laborales flexibles. En cuanto a las jornadas extras la ley indica que se remunerarán con recargos adicionales del 25% sobre el valor ordinario de la hora diurna, y las horas extras nocturnas se remuneran con un recargo del 75% sobre el valor ordinario de la hora diurna³⁷⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta que existen diferentes contratos laborales para Colombia los cuales pueden ser resumidos en el siguiente cuadro tomado de la página 72 de la Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 perteneciente a Procolombia³⁷⁹.

378 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 70 – 82 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf - Numeral dos (2) del Artículo 15 de la Ley 100 de 1993.

379 Gobierno de Colombia – Procolombia web page, Guía Legal Para Hacer Negocios En Colombia 2016 p. 72 [en línea] Consultado Agosto 24, 2016, Disponible en: http://www.investincolombia.com.co/images/Adjuntos/Legal_Guide_2016.pdf

Los contratos de trabajo pueden clasificarse dependiendo de su duración en las siguientes clases:

Tipos de contrato laboral

Término indefinido ³ .	Su duración es indefinida y no está determinado por un plazo o condición. Todo contrato verbal se entiende que tiene un término de duración indefinido, aunque las partes no hayan acordado nada al respecto.
Término fijo ⁴ .	Son aquellos que establecen un plazo de duración determinado en el tiempo, no superior a tres (3) años. Este tipo de contratos deben necesariamente constar por escrito o por lo menos deben existir otros medios probatorios ordinarios, para demostrar su existencia y condiciones. Los contratos a término fijo inferior a un (1) año podrán renovarse por tres (3) periodos iguales o inferiores al inicial, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año (1) y así sucesivamente. Los contratos a término fijo entre uno (1) y tres (3) años podrán renovarse en forma indefinida. Los contratos a término fijo no se convierten en contratos a término indefinido. En el evento en que no se desee renovar el contrato, se debe dar aviso escrito a la otra parte con una antelación no menor a treinta (30) días calendario de anterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, no obstante, en los contratos iguales o inferiores a treinta (30) días no requieren preaviso para su terminación ⁵ .
Por duración de la obra o labor contratada ⁶ .	La duración del contrato está determinada por el tiempo requerido para ejecutar una obra o actividad contratada. La necesidad de describir en forma detallada la obra o labor objeto del contrato, exige que el contrato sea escrito. Los contratos por duración de la obra o la labor contratada no admiten prórrogas.
Ocasional, accidental o transitorio ⁷ .	Es el contrato que se celebra para la realización de labores distintas de las actividades normales de la empresa y su duración es inferior a un mes.

MEDIDAS LEGISLATIVAS ESPECÍFICAS PARA EL SECTOR MINERO:

En segunda medida nos referiremos a la regulación establecida específicamente para el sector minero, las normas que se deberán tener en cuenta son las siguientes: Código Minero (LEY 685 DE 2001) artículos 251, 253 y 254³⁸⁰.

El artículo 251 indica que se debe preferir el recurso humano nacional por parte de los titulares mineros en las labores vinculadas con obras estudios etc., esta obligación también recae sobre los contratistas independientes pero posee su límite en que

380 MANCERO, Gabriela y MONTTOYA, Milton, "Colombia", en Palmer B, McKenna C (eds.), Mining Regulation, Law Business Research, Londres, 2012. p.67.

dichos trabajadores posean las calificaciones laborales requerida para la función encargada³⁸¹.

El salario pagado a los trabajadores mineros colombianos se rige por el artículo 253 “*Participación de trabajadores nacionales*” la norma mencionada indica que los dueños de una concesión minera deberán cumplir con lo siguiente:

Pagar al personal colombiano en conjunto, no menos del (70%) del valor total de la nómina del personal calificado o de especialistas, de dirección o confianza y no menos del ochenta por ciento (80%) del valor de la nómina de trabajadores ordinarios.

Lo anteriormente dicho se podrá sobrepasar al obtener una autorización ante el ministerio del trabajo en casos específicos en donde no se cuente con la mano de obra calificada para desarrollar la labor ineludible entre los nacionales, no obstante, la empresa se comprometerá a apoyar la capacitación y formación de los nacionales en el menor tiempo posible³⁸².

Finalmente, el artículo 254 “*Mano de obra regional*” establece que la autoridad minera se reserva la fijación de los por-

381 Artículo 251. Recurso humano nacional. Los titulares de contratos de concesión, preferirán a personas naturales nacionales, en la ejecución de estudios, obras y trabajos mineros y ambientales siempre que dichas personas tengan la calificación laboral requerida. Esta obligación cobijará igualmente al personal vinculado por contratistas independientes. Las autoridades laborales, así como los alcaldes deberán impedir el trabajo de menores de edad en los trabajos y obras de la minería, tal como lo prevén las disposiciones sobre la materia.

382 MANCERO, Gabriela y MONTROYA, Milton, “Colombia”, en Palmer B, McKenna C (eds.), *Mining Regulation*, Law Business Research, Londres, 2012. p.67.

centajes mínimos de trabajadores locales que se deben contratar dentro de la región y que tengan domicilio en el área de influencia del proyecto e indica que los correspondientes porcentajes fijados son revisables periódicamente.

Es también importante indicar que en lo vinculado al régimen de salud y seguridad existen otras normas que deben apreciarse a la hora de evaluar la regulación que le es aplicada tanto a empresas como a trabajadores mineros que ejercen su actividad en el territorio colombiano de manera lícita, dentro de estas normas encontramos³⁸³:

Código de Minas artículos 59, 97 y 318. En el artículo 59 del Código de minas se impone al concesionario la obligación de dar cumplimiento a las obligaciones de carácter legal, técnico, operativo y ambiental, por su parte el artículo 97 refuerza esta idea al indicar que: *“Seguridad de personas y bienes. En la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a la empresa y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional.”* y en el artículo 318 se retoma el tema al señalar que es obligación de las autoridades mineras o a quienes ellos designen de cumplir con *“... la forma y condiciones en que se*

383 MANCERO, Gabriela y MONTOYA, Milton, “Colombia”, en Palmer B, McKenna C (eds.), *Mining Regulation*, Law Business Research, Londres, 2012. p.67.

ejecuta el contrato de concesión tanto por los aspectos técnicos como por los operativos y ambientales, sin perjuicio de que sobre estos últimos la autoridad ambiental o sus auditores autorizados, ejerzan igual vigilancia en cualquier tiempo, manera y oportunidad.”

La seguridad e higiene ha tenido también desarrollo en otras normas por fuera del código de minas en donde se han establecido estándares técnicos a seguir por las empresas, ejemplo de lo anteriormente dicho son: el Decreto 2222 de 1993 por el cual se expide el Reglamento de Higiene y Seguridad en las Labores Mineras a Cielo Abierto, el Decreto 035 de 1994 por el cual se dictan unas disposiciones en materia de seguridad minera y el Decreto 1886 de 2015 por el cual se establece el Reglamento de Seguridad en las Labores Mineras Subterráneas.

13. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que prohíba a las empresas someter a los trabajadores a tratos inhumanos y degradantes?

Partiendo desde la Constitución, el artículo primero exige de manera genérica el respeto por la dignidad humana. Sin embargo, de manera concreta se establece en el artículo 25 que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” y en el artículo 53 “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (C.Pol.)

Desde la determinación de los elementos esenciales del contrato de trabajo se establece que “La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país” (C.S.T. Artículo 23.b).

También en el Código Sustantivo del Trabajo se establece como obligación especial del empleador “Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos” (Artículo 57.5) y como prohibición al mismo “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad” (Artículo 59.9). También existe como límite a las sanciones disciplinarias pues “no pueden consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador” (Artículo 111).

Existe en Colombia la Ley 1010 de 2006, por medio de la cual “se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo” y cuyo objeto es “definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades eco-

nómicas en el contexto de una relación laboral privada o pública”. En ella están protegidos los siguientes bienes jurídicos definidos por el legislador en el artículo 2: “el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa”.

Fueron establecidas seis modalidades de acoso laboral de manera enunciativa y no taxativa:

“1. **Maltrato laboral.** Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

3. Modificado por el art. 74, Ley 1622 de 2013, **Discriminación laboral:** todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia po-

lítica o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

4. **Entorpecimiento laboral:** toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

5. **Inequidad laboral:** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.

6. **Desprotección laboral:** Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador”.

Al interior de la empresa es posible adelantar las denuncias sobre acoso laboral ante el Comité de Convivencia Laboral (Resoluciones 652 y 1356 de 2012), para intentar solucionar mediante acuerdo entre las partes las situaciones que presuntamente pueden constituir acoso. Sin embargo, “Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares. Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disci-

plinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley” (Ley 1010 de 2006. Artículo 12). Las sanciones referidas en el artículo 10 son las siguientes:

“1. Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Único, cuando su autor sea un servidor público.

2. Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere.

4. Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores.

5. Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.

6. Como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno”.

Además, la materialización concreta del artículo 25 de la Constitución con la exigencia de condiciones de trabajo dignas se puede determinar mediante la verificación del cumplimiento del Decreto 1886 de 2015 “por el cual se establece el Reglamento de Seguridad en las Labores Mineras Subterráneas”, normatividad que regula lo relacionado con elementos y equipos de protección personal, medicina preventiva y del trabajo, ventilación, control de polvo, sostenimiento, transporte, explosivos, instalaciones eléctricas, prevención y extinción de fuegos e incendios, higiene y condiciones de trabajo, capacitación de atención de emergencias mineras y salvamento minero, entre las más relevantes.

Es función del Ministerio del Trabajo: “Verificar el cumplimiento de las responsabilidades de los empleadores en cuanto a la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a los factores de riesgo químico, biológico, físico, ergonómico, ambientales, psicosociales y de seguridad en el trabajo” y “Conocer sobre las denuncias presentadas por las víctimas de acoso laboral y conminar preventivamente al empleador para dar aplicación a los mecanismos de prevención

de acoso laboral”³⁸⁴. En dicho manual se indica al funcionario el bien jurídico protegido, la infracción y la sanción:

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS	QUÉ SE PROTEGE	INFRACCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR	SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR
VIDA SEGURIDAD E INTEGRIDAD FÍSICA SALUD EN EL TRABAJO	RIESGOS EN EL TRABAJO	Accidentes de trabajo mortal (Decreto Ley 1295 de 1994 y Decreto 1530 de 1996)	Ley 1562 de 2012 (No inferior a 20 ni superior a 1000 SMMV) Reincidencia: Suspensión de actividades o cierre de la empresa
		Incumplimiento por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales en materia de salud ocupacional y riesgos laborales (Ley 776 de 2002, Decreto Ley 1295 de 1994 y Ley 1562 de 2012)	Artículo 30 Ley 1562 de 2012 (Hasta 1000 SMMV) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV)
		Incumplimiento del empleador en la afiliación del sistema de riesgos profesionales (Decreto Ley 1295 de 1994)	Artículo 91 num. 1 Decreto Ley 1295 de 1994 (Multas sucesivas hasta de 500 SMM) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV)
		Incumplimiento del empleador en informar sobre el traslado la afiliación del sistema de riesgos o no informe adecuadamente el salario base de cotización (Decreto Ley 1295 de 1994)	Artículo 91 num. 3 y 4 Decreto Ley 1295 de 1994 (Multa hasta de 500 SMM) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV)
		Incumplimiento en los programas de vigilancia epidemiológica, reubicación laboral, programas de salud ocupacional, realización de las evaluaciones médicas ocupacionales de ingreso, periódicas y de retiro y procesos de rehabilitación profesional. Ley 1562 de 2012 y Decreto 1295 de 1994	Artículo 13 Ley 1562 de 2012 (Hasta 500 SMMV) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV) Reincidencia: Suspensión de actividades o cierre de la empresa
		Responsabilidades de los empleadores en cuanto a la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a los factores de riesgo químico, biológico, físico, ergonómico, ambientales, psicosociales y de seguridad en el trabajo. (Ley 1562 de 2012)	Artículo 13 Ley 1562 de 2012 (Hasta 500 SMMV) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV) Reincidencia: Suspensión de actividades o cierre de la empresa
		Incumplimiento a las disposiciones sobre vivienda, higiene y seguridad en los establecimientos de trabajo y campamentos (Art. 56 C.S.T. y art. 21 Decreto Ley 1295 de 1994)	Artículo 21 Ley 1562 de 2012 (hasta 500 SMMV) Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV) Reincidencia: Suspensión de actividades o cierre de la empresa

No sólo el juez y el Ministerio del Trabajo están facultados para vigilar el cumplimiento del Decreto 1886, también lo está la autoridad minera, entendida como el Ministerio de Minas y Energía (Código de Minas. Artículo 317)

14. ¿Cuáles son los tipos de regímenes de contratación que existen en el ámbito de la contratación laboral en la actividad minera? ¿Hay distintas

³⁸⁴ http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/1877-manualdelinspector.html (Consultado el 8 de septiembre de 2016)

modalidades de jornadas laborales establecidas por ley? ¿Qué las caracteriza?

El Código de Minas colombiano dispone en el artículo 251 la obligación a los titulares de títulos mineros de preferir a personas naturales nacionales siempre que haya en el país disponibilidad de personal calificado.

El ordenamiento jurídico laboral colombiano establece que para la existencia de un contrato de trabajo deben presentarse 3 requisitos: i. prestación de servicios de forma personal, ii. Subordinación y dependencia del empleador y iii. Remuneración a cambio del servicio; la Ley no establece más formalidades a las descritas.

La contratación laboral minera se rige por las normas generales contenidas en el Código Sustantivo de Trabajo (CST) que disponen principalmente 4 modalidades de contratos laborales así:

- a. Contrato a término indefinido (Artículo 47 del CST):
es un contrato de duración indefinida que no está sometido a un plazo o condición y que tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. El trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a 30 días. La norma laboral establece que todo contrato verbal se entiende de duración indefinida.
- b. Término fijo (Artículo 46 del CST): Son aquellos que establecen un plazo de duración determinado en el

tiempo, no superior a 3 años y deben constar siempre por escrito. El trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a 30 días a excepción de los iguales o inferiores a 30 días que no requieren preaviso para su terminación. En cuanto a su renovación la norma dispone:

- Los contratos a término fijo inferior a 1 año podrán renovarse hasta por 3 períodos iguales o inferiores al inicial, después el término de renovación no podrá ser inferior a un 1 año.
 - Los contratos a término fijo entre 1 y 3 años podrán renovarse en forma indefinida.
- c. Por duración de la obra o labor contratada: La duración del contrato está determinada por el tiempo requerido para ejecutar una obra o actividad contratada. La necesidad de describir en forma detallada la obra o labor objeto del contrato, exige que el contrato sea escrito. Los contratos por duración de la obra o la labor contratada no admiten prórrogas.
- d. Ocasional, accidental o transitorio: Es el contrato que se celebra para la realización de labores distintas de las actividades normales de la empresa y su duración es inferior a un mes.

De igual forma, hay otra modalidad de contrato denominado contrato de prestación de servicios correspondiente a aquel que pueden suscribir las personas jurídicas o naturales en el cual

en calidad de contratistas independientes prestan servicios sin subordinación, con autonomía técnica, administrativa y financiera.

En cuanto a las jornadas laborales establecidas en nuestra legislación, el artículo 161 del CST señala que la jornada ordinaria máxima de trabajo, esto es, el tiempo máximo que la norma permite que un trabajador preste su servicio laboral, es de 8 horas al día y 48 horas a la semana, salvo las siguientes excepciones:

- “... a) En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;
- b) La duración máxima legal de la jornada de trabajo del menor (...)
- c) El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana; En este caso no habrá lugar al recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria.

Parágrafo. El empleador no podrá, aun con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo”.

Por regla general las 8 horas diarias se deben trabajar entre las 6AM y las 10PM, de modo que si el trabajador labora más de las 8 horas al día o trabaja un día festivo o domingo, el empleador deberá pagar un recargo extra así: si la hora extra es en horario de 6PM a 10PM el empleador reconocerá un 25% sobre el valor ordinario de la hora, y si el trabajador labora extra entre las 10PM y las 6AM se le reconocerá un 75% adicional sobre la hora ordinaria.

Sin perjuicio de lo anterior, una empresa puede solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para aumentar la jornada laboral ante necesidades específicas de la empresa, caso en el cual la autorización deberá contener el número máximo de horas extraordinarias que pueden ser trabajadas (no podrán superar las 12 horas por semana) y se exigirá al empleador llevar un registro diario del trabajo extra desarrollado por cada empleado.

Es importante precisar que si bien los menores de edad (para el caso colombiano menores de 18 años) que se encuentran entre 15 y 17 años pueden trabajar con autorización del inspector de trabajo de su domicilio, para el caso de la actividad minera hay prohibición expresa por considerarse una actividad peligrosa. En esa medida, las autoridades laborales y los alcaldes locales impedirán el trabajo de menores de edad en la actividad minera y vigilarán el cumplimiento de la norma en sus domicilios.

15. En caso se haya comprobado la existencia de trabajo infantil, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables? ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

Las sanciones pueden ser administrativas, disciplinarias y penales.

El Código Disciplinario Único establece que es deber de todo servidor público “cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente” (Ley 734 de 2002. Artículo 34) y les está prohibido “incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas” en los instrumentos ya mencionados. Las sanciones a las que se someten son:

“1. *Destitución e inhabilidad general*, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

4. Multa, para las faltas leves dolosas.

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas”.

También existen sanciones penales para las peores formas de trabajo infantil, entre ellas “ARTÍCULO 213-A. PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD.<Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe

de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Código Penal). En los delitos sobre constreñimiento a la prostitución y trata de personas es considerada como circunstancia de agravación punitiva que se realice sobre menor de catorce (14) años (Artículo 214 del Código Penal, modificado por el artículo 9 de la Ley 1236 de 2008).

Existen sanciones administrativas a cargo del Ministerio del Trabajo tal y como se observa desde el artículo 31 del CST “TRABAJO SIN AUTORIZACION. Si se estableciere una relación de trabajo con un menor sin sujeción a lo preceptuado en el artículo anterior, el presunto empleador estará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al contrato, pero el respectivo funcionario de trabajo puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la cesación de la relación y sancionar al empleador con multas”. Es entonces función de investigación administrativa laboral “imponer las sanciones a que haya lugar, por vulneración de las disposiciones sobre el trabajo de niños, niñas y adolescentes en los términos de la Ley 1098 de 2006”³⁸⁵. Es función de atención y trámite “Otorgar autorización para el trabajo de niñas, niños y adolescentes en los términos de la Ley 1098 de 2006 y realizar visitas de verificación de las condiciones de trabajo y salud,

385 http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/1877-manualdelinspector.html (Consultado el 8 de septiembre de 2016)

frente a la autorización otorgada”³⁸⁶. En dicho manual se indica al funcionario el bien jurídico protegido, la infracción y la sanción:

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS	QUÉ SE PROTEGE	INFRACCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR	SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR
DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	PROTECCIÓN ESPECIAL DE ESTA POBLACIÓN	No observar los derechos de niños, niñas y adolescentes en el campo laboral y de conformidad con las conductas allí descritas (Ley 1098 de 2006)	Artículo 486 C.S.T. (1 a 5000 SMMV)

Las sanciones consisten principalmente en la obligación de pagar multas, lo que no obsta para que los funcionarios del Ministerio del Trabajo impongan otro tipo de sanciones o medidas propias de su función como autoridades de policía laboral, pues incluso están autorizados para fijar medidas preventivas. Lo anterior sin que implique declaratoria de derechos individuales o definición de controversias, pues ello es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social (C.S.T., Artículo 485).

Las sanciones administrativas pueden ser individuales o colectivas. Incluso existen actualmente varios antecedentes de sanciones a grupos empresariales (GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS FARES S.A.S., cobro coactivo del 31 de agosto de 2015 por valor de \$42.502. 500.⁰⁰).³⁸⁷

³⁸⁶ http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/1877-manualdelinspector.html (Consultado el 8 de septiembre de 2016)

³⁸⁷ http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjI5MCexf_OAhXGKMAKHe_kAsEQFggfMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.mintrabajo.gov.co%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F5637-2-123-2015-grupo-empresarial-de-servicios-fares-sas.html&usq=A-

Con relación al marco normativo: Mediante la Ley 12 de 1991 se acoge la convención de los derechos del Niño. La Ley 515 de 1999 ratificó el Convenio 138 de la OIT, por medio del cual se establece la edad mínima de admisión al empleo previa autorización del inspector del trabajo. Colombia ratificó el Convenio 182 de 1999 de la OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil y mediante la Ley 704 de 2001 se aprobó el mismo³⁸⁸. El Código de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece como la edad mínima de admisión al trabajo los quince (15) años y ordena proteger contra las peores formas de trabajo infantil. La Resolución 3597 de 2013 señala y actualiza las actividades consideradas como peores formas de trabajo infantil y deroga la Resolución 1677 de 2008. La Ley 1382 de 2010 castiga con terminación de contrato a quien emplee menores de 18 años en labores de minería. La Resolución 316 de 2011 del ICBF dicta medidas para la protección al trabajo y obras en la minería y la Ley 1453 de 2011 penaliza con cárcel la explotación de menores.

Prohibición de formas contemporáneas de esclavitud

16. ¿El Estado cuenta con un marco legal específico que prohíba las formas contemporáneas de esclavitud y/o la trata de personas? En caso se

FQjCNFwIzK2PgkBbUKqFP2QRKtAN-wojg&sig2=GTP0mIrjdKzNNs-NSoLz2Lg&bvm=bv.131783435,d.d24 (Consultado el 8 de septiembre de 2016)

388 <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio1/Archivo/2013/publicacion-40.pdf> (Consultado el 8 de septiembre de 2016). Pág. 7.

haya comprobado la existencia de condiciones laborales análogas a la esclavitud o el involucramiento en prácticas de trata de personas, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables? ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario)? ¿Quién determinaría la responsabilidad individual o colectiva de ser el caso?

Las sanciones pueden ser administrativas, disciplinarias y penales.

En Colombia el artículo 17 de la Constitución prohíbe expresamente “la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”. Tanto la Constitución (Artículo 44) como la normatividad sobre la protección a la infancia y adolescencia en Colombia, propenden por su extinción (Ley 1098 de 2006).

De manera específica existe la Ley 679 de 2001 cuyo objeto es “dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad, mediante el establecimiento de normas de carácter preventivo y sancionatorio, y la expedición de otras disposiciones en desarrollo del artículo 44 de la Constitución” (Artículo 1) y la Ley 1453 de 2011 penaliza con cárcel la explotación de menores.

En Colombia está considerada como conducta punible la trata de personas para “El que capte, traslade, acoja o reciba a

una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación”, mediante, entre otros, “los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre”, etc.³⁸⁹.

En materia laboral quizá lo más cercano al marco legal específico al que hace referencia la pregunta es la Ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral bajo la modalidades de persecución laboral (“carga excesiva de trabajo”), o inclusive conductas que hacen presumir la existencia de acoso laboral: “i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa; j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados” (Ley 1010 de 2006. Artículo 7).

Como ya se precisó el Ministerio del trabajo está facultado para imponer las sanciones a que haya lugar por la violación a las disposiciones legales vigentes, convenciones, pactos colec-

389 Ley 985 de 2005 “ARTÍCULO 3o. TRATA DE PERSONAS. El artículo

tivos y laudos arbitrales. Las sanciones administrativas proceden en contra de la gerencia, o de la empresa o del grupo empresarial.

Derecho a la seguridad social

17. ¿El Estado exige a las empresas contar con una política de seguridad social para los trabajadores?

Sí. En Colombia la Constitución establece en el Artículo 48³⁹⁰ la seguridad social como un derecho irrenunciable y como

188A de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 747 de 2002 y modificado por la Ley 890 de 2004, quedará así:

“Artículo 188A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación”.

“El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.”.

390 Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los

un servicio público de carácter obligatorio que puede ser prestado por entidades públicas o privadas. Dicho artículo también establece, entre otros parámetros para su desarrollo, el respeto por los derechos adquiridos (Acto Legislativo 1 de 2005).

Mediante la Ley 100 de 1993 “se crea el sistema de seguridad social”, legislación que a la fecha ha sido reglamentada y en reiteradas ocasiones modificada (Ley 797 de 2003, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1562 de 2012, entre las más importantes).

Dicho entramado jurídico regula tres subsistemas (salud, pensiones y riesgos laborales), pero adicionalmente se encuentra la Ley 1636 del 2013 que crea la protección al cesante mediante beneficios como aportes al sistema de salud y pensiones y lo relacionado con las cuotas monetarias del subsidio familiar.

El subsistema de pensiones contiene dos regímenes, el régimen solidario de prima media con prestación definida, que es administrado por COLPENSIONES y el régimen de ahorro individual con solidaridad que está a cargo de varios fondos privados. Ambos otorgan pensiones por la materialización de riesgos como invalidez, vejez y muerte, y otras prestaciones económicas (la mesada adicional y el auxilio funerario) previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada régimen, bien sea por el logro de un número de semanas cotizadas y la edad, o de manera pre-

recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

ponderante la conformación de un capital, respectivamente. Si se realizaron aportes, pero no se cumplen los requisitos para acceder a una pensión, opera la devolución de aportes o la indemnización sustitutiva. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes (Ley 797 de 2003, Artículo 2).

El subsistema de salud también posee dos regímenes: el subsidiado (“para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales”. Ley 100 de 1993, Artículo 156) y el contributivo (en donde actualmente están obligados a cotizar “los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes”. Ley 100 de 1993, Artículo 155), garantizando así a los habitantes del territorio nacional “la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías” (Ley 100 de 1993, Artículo 162). Las prestaciones que otorga este subsistema no son solo asistenciales sino también económicas (subsidio en dinero por incapacidad, licencia de maternidad o paternidad, etc.).

Deben estar afiliados al subsistema de riesgos laborales de manera obligatoria los trabajadores dependientes y de manera voluntaria los trabajadores independientes e informales (Ley 1562 de 2012). Por accidente de trabajo o por enfermedad laboral se reconocen los servicios asistenciales, así como las correspondientes prestaciones económicas como el pago por incapacidad temporal, la indemnización por incapacidad permanente parcial, la pensión de invalidez o de sobreviviente y el auxilio funerario.

El Gobierno Nacional amplió el plazo hasta el 31 de enero de 2017 para que se sustituya el programa de salud ocupacional por el nuevo Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto 1443 de 2014).

Expuesto el panorama general, el Decreto 2090 de 2003 (materialización de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente por la Ley 797 de 2003) define las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y señala “las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran” en aquellas actividades que implican “la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta”(Decreto 2090 de 2003. Artículo 1).

Son consideradas como “actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”, entre otras hipótesis (Decreto 2090 de 2003. Artículo 2).

Procede la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo cuando se cumpla con las exigencias normativas³⁹¹ sólo

391 Decreto 2090 de 2003: “**Artículo 3º.** *Pensiones especiales de vejez.* Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema Gene-

en el régimen de prima media con prestación definida (Decreto 2090 de 2003. Artículo 3), disposición que fue declarada exequible mediante la sentencia C-030 de 2009, dada la naturaleza de cada régimen en tanto en el de Ahorro Individual con Solidaridad sólo se exige “acumular un capital que le permita al afiliado obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, sin importar la edad o las semanas cotizadas” (Corte Constitucional. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La vigencia inicial del régimen de pensiones especiales para las actividades de alto riesgo en el Decreto número 2090 de 2003, fue prevista para el 31 de diciembre de 2014 pero mediante el Decreto 2655 de 2014 se prorrogó su vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2024.

ral de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 4º. *Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez.* La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.
 2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.
- La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Artículo 5º. *Monto de la cotización especial.* El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador”.

Dado que al empleador le incumben las obligaciones de protección y seguridad de los trabajadores (C.S.T. Artículo 55), y que debe procurar a estos locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades laborales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud (C.S.T. Artículo 55), entró en vigencia el Decreto 1335 de 1987 “mediante el cual se expide el reglamento de seguridad en las labores subterráneas”, derogado por el Decreto 1886 de 2015 (Artículo 263) “por el cual se establece el Reglamento de Seguridad en las Labores Mineras Subterráneas”. En este último se encuentra regulado lo relacionado con elementos y equipos de protección personal, medicina preventiva y del trabajo, ventilación, control de polvo, sostenimiento, transporte, explosivos, instalaciones eléctricas, prevención y extinción de fuegos e incendios, higiene y condiciones de trabajo, capacitación de atención de emergencias mineras y salvamento minero, entre las más relevantes.

Por lo demás, los trabajadores del sector de la minería se rigen por el régimen general antes expuesto.

Colombia no ha ratificado el Convenio 176 de 1995 de la OIT, sobre seguridad y salud en las minas.

Sindicalización

18. ¿Existen instancias de gobierno que velen por el ejercicio a la libre participación de trabajadores en Asociaciones Sindicales al interior de las empresas?

Sí. El Ministerio del Trabajo y los jueces desde distintos ámbitos: la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, la ordinaria penal y la constitucional.

A la Corte Constitucional se le confió “la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución” (C.Pol. Artículo 241). El artículo 39 de la Constitución establece que:

“Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.

El derecho de asociación ha sido delimitado y protegido mediante las sentencias que resuelven acciones de tutela y demandas de inconstitucionalidad, con fundamento no sólo en el artículo precedente sino en los Convenios 87 y 98 de la OIT, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (C-817 de 2008, entre otras). Este derecho es de naturaleza fundamental e “implica dimensiones individuales, colectivas

e instrumentales”³⁹² (Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2015).

La jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social tramita el procedimiento especial de “fuero sindical” (C.P.T. y de la S.S. Artículos 112 y siguientes) mediante el cual el empleador pretende probar una justa causa para obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, o para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto. También puede iniciar este proceso el trabajador amparado por fuero sindical que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo (C.P.T. y de la S.S. Artículos 118). Además, esta conoce mediante procedimiento ordinario los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo (C.P.T. y de la S.S. Artículo 2), por lo que aquí cabrían más hipótesis en donde se pretenda la protección del derecho de asociación.

También existe el procedimiento judicial de disolución, liquidación y cancelación del registro sindical (C.S.T. Artículo 380), que conoce el juez del trabajo del domicilio del sindicato, en su defecto, del circuito civil.

La jurisdicción penal ordinaria profiere sentencias condenatorias en virtud del artículo 200 del Código Penal, (declara-

392 “(i) **Individual**, que hace referencia a posibilidad que tiene el trabajador de afiliarse, de permanecer y de retirarse de la organización social. Esas opciones deben estar precedidas de la decisión libre y espontánea que tenga el trabajador, *“sin injerencia alguna o presiones externas, ni por parte del empleador ni incluso del mismo sindicato”*[Sentencia T-619 de 2013].

do exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-571 de 2012), el cual establece:

“VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

(ii). Un ámbito **colectivo**, en que los trabajadores deciden el gobierno y autogestión del sindicato, labor que debe desempeñarse de forma autónoma sin injerencia del empleador o de otros actores.

(iii). **Instrumental**, *“según la cual el derecho de asociación es el medio para que los trabajadores puedan lograr la consecución de algunos fines, especialmente el mejoramiento de sus condiciones laborales. Ello por cuanto, de acuerdo con el artículo 13 del Código Sustantivo, las normas de la legislación laboral tan solo constituyen un mínimo de garantías que bien pueden ser mejoradas mediante la negociación colectiva”* [Ibídem]. Además, se incluyen las funciones de: a) estudiar las características de la profesión u oficio, los salarios en estas, con el fin de promover el mejoramiento de esas condiciones; b) propiciar el diálogo entre la empresa y los empleados, relación que debe guiarse en la justicia, el mutuo respeto así como la observancia de la Ley; c) brindar la asesoría a sus afiliados para la defensa de sus derechos; d) incentivar la educación en sus miembros, entre otras[Código Sustantivo del Trabajo, artículo 372 numerales 1, 2, 4]”Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2015.

La pena de prisión será de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta descrita en el inciso primero se cometiere:

1. Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal.

2. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada.

3. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

4. Mediante engaño sobre el trabajador”.

El Ministerio del Trabajo ejerce la vigilancia y el control del cumplimiento de las normas del Código Sustantivo del Trabajo y “demás disposiciones sociales” (C.S.T., Artículo 485). Los inspectores de trabajo tienen las siguientes atribuciones:

“1. <Numeral modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa

con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean conveniente para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical” (Aparte subrayado del texto declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados. Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 2005).

Además de las facultades de hacer comparecer a sus despachos a los empleadores, de realizar visitas y ordenar las medidas preventivas que consideren pertinentes para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, el Ministerio del Trabajo puede imponer multas:

“2. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1610 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que indique el Gobierno, tendrán el carácter de autoridades de policía para lo relacionado con la vigilancia y control de que trata el numeral anterior y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de uno (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la normatividad vigente. Esta multa se destinará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

La imposición de multas, de otras sanciones o de otras medidas propias de su función como autoridades de policía laboral por parte de los funcionarios del Ministerio del Trabajo que cumplan funciones de inspección, vigilancia y control, no implican en ningún caso, la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias.

3. Las resoluciones de multas que impongan los funcionarios del Ministerio del Trabajo prestarán mérito ejecutivo. De estas ejecuciones conocerán los jueces del trabajo conforme al procedimiento especial de que trata el capítulo 16 del Código de Procedimiento del Trabajo”.

Según el Manual del Inspector del Trabajo y Seguridad Social, es su función “Adelantar investigación administrativa laboral por la presunta comisión de actos atentatorios contra el dere-

cho de asociación sindical”³⁹³. En dicho manual se indica al funcionario el bien jurídico protegido, la infracción y la sanción:

BIENES JURÍDICOS TUTELADOS	QUÉ SE PROTEGE	INFRACCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR	SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL LEGISLADOR
DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL	NEGOCIACIÓN COLECTIVA	Que el empleador se niegue a iniciar conversaciones en la etapa de arreglo directo (Art. 433 C.S.T num. 2)	Artículo 27 del Decreto 2531 de 1965 (5 a 10 SM mas alto por cada día de mora en negociar)
	ASOCIACIÓN SINDICAL	Presunta comisión de los actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical establecidos en el numeral 2 del artículo 354 del C.S.T. (Art. 354 del C.S.T, subrogado por el Art. 39 de la Ley 50 de 1990)	Artículo 39 de la Ley 50 de 1990 (5 a 100 salario mínimo mensual más alto vigente)

La Corte Constitucional ha limitado el alcance del Ministerio del trabajo para proteger el derecho de asociación sindical, tal y como se expresa en la sentencia C-734 de 2008:

“Las organizaciones sindicales adquieren la personería jurídica a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, es decir, desde su fundación³⁹⁴. En consecuencia, esta disposición cumple con los presupuestos del artículo 39 de la Constitución Política, en cuanto los sindicatos y asociaciones sindicales “se constituye por sí y ante sí, y únicamente por los trabajadores, sin intervención

393 http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/1877-manualdelinspector.html (Consultado el 8 de septiembre de 2016)

394 Artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 44 de la Ley 50 de 1990: “Toda organización sindical de trabajadores, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica.” La Ley 50 de 1990 tuvo “como finalidad adecuar las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo a los convenios de la O.I.T, y en cuanto a la personería jurídica de las organizaciones sindicales, propuso modificaciones sustanciales, tanto a nivel conceptual como procedimental, eliminando trámites y requisitos innecesarios para la constitución de sindicatos.” (Exposición de motivos de la Ley 50 de 1990, citada en la Sentencia C- 567 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra).

del Estado, y con el solo hecho de su fundación, en la respectiva asamblea constitutiva, en la que naturalmente quedará el acta de constitución.”³⁹⁵

...

La exigencia de inscripción del acta de constitución de un sindicato ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social- hoy, Ministerio de la Protección Social- para que pueda actuar como tal sólo tiene finalidad de publicidad, sin que implique control alguno por parte del Ministerio, respetando la no injerencia del Estado en el derecho de constituir una organización sindical, estipulado en el artículo 39 de la Carta Política”

Esta fue una de las razones por las cuales se declaró la exequibilidad del artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma prevé la comunicación al empleador y al inspector del trabajo sobre la realización de la asamblea de constitución del sindicato.

19. En caso haya vulneración al derecho de asociación por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresarial)?

La norma minera no contiene norma particular sobre la materia motivo por el cual éste tema se rige por el régimen gene-

³⁹⁵ Sentencia C- 567 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

ral normativo. El marco constitucional y legal colombiano relativo al derecho de asociación se encuentra contenido principalmente en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política y los artículos 59, 353 y 354 del Código Sustantivo de Trabajo. De igual manera, Colombia ratificó los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 por lo cual sus disposiciones son normas incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 59 del CST señala de general a los empleadores la prohibición de “Limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación”. De manera específica, el artículo 353 del CST (modificado por la Ley 584 de 2000) establece los derechos de asociación y el artículo 354 la protección especial del derecho de asociación en el cual se dispone lo siguiente:

Artículo 354. Protección del derecho de asociación. Modificado por el art. 39, Ley 50 de 1990.

1. En los términos del artículo 292 del Código Penal queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.

2. Toda persona que atente en cualquier forma contra el derecho de asociación sindical será castigada cada vez con una multa equivalente al monto de cinco (5) a cien (100) veces el salario mínimo mensual más alto vigente, que le será impuesta por el respectivo funcionario administrativo del trabajo. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Considérense como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador:

a). Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;

b). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;

c). Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;

d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y

e). Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma.

Como puede observarse, se alude a la norma contenida en el Código Penal (hoy el artículo 198) y establece la sanción de multa equivalente al monto de cinco (5) a cien (100) salarios mínimo mensual vigente a la persona que atente a través de cualquier forma contra el derecho de asociación sindical. Sobre esto es importante mencionar que la norma establece que la multa será sin perjuicio de las sanciones penales que haya lugar y que en el caso

colombiano se encuentran contenidas en el capítulo Octavo del Código Penal colombiano concerniente a los “Delitos contra la libertad de trabajo y asociación”.

En concordancia con lo expuesto, dispone en el artículo 198 del Código Penal colombiano:

Artículo 198. Violación de la libertad de trabajo. El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en multa.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa.

En ese orden de ideas, dispone el Código Penal que la violación a la libertad de trabajo dará lugar a una multa y si la conducta adicionalmente da lugar a la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa.

Igualmente, el artículo 200 del Código Penal (violación de los derechos de reunión y asociación) señala que incurrirá en multa “El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas [...]”.

En resumen:

- La norma especial laboral establece multa equivalente de cinco (5) a cien (100) salarios mínimos mensual vigente a la persona que atente a través de cualquier forma contra el derecho de asociación sindical, lo anterior sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

- La norma penal señala:

- o La violación a la libertad de trabajo y a los derechos de reunión y asociación dará lugar a una multa.

- o Si la violación de la libertad de trabajo adicionalmente da lugar a la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa.

Por otra parte, sobre las sanciones de orden individual o colectivo, se observa que la norma es clara a señalar que será responsable la “persona” que incurra en la conducta, con lo cual se incluye tanto la persona jurídica como la persona natural. En este punto es importante mencionar que en los casos de abuso del derecho nuestro ordenamiento jurídico sostiene la figura del levantamiento del velo corporativo con lo cual se permitiría perseguir el patrimonio de los socios de una determinada sociedad cuando ésta sea empleada con la intención de vulnerar, entre otros, los derechos de los trabajadores.

AFECTACIÓN A LA VIDA, INTEGRIDAD O SALUD

20. En caso haya vulneración al derecho a la vida, integridad (física, psíquica y moral) o salud por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia, empresa, grupo empresario) ?, ¿existen medidas de prevención?

La actividad minera en Colombia, es catalogada como una actividad peligrosa; siendo el Código Civil Colombiano, en el artículo 2356, el que ha regulado dicha figura en el ordenamiento jurídico, disponiendo que del desarrollo o ejecución de una actividad peligrosa se presume la culpa de quienes las realizan, sin que por ello se deduzca que haya ilicitud en la misma.

En virtud de dicha disposición legal, se aclara que en Colombia la minería se debe ejercer de forma legal, es decir con el debido reconocimiento de derechos otorgados por el estado colombiano para la exploración y explotación de los recursos minerales del subsuelo, toda vez que la Constitución Política (Art. 332) dispone que el Estado es el propietario de los recursos del subsuelo; entonces, al tratarse de una actividad lícita y debidamente reglamentada, la cual implica la asunción de riesgos por su naturaleza y ejecución, acarreando que sobre la misma exista la presunción de culpa del agente de dicha actividad, para efectos prácticos estaríamos entendiendo que el agente es el titular minero, es decir la persona (natural o jurídica), a quien el Estado Colombiano le ha reconocido el derecho a explorar y explotar los recursos minerales el subsuelo (el explotador – operador minero y/o el empleador).

Bajo el contexto planteado, no se desconoce que en diferentes zonas del país se han desarrollado diferentes tejidos socio – culturales en los cuales la minería ilegal ha sido fuente de conflicto por el territorio y la riqueza, sin embargo los diferentes gobiernos a lo largo de los años, han emprendido una batalla en contra de las actividades mineras ilegales, las cuales acarrean sanciones de carácter penal y ambiental especialmente

Con base en lo anterior, se deben tener presentes dos supuestos, el primero es la posibilidad que haya vulneración al derecho a la vida y a la integridad o salud de una persona, sean en virtud de la existencia de un contrato de trabajo o relación

laboral o de prestación de servicios entre el agente (titular minero, explotador y empleador) y la persona o personas a quienes se les vulneren dichos derechos; el segundo es que dichas afectaciones a la vida, integridad o salud, recaigan sobre personas con las cuales no haya ningún vínculo contractual de orden laboral o civil, relacionado con la ejecución de la actividad minera.

Así las cosas, se desarrollarán los dos supuestos señalados, con el objeto de dilucidar de forma clara el interrogante planteado:

a) Vulneración del derecho a la vida, a la integridad o salud de una persona, en virtud de la existencia de un contrato de trabajo o relación laboral o de prestación de servicios entre el agente (titular minero, explotador y empleador) y la persona o personas a quienes se les vulneran dichos derechos.

El artículo 97 de la Ley 685 de 2001 – código de Minas, dispone que:

“En la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer el personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a las empresas y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional”.

A través del decreto 1886 de 2015, se expidió el reglamento de seguridad las labores mineras subterráneas, aunque el decreto se denominó así, en el ámbito de aplicación del mismo se indica que este será de cumplimiento para las personas naturales y jurídicas que desarrollen actividades mineras subterráneas y de superficie.

Para tal efecto se tiene que si las normas dispuestas en dicho reglamento, son incumplidas, esto acareará la imposición de sanciones de carácter laboral (estas por la información que la autoridad minera remita al inspector de trabajo - autoridad laboral competente) y administrativas dispuestas en el código de minas, como lo son la imposición de multas o la caducidad del contrato de concesión minera, esta última por incumplimiento grave y reiterado de dichas obligaciones; lo anterior sin perjuicio de las investigaciones que se adelanten por las autoridades judiciales en caso de negligencia o culpa por parte del agente cuando ocurra la muerte o afectación a la salud del trabajador u operario minero a causa del desarrollo inadecuado o sin el lleno de los requisitos de la actividad.

En caso de verificarse el incumplimiento de alguna obligación relacionada con la aplicación del reglamento en mención y de conformidad con la Resolución 91544 de 2014, expedida por el Ministerio de Minas y Energía y por medio de la cual se reglamentan los criterios de graduación de las multas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales emanadas de los títulos mineros; la autoridad minera procederá a la imposición de multas

por los incumplimientos calificados por dicha resolución como moderados o graves, lo anterior con fundamento en el riesgo que representa para la vida, integridad y salud de los trabajadores y personas vinculadas al desarrollo de la actividad minera.

Ahora, dicha graduación de las multas, también tiene variaciones según la etapa en la que se encuentre el contrato de concesión minera, es decir que si el contrato está en etapa de exploración y construcción y montaje, dichas multas oscilan entre 27 y 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya en etapa de explotación la multa puede ser entre 80 y 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo a la producción estimada en el Programa de Trabajos y Obras - PTO, lo anterior debido a que los riesgos de accidentalidad en el desarrollo de la actividad aumentan cuando el yacimiento está siendo explotado.

En ese orden de ideas, se puede decir que en Colombia estas serían las sanciones administrativas y laborales que se derivan del potencial riesgo que existe por el incumplimiento grave a las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato de concesión minera, en las cuales se vulneren el derecho a la vida, integridad y salud de las personas, particularmente respecto de las cuales se predica un vínculo laboral o contractual civil, directamente relacionado con la ejecución de la actividad minera.

b) Vulneración al derecho a la vida, integridad o salud, recaigan sobre personas con las cuales no haya ningún vínculo contractual de orden labo-

ral o civil, relacionado con la ejecución de la actividad minera.

Bajo este supuesto, se analizan afectaciones a la vida, la integridad y salud de personas ajenas al desarrollo de la actividad minera, para lo cual, acudimos a la figura de la Responsabilidad Civil Extracontractual o a la acción penal, las cuales se derivan de la causación de un daño, solo que tienen efectos diferentes en el caso de la acción penal estamos frente a la comisión de un hecho tipificado por la ley como antijurídico, con lo cual se busca la imputar la causación del daño al causante del mismo y cuya conducta ha sido calificada como delito, en el caso de la Responsabilidad civil extracontractual hablaríamos de una forma de indemnizar el daño causado, como medida reparativa en favor de la persona a la que se le vulneró el derecho a la vida, integridad o salud.

En todo caso e independientemente de las sanciones de orden administrativo a las que se ve expuesto el agente, se debe tener claro que si por acción u omisión se determina que hubo algún grado de culpabilidad y la conducta está tipificada como antijurídica, mediando o no vínculo contractual entre el agente y la persona a la que se le vulneró el derecho a la vida, integridad o salud, aquel debe ser sujeto de investigación penal y en el mismo sentido estaría expuesto a las penas que el código penal colombiano establece para los delitos asociados con los bienes jurídicos en mención es decir a los que hace referencia el Código Penal

Colombiano en el Libro Segundo, Título I, Delitos contra la Vida y la Integridad Personal.

Es decir que siempre que se verifique la causación de daño a la vida, integridad y salud, relacionado con el desarrollo de actividades mineras, las sanciones administrativas no excluyen la imposición de sanciones penales y/o civiles existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con base en lo mencionado anteriormente, las sanciones existentes por las vulneraciones a los derechos en mención ocasionados con base en la ejecución de actividades mineras en Colombia son: Laborales, Administrativas de tipo minero, penales y civiles (las dos últimas según el daño, en el caso de la pena según la tipificación de la acción, el bien jurídico vulnerado y el grado de culpabilidad).

Medidas preventivas

Consideramos que las medidas adoptadas como preventivas son las ejercidas por el Estado Colombiano a través de la Autoridad minera competente, tal como lo dispone el **artículo 318 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas)**. *“Fiscalización y vigilancia*. La autoridad minera directamente o por medio de los auditores que autorice, ejercerá la fiscalización y vigilancia teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 279 de este Código, de la forma y condiciones en que se ejecuta el contrato de concesión tanto por los aspectos técnicos como por los operativos y ambientales, sin perjuicio de que sobre estos últimos la autoridad ambiental o sus

auditores autorizados, ejerzan igual vigilancia en cualquier tiempo, manera y oportunidad”.

Es decir que con el debido ejercicio de esta obligación de la autoridad minera, en especial en lo relacionado con vigilancia sobre aspectos de seguridad minera dispuestos en el Decreto 1885 de 2015, se podrían minimizar los riesgos existentes e implícitos en esta actividad, por lo que, se puede considerar esto como una medida preventiva para salvaguardar el derecho a la vida, integridad y salud de las personas.

21. ¿Se han presentado casos o experiencias emblemáticas de violaciones de derechos de activistas o defensores de derechos humanos relacionados al ámbito minero? De ser así, descríbalos. ¿Existen mecanismos o instituciones específicas de protección para activistas o defensores de derechos humanos?

En el caso colombiano, la situación de inseguridad de los activistas o defensores de derechos humanos es bastante delicada, por el contexto de conflicto armado interno. Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se identifican cuatro claras modalidades de vulneración a los derechos de estos individuos dentro de los cuales se identifican las situaciones a raíz de las tierras, la exigencia de justicia, el liderazgo social y político y el activismo por la paz³⁹⁶. En el caso

396 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia, 2015,

puntual del sector minero encontramos que son los primeros tres supuestos por los cuales se presentan violaciones a activistas que se encuentran en clara oposición a esta industria. Es así como podemos ver que de acuerdo con cifras ofrecidas por Organizaciones No gubernamentales como Pensamiento y Acción Social, casi el 50% de los homicidios y amenazas en contra de defensores de derechos humanos son por asuntos relativos a la restitución de tierras y la minería³⁹⁷.

A lo anterior hay que sumar dos factores adicionales que son los que permiten asegurar que *per sé* la mayoría de los casos que se presentan en Colombia podrían catalogarse como emblemáticos. En primer lugar el factor subjetivo-territorial, debido a que una por los sectores en los que se presentan estas iniciativas mineras -tales como el Cauca- son territorios donde se encuentran grandes concentraciones indígenas y en donde hay verdadero activismo y oposición a estas iniciativas. Pero por otro lado, por la situación histórica que se ha venido desarrollando desde el 2012 con las negociaciones entre el Gobierno y las FARC-EP, se han intensificado el ataque a los defensores de derechos humanos por cuanto otros grupos ilegales han entrado en una dinámica violenta

versión avanzada no editada.A/HRC/31/3/Add.2 Disponible en:http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe_anual_2015.pdf

397 Para los defensores de DDHH, la guerra no para. 14 de marzo del 2016. <http://www.pas.org.co/para-los-ddhh-guerra-no-para> [Consultado el 13 de septiembre del 2016]

en la búsqueda del control de las zonas mineras que anteriormente venía explotando ilegalmente la guerrilla de las FARC.

En lo que va corrido del año 2016 han ocurrido más de catorce (14) asesinatos de líderes sociales, activistas y defensores de derechos humanos que se oponían a la minería legal e ilegal³⁹⁸. Dentro de ellos se identifican cuatro indígenas pertenecientes a la Comunidad Indígena Awá que eran ciudadanos ejemplares por cuanto no solo se dedicaban a la defensa de los derechos humanos sino también ejercían el rol de profesores. También se encuentra el caso de William Castillo, líder de la oposición a la minería en El Bagre, municipio de Antioquia caracterizado por el fuerte impacto que ha tenido el conflicto armado en él.

Por otra parte, podríamos incluso advertir que existe algo así como una campaña en contra de este tipo de activismo, tal y como se puede apreciar en el conocido caso Meneses, en el cual se asesinó a varios líderes tradicionales e históricos del Comité de Integración del Macizo Colombiano –CIMA- y del Proceso Campesino e Indígena de Almaguer –PROCAMINA- que han venido advirtiendo sobre los efectos de la minería en el departamento del Cauca.

398 YAGOUB, Mimi. Insight Crime. Defensores de derechos humanos en Colombia mueren por la paz. 12 de septiembre del 2016. Disponible en: <http://es.insightcrime.org/analisis/defensores-derechos-humanoscolombia-mueren-paz> ALERTA EN EL CAUCA POR AGUDIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Red por la Vida y los Derechos Humanos del Cauca. 3 de marzo del 2016. Disponible en: http://justiciaypazcolombia.com/IMG/pdf/alerta_en_el_cauca-red_por_la_vida.pdf

Un último caso que es menester traer a colación es el del asesinato del Padre José Reinel Restrepo Idarraga en 2011 quien fue un defensor de los derechos y crítico abierto del proyecto de minería de oro a cielo abierto de la multinacional canadiense Gran Colombia Gold en Marmato (Antioquia) y que fue asesinado tras recibir amenazas por parte de las Águilas Negras en las que se advertía de su inclusión en una lista de la muerte por estar en contra del desarrollo del país³⁹⁹.

Frente a los mecanismos o instituciones de protección de los defensores de derechos humanos en Colombia, se pueden identificar al menos tres que buscan lograr una protección o como mínimo aumentar la seguridad de los defensores de derechos humanos. En primer lugar, encontramos que el Código Penal (Ley 599 del 2000) trae como una causal de agravación de varios delitos el hecho que se adelanten en contra de este tipo de activistas. En segundo lugar, encontramos la Unidad Nacional de Protección, creada por el Decreto 4065 el 2011 que pretende la protección de las personas que estén en una situación de riesgo extraordinario o extremo, entre otras razones, por ser defensores de derechos humanos. Y finalmente encontramos una serie de instituciones y programas que se dedican en general a la protección de los derechos humanos como lo es el caso de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos o el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas.

399 ABColombia. Regalándolo todo: Las consecuencias de una política minera no sostenible en Colombia. Disponible en: http://www.abcolombia.org.uk/downloads/Giving_it_Away_mining_report_SPANISH.pdf

AFECTACIÓN A LA PROPIEDAD

22. ¿Qué tipo de medidas normativas han sido elaboradas para garantizar el respeto al derecho de propiedad de terceros por parte de empresas de la cadena minera, en todas las fases de sus actividades?

El Código de Minas colombiano incluyó un procedimiento de servidumbres mineras y expropiaciones a favor de esta industria en el cual se deben reconocer indemnizaciones a los propietarios superficiarios. Se han surtido intentos fallidos para mejorar esta normatividad.

En materia del derecho de propiedad de las comunidades étnicas sobre sus territorios, se han adoptados varias disposiciones legales específicas que obligan al empresario privado a adelantar su actividad sin desmedro de las características económicas y culturales de estas comunidades. Así mismo, en Colombia se in-

corporó el Convenio 169/1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales, especialmente en cuanto al derecho de consulta previa, el cual ha tenido amplio desarrollo de la Corte Constitucional.

23. ¿Qué tipo de mecanismos administrativos existen para proteger el derecho de propiedad y otros derechos reales en zonas de extracción de recursos mineros?

La fijación de la caución a favor del propietario o poseedor de los predios sirvientes se hace mediante proceso administrativo ante el alcalde municipal (servidumbres mineras). El proceso de expropiación tiene una etapa administrativa que se surte ante la autoridad minera nacional. En ambos procesos se designa a un tercero que valore el perjuicio según las normas establecidas en el Código de Minas y existen recursos administrativos, así como revisión judicial posterior. En todo caso, el concesionario minero debe pagar una indemnización al beneficiario de los derechos reales.

24. ¿En caso haya vulneración al derecho de propiedad y otros derechos reales por parte de empresas de la cadena minera, ¿qué tipo de sanciones (penales, civiles, laborales, administrativas) se determinan para los responsables?, ¿existen sanciones individuales o colectivas (gerencia,

empresa, grupo empresario)? ¿existen medidas de prevención?

Desde el punto de vista de la normatividad minera, las causales de caducidad del contrato de concesión minera están taxativamente reguladas en el Código de Minas y dentro de las mismas no se encuentra incluida una que tenga que ver directamente con la vulneración del derecho de propiedad y otros derechos reales por parte de empresas de la cadena minera. No obstante, si esta vulneración a su vez implica el incumplimiento de las normas de carácter técnico a que está obligado el empresario minero, podría configurarse una causal de caducidad, una vez agotado el debido proceso administrativo ante la autoridad minera nacional.

En igual sentido, si la vulneración al derecho de propiedad y/o a otros derechos reales implica a su vez una infracción a las normas ambientales, podría resultar en una medida preventiva o sancionatoria dentro del procedimiento a cargo de la autoridad ambiental competente.

25. ¿Cuáles son las instituciones estatales responsables por la autorización, control y fiscalización del uso de la tierra y otros recursos apropiables? ¿En el país hay expropiación para fines mineros?

En Colombia la propiedad es un derecho fundamental, que tiene una función social y ecológica y que por lo tanto implica

obligaciones (art. 58 C.Pol). Entonces, por regla general, son los propietarios superficiarios los que tienen el control sobre sus tierras y demás recursos apropiables, siempre y cuando haya adquirido sus derechos conforme a los requerimientos legales.

En la historia institucional colombiana se han creado varias entidades relacionadas con el uso de la tierra:

-INCORA: era el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y estaba adscrito al Ministerio de Agricultura. Sus objetivos eran: coordinar a la institucional estatal competente para aplicar la reforma agraria, apoyar a los campesinos en la financiación y en el acceso a la tierra, determinar las zonas en las cuales debían ejecutarse los programas a su cargo, otorgar subsidios a los campesinos.

-INCODER -en liquidación-: establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura, cuyo objetivo es ejecutar la política agropecuaria y de desarrollo rural, facilitar el acceso a los factores productivos, propiciar la articulación institucional en el medio rural y contribuir a la calidad de vida de los pobladores rurales.

En la actualidad, en Colombia se están realizando reformas institucionales para abordar las funciones del INCODER y ajustar estos procesos a la restitución de tierras despojadas como consecuencia del conflicto armado.

En este contexto, los jueces de restitución de tierras despojadas han sido los llamados a dirimir conflictos entre el ejercicio de la minería y los derechos de propiedad y uso del suelo.

Por otro lado, las autoridades ambientales (nacionales y regionales), según sus competencias, tienen la competencia de fiscalizar el uso de los recursos naturales renovables para lo cual podrán imponer sanciones y hacer requerimientos a los propietarios superficiales.

En Colombia sí hay expropiación con indemnización para fines mineros dado que esta actividad es considerada por el legislador como de utilidad pública e interés social.

MEDIO AMBIENTE

26. ¿El ordenamiento jurídico prevé espacios territorialmente protegidos, como florestas nacionales, parques, unidades de conservación, tierras indígenas, pueden ser objeto de proyectos de extracción minera? De ser así, explique el procedimiento.

En Colombia existen zonas restringidas y excluibles de la minería, tal como lo señala el Código de Minas. (Ley 685 de 2011). Colombia ha establecido un marco normativo, tanto nacional como internacional, de acuerdo con el cual ha adquirido compromisos y obligaciones encaminadas a la protección de áreas específicas de especial importancia ecológica. No obstante, existen mecanismos como la sustracción, que permiten la realización de proyectos en algunas zonas excluidas, con el fin de buscar un equilibrio entre el

desarrollo económico y la protección del medio ambiente. (Amaya Arias, 2013).

De acuerdo con la normatividad, existen principalmente las siguientes zonas:

- **Zonas excluibles de la minería.** De acuerdo con el artículo 34, “no podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero. Para que puedan excluirse o restringirse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en las zonas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente, el acto que las declare deberá estar expresamente motivado en estudios que determinen la incompatibilidad o restricción en relación con las actividades mineras. No obstante, la autoridad minera previo acto administrativo fundamentado de la autoridad ambiental que decrete la sustracción del área requerida, podrá au-

torizar que en las zonas mencionadas en el presente artículo, con excepción de los parques, puedan adelantarse actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión. Para tal efecto, el interesado en el Contrato de Concesión deberá presentar los estudios que demuestren la compatibilidad de las actividades mineras con tales objetivos”.

- **Zonas de minería restringida.** De acuerdo con el artículo 35, podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en algunas zonas y lugares, con las restricciones señaladas en la norma: perímetro urbano de las ciudades o poblados, áreas ocupadas por construcciones rurales, zonas definidas como de especial interés arqueológico, histórico o cultural, playas, zonas de bajamar, áreas ocupadas por una obra pública o adscritas a un servicio público, zonas constituidas como zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras, zonas mineras mixtas.

En el siguiente cuadro se exponen las principales zonas que gozan de algún tipo de protección frente a la actividad minera, el tipo de restricción que tienen (absoluta o relativa) y el trámite adicional que se debe realizar para permitir la actividad minera, en los casos en los que la restricción sea relativa⁴⁰⁰.

400 Tomado de Amaya Arias, A.M. (2013). “Las zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en Colombia”. En Minería, Energía y Medio Ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zona		Restricción	Trámite Adicional
Reservas Especiales	Reservas Especiales destinadas a la realización de proyectos mineros estratégicos (Minería tradicional)	Absoluta	N/A
	Reservas Especiales destinadas a realizar un proceso de selección objetiva.	Relativa	Participar en el proceso de licitación.
	Reservas Especiales realizadas por INGEOMINAS.	Relativa	Participar en la entrega del área para realizar los estudios correspondientes.
Zonas de Seguridad Nacional		Absoluta	N/A
Zonas Excluidas	Las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales.	Absoluta	N/A
	Los parques naturales regionales.	Absoluta	N/A
	Las zonas de reserva forestal.	Relativa	Sustracción temporal y definitiva, siempre que no se trate de reservas forestales protectoras.
	Los ecosistemas de páramo.	Absoluta	N/A
	Humedales incluidos dentro de la lista de humedales de importancia internacional en virtud de lo dispuesto en la Convención Ramsar.	Absoluta	N/A

Zona		Restricción	Trámite Adicional
Zonas Restringidas	Perímetro Urbano de ciudades o poblados.	Relativa	Que no esté expresamente prohibido en las normas ambientales en concordancia con el POT.
	Áreas ocupadas por construcciones rurales	Relativa	Contar con el consentimiento del dueño o poseedor, y que no haya peligro para la salud e integridad.
	Zonas de Interés arqueológico, histórico y cultural	Relativa	Contar con la autorización de la autoridad competente.
	Playas, zonas de bajamar y trayectos fluviales.	Relativa	Contar con la autorización de la autoridad competente.
	Área ocupada por una obra pública o adscrita a un servicio público.	Relativa	-Permiso previo de la persona a cargo de la obra o servicio. -Que las normas aplicables no sean incompatibles con la actividad minera a desarrollar. -Que no se afecte la estabilidad de las construcciones o instalaciones

Zona		Restricción	Trámite Adicional
Zonas Restringidas	Zonas Mineras Indígenas	Relativa	Que las autoridades comunitarias, dentro del plazo señalado, no ejerzan su derecho de preferencia.
	Zonas Mineras de Comunidades Negras	Relativa	
	Zonas Mineras Mixtas	Relativa	
	Arrecifes de Coral y Manglares	Absoluta	N/A
Zonas Marinas	Pastos Marinos	Relativa	Pendiente reglamentación por parte del Gobierno.

27. ¿Qué tipo de medidas normativas existen que obliguen a las empresas a tener procesos para identificar, prevenir, mitigar y resarcir los posibles daños al medio ambiente de sus operaciones, productos o servicios? ¿Existen mecanismos de evaluación del impacto ambiental en la actividad minera?

Sí, en Colombia la actividad minera se encuentra sujeta a la Licencia Ambiental Global, trámite que conlleva la realización de un Estudio de Impacto Ambiental, en el cual el solicitante debe analizar los impactos socio ambientales y los posibles daños al medio ambiente que se puedan derivar de la actividad, así como las medidas de compensación, prevención, mitigación, etc.

28. ¿El Estado exige a las empresas comunicar, informar y consultar a las comunidades donde operan de los posibles impactos de sus operaciones en el medio ambiente?

Sí. De acuerdo con el artículo 15 del Decreto 2041 de 2014, Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. Asimismo, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales.

29. ¿Existen mecanismos / entidades estatales de fiscalización, monitoreo y supervisión de empresas respecto a posibles daños al medio ambiente?

Para dar una respuesta concreta, es indispensable señalar que en Colombia, quien pretenda desarrollar actividades mineras debe obtener una licencia ambiental global por parte de la autoridad ambiental competente, la calidad de global significa que esta comprende toda el área de explotación solicitada. Dicha licencia es necesaria para la construcción y montaje de infraestructura, explotación, beneficio y transporte interno de minerales o ma-

teriales, es decir, constituye un requisito previo e indispensable para el inicio de estas actividades.

La licencia ambiental, en general, no es nada diferente a una autorización que expide la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que sea susceptible de generar deterioro grave en los recursos naturales renovables o modificaciones notorias en el paisaje. En consecuencia, los objetivos que persigue el ordenamiento jurídico con esta figura es prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales de lo que se autoriza, de tal manera que esto no desemboque en daños ambientales. La autoridad ambiental competente varía de acuerdo con las características de la actividad minera que se busque llevar a cabo.

De esta manera, será de manera privativa la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) en los siguientes eventos:

[...] La explotación minera de:

a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea mayor o igual a ochocientos mil (800.000) toneladas/año;

b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos:

Cuando la producción proyectada sea mayor o igual a seiscientos mil (600.000) toneladas/ año para las arcillas o mayor o igual a doscientos cincuenta mil (250.000) metros cúbicos/ año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos;

c) Minerales metálicos y piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea mayor o igual a dos millones (2.000.000) de toneladas/año;

d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea mayor o igual a un millón (1.000.000) toneladas/año. [...] (Decreto 1076 de 2015, art. 2.2.2.3.2.2., núm. 2).

Ahora bien, será alguna de las siguientes entidades: 1. Corporaciones Autónomas Regionales (CARS); 2. Corporaciones Autónomas de Desarrollo Sostenible (CADS); 3. Grandes Centros Urbanos, 4. Distrito Portuario e Industrial de Barranquilla; 5. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias; 6. Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta; en los casos en los que la actividad minera esté ubicada en la jurisdicción territorial de alguna de estas y si concurre alguna de las siguientes condiciones:

[...] La explotación minera de:

a) Carbón: Cuando la explotación proyectada sea menor a ochocientos mil (800.000) toneladas/año;

b) Materiales de construcción y arcillas o minerales industriales no metálicos:

Cuando la producción proyectada de mineral sea menor a seiscientos mil (600.000) toneladas/año para arcillas o menor a doscientos cincuenta mil (250.000) metros cúbicos/año para otros materiales de construcción o para minerales industriales no metálicos;

c) Minerales metálicos, piedras preciosas y semipreciosas: Cuando la remoción total de material útil y estéril proyectada sea menor a dos millones (2.000.000) de toneladas/ año;

d) Otros minerales y materiales: Cuando la explotación de mineral proyectada sea menor a un millón (1.000.000) toneladas/año. [...] (Decreto 1076 de 2015, art. 2.2.2.3.2.3., núm. 1).

Así las cosas, la autoridad ambiental que haya otorgado la licencia ambiental es la que debe efectuar control y seguimiento sobre las actividades mineras, para lo cual podrá valerse de los siguientes mecanismos: 1. Visitas al lugar en el que se adelantan las actividades de minería; 2. Hacer requerimientos; 3. Imposición de obligaciones ambientales; 4. Corroborar técnicamente, mediante pruebas, la información que le ha aportado el titular de la licencia ambiental.

Además, la autoridad ambiental competente puede solicitar apoyo de las entidades científicas adscritas y vinculadas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para el cumplimiento de estas labores, las cuales tienen los siguientes propósitos específicos:

[...] 1. Verificar la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo implementadas en relación con el plan de manejo ambiental, el programa de seguimiento y monitoreo, el plan de contingencia, así como el plan de desmantelamiento y abandono y el plan de inversión del 1%, si aplican.

2. Constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven de la licencia ambiental o plan de manejo ambiental.

3. Corroborar el comportamiento de los medios bióticos, abióticos y socioeconómicos y de los recursos naturales frente al desarrollo del proyecto.

4. Revisar los impactos acumulativos generados por los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental y localizados en una misma área de acuerdo con los estudios que para el efecto exija de sus titulares e imponer a cada uno de los proyectos las restricciones ambientales que considere pertinentes con el fin de disminuir el impacto ambiental en el área.

5. Verificar el cumplimiento de los permisos, concesiones o autorizaciones ambientales por el uso y/o utilización de los recursos naturales renovables, autorizados en la licencia ambiental.

6. Verificar el cumplimiento de la normatividad ambiental aplicable al proyecto, obra o actividad.

7. Verificar los hechos y las medidas ambientales implementadas para corregir las contingencias ambientales ocurridas.

8. Imponer medidas ambientales adicionales para prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales no previstos en los estudios ambientales del proyecto. [...] (Decreto 1076 de 2015, art. 2.2.2.3.9.1., núm. 1-8).

Por último, es necesario poner de presente que la autoridad ambiental competente puede delegar su función de control y seguimiento en otra u otras autoridades ambientales a través de

la celebración de convenios interadministrativos, así como puede, en el caso de la ANLA, comisionar a otras autoridades ambientales para la práctica de pruebas, medidas o diligencias que se requieran, y, tratándose de las CARS o CADS, comisionar a los municipios, distritos y áreas metropolitanas para los mismos fines.

30. ¿El Estado exige a las empresas establecer mecanismos de indemnización y reparación ambiental en caso hayan provocado o hayan contribuido a provocar consecuencias negativas en la población o el medio en el que se desarrolla esta? ¿Hay casos recientes de empresas sancionadas?

En Colombia, para casos de daños ambientales y ecológicos producidos por la actividad minera no se ha configurado un sistema de responsabilidad particular. Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido la tendencia de determinar responsabilidad por dichos daños a partir del régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el art. 2341 y siguientes del Código Civil, a pesar de que se ha estimado que es difícil encuadrar estos daños en todos los elementos de la responsabilidad mencionada.

Ahora bien, un aspecto muy importante de la reparación de los daños mencionados en el ámbito nacional es que esta no puede obedecer a una visión meramente condenatoria o punitiva, sino que debe estar encaminada al restablecimiento de los daños, esto es, a la reparación in natura que supone que el bien

ambiental lesionado quede en las condiciones anteriores al daño, es decir, como si el daño jamás hubiera acaecido, lo cual es una tarea sumamente compleja en materia ambiental, toda vez que en la mayoría de eventos es imposible lograrla, motivo por el cual, cuando así sea, o sea, cuando no se pueda regresar el bien a su estado anterior, es menester buscar otra forma reparatoria dirigida a dejar el bien en la forma más similar posible a la forma en la que estaba, lo que implica la imposición de obligaciones de hacer u obligaciones de dar dinero, estas últimas para llevar a cabo las acciones necesarias y pertinentes para que el bien lastimado quede en su estado anterior o en uno similar, de tal manera que pueda cumplir sus funciones ecosistemas en las mismas condiciones o en unas muy parecidas. No obstante, cuando se tenga claro que es absolutamente inviable restaurar el bien ambiental dañado, es necesario que la indemnización se dirija hacia el favorecimiento de otro bien ambiental similar, debido a que los elementos de la naturaleza están íntimamente relacionado, entonces, si bien no se repara el bien lesionado, si se repara el sistema como un todo.

Por otro lado, frente a los daños causados a la población por actividades mineras, esta puede acudir a las acciones de la Ley 472 de 1998, esto es, la acción popular o la acción de grupo, esta última si se trata de un grupo de personas que, por lo menos, está conformado por 20 personas que se encuentran en las mismas condiciones respecto a un mismo hecho que les está generando perjuicios, pero que en caso de resultar triunfantes en el proceso respectivo recibirán una indemnización individual. Estos

dos tipos de acciones son los medios procesales por excelencia para buscar la indemnización de perjuicios sufridos en derechos e intereses colectivos.

Por último, los casos recientes de empresas que han afectado el medio ambiente con sus actividades mineras se encuentran en las siguientes sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 29 de marzo de 2007, exp.: AP-19001-23-31-000-2003-01327-01.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 17 de febrero de 2011, exp.: AP-05001-23-31-000-2005-0213-01.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 18 de mayo de 2011, exp.: AP-05001-23-31-000-2005-0329-01.

DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES

31. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que exija y garantice los derechos colectivos de pueblos indígenas y afrodescendientes en función a las operaciones, servicios y/o productos de las empresas que puedan afectar sus derechos colectivos? Tener en cuenta que es objeto de interés tanto cuando el sujeto pasivo es la comunidad, como cuando lo son sus integrantes considerados como personas con protección reforzada de sus derechos.

El Estado no cuenta con un marco normativo que exija y garantice los derechos colectivos de pueblos indígenas y afrodescendientes en función a las operaciones, servicios y/o productos de las empresas que puedan afectar sus derechos colectivos,

hay una ausencia de mecanismos eficientes y oportunos para el respeto y garantía de los derechos de las comunidades afectadas por el desarrollo de la actividad minera. La política pública y las actuaciones institucionales carecen de un enfoque de derechos humanos.

Colombia cuenta con una serie de procedimientos y mecanismos que permiten tramitar peligros, quejas, reclamos o diversas situaciones de vulneración de los derechos. Los mecanismos que generalmente usan por los pueblos y comunidades son: derecho de petición, acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular y acción de grupo. Sin embargo, estos mecanismos presentan una serie de debilidades.

32. ¿El Estado cuenta con un marco normativo que garantice los procedimientos para realizar una evaluación del impacto real y/o potencial de las actividades sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes?

El Estado Colombiano, sí cuenta con un marco normativo formal que garantice los procedimientos para realizar una evaluación del impacto de las actividades sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Ley 99 de 1993, “Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de

1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

El Decreto 2041 de 2014, por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, en su Artículo 15, dice que la Socialización del estudio de impacto ambiental - EIA audiencias públicas ambientales, se debe informar a las comunidades el proyecto con énfasis en sus impactos y las medidas, para que el responsable de esta socialización valore si se incluyen esos aportes en el proceso de la licencia ambiental.

El marco normativo colombiano reconoce los principios de precaución y prevención, como criterio orientador de la intervención del Estado en los procesos de evaluación de impactos.

Las Directiva Presidenciales No. 1 de 2010, y No. 10 del año 2013, establecen directrices sobre las reglas de procedimiento establecidas para la consulta, en la cual se valoran los impactos.

Es menester aclarar, que las normas para la realización de estudios de impacto, planeación ambiental y licenciamiento son con frecuencia en ejercicio de trámite y no están orientadas a objetivos claros de protección de los derechos. Existe una ausencia de políticas enfocadas en la protección de derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, y pocos mecanismos eficientes y oportunos para y comunidades afectadas por el desarrollo de la actividad minera.

33. ¿Qué tipo de medidas normativas existen para garantizar el derecho a la propiedad comunal indígena o afrodescendiente en zonas de extracción de recursos minerales?

El Estado Colombiano, tiene varios instrumentos:

- Para los **Indígenas**, hay una legislación que comprende la Constitución Política de colombiana de 1991, Artículo 63. Las tierras comunales de grupos étnicos, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, Artículos 246, 286 y 287, establecen los territorios indígenas como entidades territoriales y garantizan el derecho de los pueblos indígenas a gobernar sus territorios de acuerdo con la Constitución. Véase también los Artículos 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, y Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con participación de los representantes de las comunidades indígenas. Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.

2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.

3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.

5. Velar por la preservación de los recursos naturales.

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

- Para los **afrodescendiente**, se rescata el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, ordeno el desarrollo de Ley 70 del 1993, que reconoce a las comunidades negras de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva y establece mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social.

El Decreto 1745 DE 1995. Derecho de propiedad colectiva a comunidades negras. Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones. Faculta para que los consejos establezcan reglamentos internos. Artículo

4°. Para los efectos del presente Decreto, la Asamblea General es la máxima autoridad del Consejo Comunitario; Artículo 6°. Funciones de la Asamblea General:

4. Aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, cumpliendo las condiciones previstas en el artículo 7° de la Ley 70 de 1993 y de acuerdo con el sistema de derecho propio de la comunidad.

(...)

11. Velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de conformidad con la legislación ambiental y las prácticas tradicionales de producción y demás que garanticen el manejo sustentable de los recursos naturales.

34. ¿El Estado cuenta con medidas normativas específicas que exijan a las empresas respetar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y afrodescendientes desde su propia concepción?

El Estado colombiano si cuenta con medidas normativas específicas que exijan a las empresas respetar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y afrodescendientes desde su propia concepción, de acuerdo a lo establecido en las siguientes leyes: Ley 160/1994, Ley 21/ 91, Ley 99 de 1993 Decreto-Ley 4633/ 2011, Decreto-Ley 4635/ 2011, Ley 99 de 1993. Se garantiza que la explotación de los recursos naturales en las comunidades indígenas y negras debe hacerse sin desmedro de la integridad

cultural, social y económica, de acuerdo con su cosmovisión en los planes de vida y de etnodesarrollo.

35. ¿Hay procesos de consulta a pueblos indígenas y afrodescendientes como parte de las actividades previas a la exploración o explotación minera?

Hay formalmente establecido el derecho a la consulta previa libre e informada, pero es pertinente aclarar, que los procesos de Consulta Previa llevados a cabo para las actividades de exploración o explotación minera, en muchos casos se obvian y cuando se hacen en la mayoría de las veces no corresponden a los estándares de la constitución, el convenio 169 de 1989 de la OIT, las Leyes 21 de 1991, 99 de 1993, 70 de 1993. Lo mismo que en reiterados fallos en los que la Corte Constitucional, se ha pronunciado en varios casos, entre ellos se encuentran las Sentencia C-169 de 2001, Sentencia C-891 de 2002, Sentencia SU-383 de 2003, Sentencia T-880 de 2006, Sentencia C-208 de 2007, C-227 de 2008 y la Sentencia C-030 de 2008, Sentencia SU383/03, Sentencia T-382/06, Sentencia C-169/01, Sentencia C-891/02, Sentencia T-880/06, Sentencia T - 955 de 2003, C- 461/08, T 154/09, C- 175/09, C- 615/09, Sentencia T-547 de 2010, Sentencia T- 129 de 2011, T-135 de 2013.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

36. ¿Existen marcos normativos sobre participación ciudadana ambiental que sean parte del proceso de actividades de exploración y/o explotación minera? En caso existiera información al respecto, indique ¿cuál es el nivel de involucramiento de la ciudadanía a través de procedimientos y mecanismos de participación relacionados con actividades de exploración y/o explotación minera?

Sí. Atendiendo la concepción de *Estado Social de Derecho y Democracia participativa* propios de la dirección dada a la Constitución Política de 1991, el artículo 79 de esa estructura, fue coherente al reconocer un derecho de naturaleza colectiva como es el de gozar de un medio ambiente sano, y paralelamente determinar la obligatoriedad del sistema legal, en garantizar la participación

comunitaria en las decisiones públicas, que de una u otra forma, pudieran afectar esos intereses colectivos.

Es indudable la marcada influencia que la Carta tuvo frente a la protección, uso sostenible y administración de los recursos naturales renovables; en varios de sus preceptos, se nota con facilidad, como el medio ambiente es: a) Una responsabilidad del Estado, b) Un derecho colectivo, c) Una limitante a la propiedad privada, d) Un direccionador del modelo de desarrollo económico, e) Un elemento propio de la política internacional del Estado, y f) Un eje transversal de la administración pública.

Así las cosas, la Ley 99 de 1993 interpretando las orientaciones constitucionales referidas al tema ambiental, entre otros aspectos, creó e implementó el Sistema Nacional Ambiental y estableció dentro de sus contenidos, una serie de mecanismos que le permitieran a la comunidad, intervenir frente a la administración pública, en aquello relacionado a la guarda de su derecho al ambiente sano.

Sin embargo, la esfera de la participación ambiental tiene operatividad en un ámbito más amplio que el de la sola administración, encontrando maniobrabilidad también en la esfera política y judicial.

Debe reseñarse que, para la actividad de exploración y explotación minera, no existen unos mecanismos de participación específicos y diferentes, sino que aquellos tienen cobertura en todos los sectores de desarrollo económico, usuarios de la oferta ambiental.

Es incuestionable que uno de los sectores de mayor tensión respecto al medio ambiente es precisamente el minero y por ende, es allí donde con mayor frecuencia se da cuenta de la intervención ciudadana; en el ámbito político a través de instrumentos tan conocidos y controvertidos como la consulta popular; desde la esfera administrativa, utilizando figuras como: a) los terceros intervinientes, b) el derecho de petición, c) la audiencia pública, d) la consulta previa, e igualmente, en el escenario judicial a través de acciones de tutela, populares y de grupo, de cumplimiento, a la misma acción de inconstitucionalidad.

37. ¿Existen casos de participación ciudadana como parte de la elaboración y luego de la aprobación de estudios de impacto ambiental minero? ¿la opinión de la ciudadanía posiblemente impactada o impactada por la actividad minera es vinculante para la realización de la actividad? ¿Se cuentan con estudios sobre la percepción de la población sobre la efectividad de los procedimientos existentes? De ser así, los principales hallazgos.

37.1. Sí. Existen casos de participación ciudadana como parte de la elaboración y luego aprobación de estudios de impacto ambiental minero.

Entre otras cosas, no es cuestión dejada a la discrecionalidad del dueño del proyecto o peticionario de una licencia ambiental, sino una obligación legal como bien lo dispone el artículo 15 del Decreto 2041 de 2014, estatuto vigente

“Artículo 15. Participación de las comunidades. *Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso.*

En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia”.

37.2. La opinión de la ciudadanía posiblemente impactada o impactada por la actividad minera NO es vinculante para la realización de la actividad.

La participación ciudadana no tiene un efecto vinculante de tipo sustancial, es decir, el marco legal releva a la autoridad de acoger obligatoriamente, como base de sus decisiones, los insumos aportados por la comunidad en un espacio ciudadano. Tiene por supuesto un efecto vinculante de tipo formal, el cual condiciona la legalidad de la actuación administrativa, a la realización del mecanismo participativo, si se ha pedido en debida forma y si la autoridad ha decretado su ejercicio.

De lo anterior, la necesidad de una comunidad empoderada, rigurosa y ponderada en sus análisis, pues de ello dependerá que su opinión logre incidir de una u otra manera en la decisión de la autoridad.

37.3. Se cuentan con estudios sobre la percepción de la población sobre la efectividad de los procedimientos existentes? De ser así, los principales hallazgos.

No tengo conocimiento de estudios formales al respecto, pero si se puede afirmar con contundencia -en mi caso desde el ejercicio académico y también de control preventivo- el escepticismo que tiene la comunidad sobre la eficacia de la participación.

La percepción mayoritaria es que la participación tal como está concebida se reduce a un tema ritual, formal y procesal, el cual no trasciende hacia escenarios de verdadera construcción colectiva entre Estado y Sociedad.

Hoy, la participación se desarrolla en escenarios de conflicto y no de armonía; es decir, ésta cobra vigencia cuando ya hay una tensión entre lo económico, lo ambiental y lo social.

De otra parte, ha sido un desafortunado error asimilar como sinónimos, los términos participación y socialización cuando tienen una connotación y un enfoque diferente. Participación significa jugar un rol activo en la construcción, bien de una política pública, un marco legal o una decisión administrativa; de otra parte, socialización pareciera la convocatoria para notificar un proce-

so ya concluido. Pues bien, la ciudadanía suele pensar que se le socializa más respecto de lo que se le participa

ACCESO A LA INFORMACIÓN

38. ¿A nivel de entidades estatales así como de empresas de la cadena minera, existen dispositivos o mecanismos para acceder a información por parte de la ciudadanía sobre la actividad minera en el país, región o localidad? De haber, ¿cuáles son y qué los caracteriza?

Los mecanismos para el sector público, son los mismos relacionados en la respuesta # 40, sugerimos revisar este numeral, en cuanto a lo relacionado con la empresas de la cadena minera, la obligación legal impuesta por el Código de Minas es la dispuesta en los artículos 88 y 339 mencionadas en la respuesta anterior, también debe ser tenido en cuenta el artículo 340 de dicho Código, el cual establece: *“Información de los particulares. Los particulares concesionarios o los propietarios de minas, deberán colaborar a actualizar el Sistema de Información Minera anualmente,*

en los términos y condiciones que fije la autoridad minera. La información a suministrar durante las fases de exploración y explotación, deberá orientarse a permitir el conocimiento de la riqueza del subsuelo, el proyecto minero y su desarrollo”

39. ¿Existen mecanismos de acceso a la información o de transparencia pública que permitan conocer a la ciudadanía acerca de procedimientos mineros, concesiones mineras, impactos de la actividad o información sobre la exploración o explotación? ¿Las entidades estatales vinculadas al sector minero, cuentan con espacios amigables y accesibles sobre información relacionada a esta actividad?

Sí. Los mecanismos de acceso a la información minera son:

a) El Registro Minero Nacional

Este es definido por la Ley 685 de 2001, como un instrumento abierto de información, al cual tendrán acceso todas las personas en cualquier momento, del mismo modo la Ley los describe como un medio de autenticidad y publicidad de los actos y contratos estatales y privados, que tengan por objeto principal la constitución, conservación ejercicio y gravamen de los derechos a explorar y explotar, minerales emanados de títulos otorgados por

el Estado o de títulos de propiedad privada del subsuelo. (Artículo 327 y 329)

b) SI Minero

Es el sistema integral de gestión minera, el cual tiene como finalidad realizar todo tipo de consultas, tanto de trámites como de procedimientos y registros de información relacionada con el sector minero colombiano.

c) Vínculos electrónicos

Página WEB Agencia Nacional de Minería: www.anm.gov.co. a través de esta se puede consultar normativa minera, notificar actos administrativos por estado y edicto, realizar consultas relacionadas con trámites como solicitudes de certificados de área, de registro minero, consultas de pagos de canon superficiario e inscripción en el Registro Único de Comercializadores Mineros – RUCOM, registro de Peticiones Quejas y Reclamos, entre otros.

Página WEB Ministerio de Minas y Energía: www.min-minas.gov.co, a través de esta página se puede consultar cómo funciona la institucionalidad minera, normativa, transparencia y medios de contacto entre el usuario y el Ministerio.

d) Atención al Usuario ANM

Este es un mecanismo a través del cual cualquier ciudadano puede acercarse a las oficinas de la Agencia Nacional de Minería a consultar directamente el estado de los trámites solicita-

dos y servicios, revisar expedientes mineros y realizar consultas verbales, relacionadas con la actividad minera y sus trámites a los funcionarios de la entidad.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 88 y 339 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas); Artículo 88: *“Conocimiento y reserva de información. El concesionario suministrará al Sistema Nacional de Información Minera previsto en el Capítulo XXX la información técnica y económica resultante de sus estudios y trabajos mineros. Su divulgación y uso para cualquier finalidad por parte de la autoridad fiscalizadora o por terceros se hará luego de haber sido consolidada en el Sistema aludido, y sólo para los fines establecidos en este Código (...)*

... Artículo 339 Carácter de la información minera. Declárese de utilidad pública la obtención, organización y divulgación de información relativa a la riqueza del subsuelo, la oferta y estado de los recursos mineros, y la industria minera en general. En consecuencia, los concesionarios de títulos mineros o propietarios de minas, están obligados a recopilar y suministrar, sin costo alguno, tal información a solicitud de la autoridad minera”.

Así las cosas, la divulgación de la información técnica y económica está directamente relacionada a los fines del Código de Minas, es decir que de conformidad al artículo primero de la Ley 685 de 2001, son *“fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento*

se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro del concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país”.

MÉXICO



Jorge Peláez Padilla
Profesor-Investigador
Academia de Derecho
Universidad Autónoma de la Ciudad de México

(i) situación actual del rol de la minería en ámbitos como la política, la economía, las exportaciones, entre otros, que sirvan para mostrar por qué se le puede considerar como un sector importante y/o estratégico por ciertos grupos;

La minería, desde la época colonial, ha tenido una gran importancia en México. La mayoría de las principales ciudades del centro y norte del país surgieron, o a partir de la explotación minera o como espacio de escala entre las principales ciudades mineras o entre estas y la capital del virreinato. Durante el siglo XX, a pesar de que la extracción de hidrocarburos y la diversificación industrial desplazaron a la minería como actividad fundamental, ésta siguió conservando un lugar importante, aunque más en el imaginario que en la estructura productiva del país, la generación de divisas y la generación de empleos.

En 2015 -última fecha de la cual se tiene datos generados por la Secretaría de Economía, la Auditoría Superior de la Federación y la Cámara Minera Mexicana y con los cuales construimos la información que aquí ofrecemos- México cubría el 1,7% de las exportaciones de minerales a nivel mundial. Con relación a la participación del PIB nacional, si bien en el 2012 -momento del pico en la producción y en el valor de los minerales en el mercado internacional,- llegó a ser del 1,8%, en 2015 cayó al 1,1%. Con relación a la captación de divisas a partir de las exportaciones, si bien entre 2010 y 2012 México llegó a estar entre los 5 primeros lugares, luego resultó relegado como resultado de la caída de los precios de los metales en el mercado internacional. Al respecto, los datos permiten afirmar que esta alza se debió fundamentalmente al incremento del precio de los metales, y en particular de los metales preciosos, sobre todo al oro en primer lugar y luego a la plata, metales que son usados mayormente en joyería y que tiene un bajo impacto como materias primas para la industria de transformación a nivel nacional. Ahora bien, incluso en esos años de mayor generación de divisas como resultado del alto valor de las exportaciones, el reflejo de ello en el impacto de la actividad minera en el PIB y en la generación de empleos fue marginal.

En la generación de empleos, entre 2001 y 2014, la minería generó, como promedio, 340,817 empleos directos, lo cual significa el 2% de todo el empleo a nivel nacional. Ahora bien, es importante agregar, que se trataron de empleos mejor remunerados, estando un 37% por encima que el promedio nacional en

2012. En este aspecto, es importante hacer notar que los avances de la industria minera en materia de inversión no estuvieron correlacionados con un igual avance en materia de empleos generados. Si la inversión entre 2001 y 2015 aumentó en un 18,8% y el empleo sólo aumentó en un 2%, estamos entonces frente a un tipo de industria que se va volviendo intensiva en capital y no en mano de obra.

De esta información macroeconómica, se desprende que, si bien la minería constituye hoy un industria con un aporte valioso a la economía nacional, no se trata de uno de los pilares sobre los que descansa la misma. Ello contrasta con la importancia política que el Estado le otorga a esta industria. Tanto en el Plan Nacional de Desarrollo como en el Programa de Desarrollo Minero 2013-2018 (PRODEMIN), la minería es definida como una actividad “prioritaria para el país”. Ello lleva a que sean varios los entes responsables de la política pública en materia de minería. Entre ellos está la Secretaría de Economía (fomento, regulación y supervisión), Servicio Geológico Mexicano (Exploración de recursos) y el Fidecomiso para el Fomento Minero (financiamiento pequeñas y medianas empresas), la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (regulación ambiental), y la Procuraduría de Protección al Ambiente (Inspección y vigilancia de normativa ambiental). En este mismo sentido, la Ley Minera en su artículo

sexto, declara la minería como una “actividad preferente”⁴⁰¹ y de “utilidad pública”.

En el ámbito legislativo, un botón de muestra de la importancia política de la minería en México es el hecho de que, de 2001 al 2015, se presentaron en el Congreso de la Unión 111 iniciativas de ley para reformar la legislación minera (ASF-2015). De ellas fueron aprobadas sólo el Nuevo Reglamento de la Ley Minera de (2012), la reforma a la Ley Minera derivada como consecuencia de la reforma energética (2014) y la reforma a la Ley Federal de Derechos, y a la Ley de Coordinación Fiscal como consecuencia de la reforma fiscal (2013).

A nivel estatal, la importancia política de la minería está en estrecha relación con la importancia de esta industria dentro de la economía de cada Estado. En Estados como Sonora, Zacatecas, Durango, Chihuahua, Sinaloa y San Luis Potosí, la minería es una actividad fundamental y por lo tanto atraviesa la vida política de estos Estados. Si bien la mayoría de las contribuciones que realiza la minería van a parar a las arcas de la Federación, ingresos como el impuesto sobre la nómina, el predial y otros, sí van a parar a menos de Estados y municipios. A ello se le sumó, a partir de 2014, los ingresos derivados del impuesto especial para la minería aprobado en la reforma fiscal de 2013, del cual el 80% va a parar al “Fondo para el desarrollo regional sustentable de Estados y Municipios”, distribuyéndose de manera proporcional. Un claro

401 La única excepción, es que en el mismo espacio donde se pretenda desarrollar la actividad minera,

ejemplo de la relevancia política del tema minero para algunos estados, es la polémica desatada luego de que el 15 de diciembre de 2016 la legislatura del Estado de Zacatecas aprobara un “impuesto ambiental” adicional a todas las contribuciones ya existentes, a ser pagado por parte de las empresas mineras asentadas en ese Estado. Al mismo se ha opuesto de manera enérgica la Cámara Minera Mexicana (CAMIMEX), desatando una polémica que ha invadido la esfera de la política de Zacatecas y también a nivel nacional, incluyendo el ámbito judicial.

Otro ámbito de impacto de la industria minera en la vida política es el relativo a las consecuencias de las resistencias que algunas comunidades ofrecen a la instalación de proyectos mineros. La instalación de empresas mineras en contra de la voluntad de las comunidades locales, cancelando el derecho a la consulta previa y participación de las mismas, y en algunos casos en franca oposición a decisiones locales y mediando cooptación, violación a resoluciones judiciales y violencia, ha generado movilización social, que en algunos casos ha trascendido más allá de la localidad donde se pretende instalar el proyecto minero convirtiéndose en tema político fundamental a nivel estatal e incluso a nivel nacional. Casos como el de la resistencia contra la empresa

Esperanza Silver en el Estado de Morelos; First Majestic y San Xavier en San Luis Potosí, La Pitaya en Baja California Sur, Minera Cuzcatlán en Oaxaca; entre muchos otros; evidencian la importancia del tema minero para la vida política mexicana, tanto el ámbito institucional como en el social.

Como se puede apreciar, la relevancia política de la minería contrasta con el peso real que esta tiene en el PIB nacional, en la captación de divisas y en la generación de empleos. Ello no permite entender con claridad las razones por las cuales el Estado le apuesta tanto a una industria que, sin representar una importante locomotora económica, genera enormes pasivos ambientales y gran conflictividad social.

(ii) situación de la actividad por impactos ambientales y sociales ocasionados, situación de conflictividad, evidencia que muestre que la actividad pueda estar relacionada con situaciones ilegales o que puedan ser consideradas punto de inicio por afectación de derechos de terceros.

El incremento de los procesos de movilización social contra la instalación de los proyectos mineros, se deriva tanto de los impactos ambientales generados esta industria como de las consecuencias sociales de los mismos.

La minería nunca ha sido una actividad económica con bajos niveles de impacto ambiental. Ahora bien, los pasivos ambientales de esta actividad se elevaron sustancialmente a partir del desarrollo de nuevas técnicas (tajo a cielo abierto y tumba y relleno). Estas, permitieron hacer rentables la explotación de espacios con baja concentración de mineral en la roca (baja ley) utilizando procesos de lixiviación con cianuro desodio.

Esta nueva minería, resulta ser una industria altamente contaminante que destruye en pocos años cerros enteros, contamina el aire con los productos del lixiviado con cianuro y las

fuentes de agua con metales pesados provenientes de los desechos (tepetate) una vez trasladadas las rocas que contienen el mineral⁴⁰². Además, constituyen un agente determinante en el agotamiento de las fuentes hídricas debido a que la minería es una actividad altamente consumidora del vital líquido. (Svampa, 2011: 196) (Colectivo Voces de Alerta, 2011: 72)⁴⁰³. A lo anterior hay que sumarle la desintegración productiva que provoca en los espacios locales, destruyendo la coherencia local de los territorios al transformarse las actividades productivas, contaminarse las aguas, destruirse los bosques y áreas protegidas, afectando el patrimonio arqueológico, erosionarse la tierra, entre otras consecuencias (Machado Araoz, 2011: 167) (Colectivo Voces de Alerta, 2011) (Sánchez y Ortiz, 2014).

Todos estos problemas ambientales y de salud pública generados por la minería están ampliamente documentados por

402 Este tipo de tecnología extractiva implica que un solo emprendimiento abarque hasta mil hectáreas sólo para el área de mina —la que será completamente destruida—, llegando a remover hasta 300.000 toneladas de roca diarias, y empleando por día hasta 100 toneladas de explosivos, más de 100.000 litros de combustibles y decenas de toneladas de sustancias químicas de alta toxicidad (cianuro, ácido sulfúrico, xantatos, mercurio, etc.), amén del altísimo consumo hídrico y energético... el proceso genera enormes cantidades de efluentes y desechos (en la mayoría de los casos, más del 95% de la roca extraída se convierte en residuo; se generan hasta 4 toneladas de escombros por cada gramo de oro) que quedan perpetuamente en los lugares de explotación como pasivos ambientales”. (Colectivo Voces de Alerta, 2011:17)

403 Para ilustrar el consumo de agua, según la Comisión Pastoral Paz y Ecología, en el 2008 la mina Marlín consumía 250,000 litros de agua por hora, lo cual era equivalente a la cantidad de agua que una familia de la región consumiría a lo largo de 22 años (OPAE, 2008: 6).

la literatura especializada. Ahora bien, el problema radica en que son muy difíciles de probar caso por caso, porque requieren enormes recursos económicos para documentar la contaminación del agua, la relación entre las enfermedades emergentes y la actividad minera, entre otras consecuencias. Las comunidades y regiones afectadas generalmente carecen de los recursos necesarios para llevar adelante estos costosos estudios y el Estado prefiere invertir en la promoción minera que en estudiar a profundidad el daño ambiental, a la salud pública y el social que genera este tipo de industria.

Desde el punto de vista económico y ecológico, estos megaproyectos mineros, generan grandes tasas de rentabilidad que se convierten en enormes flujos financieros que alimentan las dinámicas consumistas de las élites de los países centrales (Machado Araoz, 2001: 167), y también de las elites asociadas o encargadas directamente de los emprendimientos mineros en los propios países productores.

Además, en la minería opera también un complejo proceso de expropiación ecológica, a partir del hecho de que en América Latina somos grandes productores de minerales, pero consumimos muy poco del mineral que producimos. Entonces, junto a todo el mineral exportado (con grandes tasas de ganancia para las empresas) se va también el agua utilizada en el proceso, la energía empleada en la producción, y los enormes pasivos ambientales resultado de la contaminación que genera esta actividad (Machado Araoz, 2011: 168, 169).

La minería en México replica estas características mencionadas de manera general para este nuevo tipo de minería. La minería aporta la mayor parte de los residuos industriales que se producen en México (Sánchez y Ortiz 2014). Si comparamos entonces este dato con el porcentaje de participación en el PIB, y la generación de empleos, nuevamente resulta difícil entender la relevancia política que se le otorga a esta actividad por parte del estado mexicano.

Desde el punto de vista social, los daños provocados por esta industria también son cuantiosos. En primer lugar, resulta importante mencionar la ruptura del tejido social generada por la intervención de este nuevo aparato productivo en las dinámicas sociales locales, pasando por encima de los derechos territoriales y a la consulta previa de las poblaciones indígenas, transformando los medios y las estrategias de vida de las personas (Bebbington, 2007: 35), provocando graves conflictos políticos y sociales que llevan a la persecución explícita de pobladores y activistas, asesinatos selectivos de los mismos y en general a la criminalización de la protesta (Colectivo Voces de Alerta, 2011: 115, 116). En México y fruto de los conflictos sociales generados por la entrada de empresas mineras, han sido asesinados algunos líderes sociales y comunitarios como Baltasar Loredó en San Luis Potosí, Mariano Abarca en Chicomuselo, Chiapas; Bernardo Méndez y Bernardo Vázquez en San José del Progreso, Oaxaca; Ismael Solorio Urrutia y Manuela Martha Solís Contreras, en Chihuahua. Como plantean Svampa y Antonelli (2009: 7): “la mega-minería a cielo abierto

termina configurándose se como una figura extrema, un suerte de modelo descarnado, en el cual las más crudas lógicas del saqueo económico y la depredación ambiental se combinan con escenarios regionales caracterizados por una gran asimetría de poderes, que parecen evocar la lucha desigual entre David y Goliat.”

Si bien los daños ambientales son producto de la operación “legal” de las compañías mineras, no dejan de producir afectaciones a derechos de terceros, en este caso las comunidades que viven en las inmediaciones de los proyectos mineros. Los derechos humanos al agua a la salud y a un medio ambiente sano son los más afectados. También se producen afectaciones al derecho a una alimentación adecuada en los casos de comunidades campesinas que por la contaminación de acuíferos o por el cambio de usos de suelo, o tiene que cambiar la actividad económica fundamental. Casos como los de Carrizalillo y Nuevo Balsas (Guerrero), San José del Progreso (Oaxaca) o el distrito minero de Molango (Hidalgo) ejemplifican la afectación a este derecho. El derecho a la vivienda puede ser también afectado en caso de que el emprendimiento minero requiera el traslado de la población a otra localización, y en los casos en que se registren cuarteaduras de las viviendas por las explosiones producto del proceso de explotación, como ha sido registrado en el caso de Cerro de San Pedro. Con relación a los derechos de los pueblos indígenas, tales como el territorio, la libre determinación y la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, han sido también severamente afectados como consecuencia de la instalación de los proyectos mineros sin que el

Estado garantice la observancia de estos derechos. Casos como el de Wirikuta (San Luis Potosí) y San Miguel el Progreso (Guerrero) cuentan con resolución de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y sentencia favorable de amparo respectivamente, donde queda acreditado la violación a estos derechos. En casos como los asesinatos de líderes sociales, ruptura del tejido social comunitario y criminalización de la protesta, resultan afectados el derecho a la vida y a la integridad personal, a la libertad de expresión, al debido proceso, a la participación, entre otros.

Ahora bien, las afectaciones de derechos producto de acciones negligentes de compañías mineras o de claros vínculos con actores al margen de la Ley también están presentes en el mapa minero mexicano. Ejemplo emblemático del primer señalamiento fue el derrame de 40 000 metros cúbicos de sulfato de cobre por parte de la empresa Buenavista del Cobre, del Grupo Minero México, afectando la cuenca del río Sonora y generando un desastre ecológico y social sin precedentes en la industria minera. Las reparaciones a las cuales la empresa se comprometió, han quedado muy por debajo del tamaño del desastre (Expansión 2015, 2016) (Poder y CCRS, 2016). Del lado de las prácticas ilegales por parte de las compañías mineras, de la minería ilegal y de la relación entre empresas mineras y grupos ilegales, además de las denuncias de pobladores y organizaciones de la sociedad civil a partir de testimonios, se cuenta con un documentado trabajo en torno a la participación de los grupos del crimen organizado en la minería de oro en América Latina, y particularmente en México (GIATOC,

2016). Según el informe “Organized Crime and Illegally Mined Gold in Latin America”, aproximadamente el 9% de la producción de oro en México es producido ilegalmente. Además, existe un número difícil de cuantificar de recursos que se transfieren de las empresas mineras al crimen organizado por concepto de extorsiones para garantizar la operación de las compañías. Estas extorsiones no se quedan en transferencia empresas – crimen organizado, sino que alcanzan también a los trabajadores. También el informe documenta, particularmente en el contexto de la operación del proyecto Minero Los Filos, en Eduardo Neri (Guerrero), de poblaciones enteras que han sido desplazadas por la combinación de la acción del crimen organizado y la empresa minera. Por último, en los linderos de la legalidad y la ilegalidad, existen algunas compañías que han operado y operan a pesar de tener fallos judiciales en su contra que limitan su capacidad operativa (caso Minera San Xavier 2009), o no contar con la respectiva licencia ambiental para hacerlo.

Este contexto de multiplicación de concesiones mineras entre 2001 y 2012 y del consiguiente aumento de los proyectos de gran minería a cielo abierto o de tumbe y relleno –que generan las consecuencias aquí descritas- detonó también las resistencias en un contexto de ambientalización de las luchas sociales y de comunicación de las experiencias entre las distintas luchas. Como ha documentado Fernanda Paz (2014: 15), en 2014 se encontraban activos en México 113 conflictos socioambientales, 30 de los cuales son conflictos derivados de la instalación de proyectosmi-

neros. Aldía de hoy, la documentación de conflictos mineros asciende a más de 40 casos. La mayoría de estos conflictos se oponen de manera absoluta a la instalación de los proyectos mineros debido a los daños sociales y ambientales que los mismos generan. Un grupo más reducido -cuyos casos más emblemáticos son los de Carrizalillo (Eduardo Neri, Guerrero), Mazapil (Zacatecas) contra la trasnacional canadiense Goldcorp y el Proyecto Media Luna (Cocula, Guerrero) - lo que buscan es obtener circunstancias más favorables para las comunidades, derivadas de la explotación minera⁴⁰⁴. Por su parte, el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL) documenta 37 casos de conflictos mineros en México.

Este es el contexto donde tiene lugar la actividad extractiva minera en México.

1. ¿Qué marco internacional ha adoptado el estado en materia de derechos humanos y empresas? Considerar aquellos que establecen obligaciones o derechos, que disponen la creación de mecanismos internacionales, así como acuerdos comerciales o tratados de libre comercio. Se sugiere dar luces sobre el valor de cada instrumento en el sistema de fuentes (ver Anexo 1 para una lista referencial de instrumentos). ¿Cuál es el rol que han tenido las normas de soft law en esta materia? ¿existen iniciativas para buscar su implementación?

Con relación al marco internacional que ha adoptado el estado mexicano en materia de derechos humanos y empresas, es importante hacer una distinción entre:

⁴⁰⁴ En ambos casos se trata de una lucha residual, debido a la imposibilidad, por lo avanzado de los proyectos, de encarar una lucha contra la operación de la empresa.

1) la normatividad específica en materia de empresas y derechos humanos; 2) la normatividad general en materia de derechos humanos.

1) La vinculación de las empresas con el cumplimiento de los derechos humanos, es un hecho reciente. Comenzó como una práctica de organismos multilaterales (BM, FMI, BID) hace más de veinte años, al condicionar el financiamiento que otorgaban para proyectos de inversión al cumplimiento de algunos estándares mínimos en materia de derechos humanos (salvaguardias). Ahora bien, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), comenzó en 2005, cuando la antigua Comisión de Derechos Humanos designó -mediante la resolución 2005/69-un representante especial sobre el tema de derechos humanos y empresas transnacionales⁴⁰⁵. Este mandato fue luego extendido y concluyó con dos hechos trascendentales para el tema de empresas transnacionales y derechos humanos: la creación en 2011 de un “Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales” y la publicación en ese mismo año de los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, que hasta la actualidad constituyen el único marco legal específico a nivel internacional sobre derechos humanos y empresas. Estos “Principios rectores” constituyen un instrumento normativo de *soft law*, destinado a facilitar la puesta en práctica del marco normativo de

405 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3785.pdf?view=1>

naciones unidas en materia de derechos humanos en lo relacionado a la actuación de las empresas transnacionales y ante la posibilidad de que esta actuación vulnere derechos humanos. Desde el 2011 el Grupo de Trabajo labora en la concreción de un instrumento de carácter convencional sobre la materia. Mientras se logra la aprobación de este instrumento, los “principios rectores” han sido la vía para articular toda la normatividad internacional en materia de derechos para ponerla también en función de proteger las violaciones a derechos humanos que ocurren producto de la actuación de las empresas transnacionales y para que la actuación de las mismas se desarrolle en un entorno de respeto y promoción a estos derechos. Sólo desde esta perspectiva se puede entender la forma en la que el Estado mexicano ha ido adoptando el marco normativo de empresas y derechos humanos.

2) Ahora bien, y con base en lo explicado en el párrafo anterior, es importante aclarar que si bien coyunturalmente las normas del DIDH signadas y adoptadas por el estado mexicano podrán ser de utilidad para responsabilizar a empresas por violaciones a derechos humanos, se trata de normas generales para la promoción y defensa de los derechos humanos y no necesariamente van a resultar eficaces para la vinculación de las empresas al respeto y promoción de los derechos. En cada caso dependerá del alcance que tenga la norma en cuestión, la práctica de los mecanismos semi-jurisdiccionales y las cortes internacionales para responsabilizar a particulares y personas morales con relación a las violaciones de derechos humanos y de la forma en

que sean implementadas a partir del seguimiento de lo que plantean los “principios rectores” Hecha esta aclaración, pasemos a aportar algunos elementos en torno al marco internacional que México ha adoptado con relación a los derechos humanos. Para ello dividiremos la exposición en tres momentos. Primeramente referiremos los instrumentos internacionales de derecho convencional. En segundo lugar haremos alusión a las normas de *soft law*; y en tercer lugar a los acuerdos comerciales y tratados de libre comercio. Para ello tomaremos como guía el documento “Diagnóstico de línea base para la implementación de los principios rectores sobre empresas de Derechos Humanos de la ONU en México”, publicado en octubre de 2016 y elaborado por el *Grupo Focal sobre Empresas y Derechos Humanos de Sociedad Civil en México con apoyo de la Mesa Redonda Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR)*.

a) Con relación a las normas de carácter vinculante, y tomando en cuenta las sugeridas en el Anexo 1, la mayoría de los instrumentos que allí aparecen (tanto universales como regionales) han sido signados por el Estado mexicano. Sólo no ha ratificado el protocolo facultativo del PIDESC y el Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Adicionalmente, y aunque no se encuentra listado en el Anexo 1, el estado mexicano tampoco ha ratificado el Convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas.

b) En lo relativo a las normas de *Soft Law*, México ha adoptado la mayoría de los instrumentos internacionales que requie-

ren de apoyo de los Estados aunque no constituyan instrumentos vinculantes. Al respecto es importante destacar que, por el hecho de México pertenecer a la OCDE, es parte también de las Líneas Directivas de la OCDE para empresas transnacionales, las cuales, al igual que todas las demás normas de *Soft Law*, debe el estado mexicano implementar a través de adecuaciones normativas y de políticas públicas (Grupo Focal & ICAR 2016, 39). Los instrumentos citados en el

Anexo 1, al tratarse de normas que no requieren ser adoptadas de manera expresa por los estados, no se puede hablar de su adopción por parte del estado mexicano si no se hace antes un monitoreo de su implementación a través de políticas públicas y otras acciones concretas. Más adelante nos referiremos a ello cuando expliquemos específicamente lo relativo a las medidas para adoptar los “principios rectores”.

c) México está vinculado actualmente a numerosos acuerdos comerciales y tratados de libre comercio. Dentro de ellos destacan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual no tiene dentro de sus cláusulas ninguna alusión a regulaciones relativas a los derechos humanos. Ahora bien, el tratado suscrito por México con la Unión Europea es el único que cuenta con cláusula de derechos humanos. Por su parte, el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), también contiene varias cláusulas relacionadas con los derechos humanos. (Grupo Focal & ICAR 2016, 284).

2. ¿Qué medidas normativas han sido elaboradas a partir de dicho marco internacional? ¿Se han promulgado leyes, normas, directrices específicas o cualquier otro acto administrativo, en materia de derechos humanos y empresas? Si las hay, señale cuáles son ¿Existen instrumentos de monitoreo y fiscalización? Indique si hay propuestas normativas en curso o algún debate nacional al respecto.

Si por medidas normativas en materia de empresas y derechos humanos entendemos -en consonancia con el apartado 1 de la respuesta anterior- normas específicas que desarrollen dentro del sistema jurídico mexicano los “principios rectores”, contando además con mecanismos de monitoreo y fiscalización, tendríamos que afirmar que no existen tales normas. Ahora bien, si ampliamos el criterio a todas las normas relativas a los derechos humanos, entonces tenemos un amplio catálogo que comienza en la Constitución y los derechos que en ella están regulados, pasando por todos los desarrollos posteriores en normas reglamentarias que desarrollan los derechos establecidos como principios constitucionales: Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y sus reglamentos (LGEEPA), Ley Federal del Trabajo (LFT), Ley General de Educación (LGE), Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV); Ley General de Víctimas (LGV), entre muchas otras. Ahora bien, en cuanto a debate nacional, no cabe dudas que el impacto de los principios rectores y los esfuerzos internacionales para que sean implementados junto a la presión de las organizaciones de la sociedad civil, han sido fundamentales para la generación de un importante debate público en México. En ello resultó también fun-

damental la visita que en 2016 hicieron a México del 29 de agosto al 7 los miembros del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Ahora bien, como ya explicamos, este debate público todavía no se traduce en propuestas normativas.

3. ¿Existe o está en proceso de elaboración un plan o política nacional en materia de derechos humanos y empresas? De ser así, ¿cuenta con instrumentos de monitoreo y fiscalización? En caso cuente su país con un plan y/o política nacional de derechos humanos, ¿se refiere directa o indirectamente a la cuestión de las empresas y los derechos humanos? Explique.

Desde el año 2014, el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, cuenta con una estrategia (4.4) para promover el enfoque de derechos humanos y género en el sector privado, así como en las políticas y actividades empresariales. De esa estrategia se derivan las siguientes líneas de acción:

4.4.1. Fortalecer los mecanismos dirigidos a garantizar el respeto a los derechos humanos en las empresas y el sector privado.

4.4.2. Fomentar que las empresas difundan los derechos humanos y los incluyan en sus declaraciones de principios, códigos y políticas.

4.4.3. Impulsar el enfoque de derechos humanos en la responsabilidad social empresarial.

4.4.4. Promover que la legislación que regula a las empresas garantice el respeto a los derechos humanos.

4.4.5. Coadyuvar a que las empresas conozcan sus obligaciones en materia de derechos humanos respecto a sus trabajadores y usuarios⁴⁰⁶.

Ahora bien, y como explicábamos en la respuesta anterior, a partir de lo planteado por los principios rectores y la presión de la comunidad internacional y de las organizaciones de la sociedad civil, el Estado mexicano ha dado pasos importantes con vistas a crear una política institucional en materia de empresas y derechos humanos. El primer paso fue la creación, el 2 de septiembre de 2015, de un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos. Al mismo se integraron varias Secretarías de Estado (Exteriores, Economía, Trabajo y Previsión Social, y Medio Ambiente) junto con representantes de la sociedad civil, académicos, organismos autónomos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), y representantes del sector empresarial⁴⁰⁷. Ahora bien, los grandes ausentes dentro de esta comisión fueron la Secretaría de Energía y empresas productivas del Estado como Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE).⁴⁰⁸ Como parte de los avances en el establecimiento de una política pública e institucional de Estado en el tema de empresas y derechos humanos, podemos citar la firma del Memorandum de Entendimiento entre la Secretaría de Gobernación y el

406 <http://www.pudh.unam.mx/repositorio/DOF-PNDH%202014%202018.pdf>

407 <http://www.gob.mx/segob/articulos/abordar-los-derechos-humanos-en-todos-los-espacios-y-entornos-grupo-de-trabajo-sobre-empresas-y-ddhh>

408 <https://dplfblog.com/2016/03/08/el-desarrollo-de-un-plan-de-accion-nacional-sobre-derechos-humanos-y-empresas-en-mexico-primeros-pasos/>

Instituto Danés para los Derechos Humanos (uno de los grandes impulsores de la agenda de empresas y DDHH a nivel internacional) con el objetivo de desarrollar un Programa Nacional de Empresas y Derechos Humanos (PNEDH)⁴⁰⁹. La concreción de este PNEDH ha sido una de las principales ocupaciones del Grupo de Trabajo establecido en 2015, el cual desde su creación se ha venido reuniendo varias veces con ese fin. En ese sentido, en febrero del presente año (2017), se establecieron finalmente las mesas de trabajo para la elaboración del borrador del PNEDH. A estas mesas de trabajo se sumaron algunas de las dependencias que antes estuvieron ausentes como la Secretaría de Energía, empresas productivas del estado como PEMEX y CFE, la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) y muchos otros actores públicos, privados y de la sociedad civil.⁴¹⁰ Para la realización e impulso de toda esta labor, organizaciones de la Sociedad Civil crearon el Grupo Focal sobre empresas y Derechos Humanos para impulsar la implementación de los “principios rectores” y presionar al Estado en la adopción del marco normativo de empresas y derechos humanos.⁴¹¹

4. ¿El Estado cuenta con un marco jurídico que exija a empresas domiciliadas en su territorio pero que operan en otros territorios, el respeto de los derechos humanos? ¿Cuál es el marco normativo

409 <https://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-promover-un-programa-nacional-sobre-derechos-humanos-y-empresas>

410 http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/200971/1._Presentacion_n_General_Empresas_y_DDHH_2017.pdf

411 <https://business-humanrights.org/sites/default/files/Presentacion%20Grupo%20Focal%20-%20Nota%20conceptual%202016.pdf>

aplicable en materia de responsabilidad extraterritorial del Estado por actos de empresas domiciliadas en su territorio cometidos en terceros países?

El estado mexicano, hasta la actualidad, no cuenta con normativa aplicable en el sentido que refiera la pregunta (Grupo Focal & ICAR 2016, 155).

5. ¿Cuáles son las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que permiten o impiden la responsabilidad de las empresas por la violación de los derechos humanos en el ámbito de la cadena productiva minera?

La responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano no es muy clara. En primer lugar, eso se debe a que el enfoque estatista en términos de obligaciones relativas a los derechos humanos permanece todavía dentro del derecho mexicano. Un ejemplo claro es la posibilidad de que los particulares constituyan una “autoridad responsable” en virtud de la Ley de Amparo, principal instrumento legal de garantía a los derechos humanos en el ordenamiento mexicano. Según esta norma, los particulares –y por consiguiente las empresas- sólo podrían constituir una “autoridad responsable” y ser responsabilizadas de violar los derechos humanos “cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad” (Artículo 5, fracción 2, párrafo segundo). Esta regla, de inicio, impide que las empresas puedan ser señaladas no sólo por una acción sino también por una omisión. Además, la interpretación jurisprudencial ha limitado el alcance de esta regla, al considerarque:

“para que los actos de particulares puedan ser considerados equivalentes a los de autoridad, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación; por exclusión, la realización de actos entre particulares en un plano de igualdad, que no impliquen una relación en los términos apuntados, impide que pueda atribuírsele a cualquiera de ellos el carácter de autoridad responsable”.⁴¹²

Esta tesis, al asumir la relación entre una empresa y un particular como una relación en un plano de igualdad -en los casos en que no haya *unilateralidad, imperio y coercitividad* - coloca en desventaja a los posibles sujetos de violaciones a derechos humanos por parte de una empresa, sobre todo tomando en cuenta las asimetrías naturales en una relación, sobre todo en el ámbito de la industria minera, entre grandes empresas trasnacionales y los habitantes de las comunidades donde se instalan los emprendimientos mineros. Como resultado, muchas violaciones cometidas por las empresas, relativas al derecho a la salud, al agua, a la vivienda, a la información, a la alimentación, entre otros, resultan muy difíciles de justiciar a partir del juicio de amparo. Por lo tanto, esta novedad en la nueva Ley de Amparo, que podía haber constituido una disposición que permitiera atribuir responsabilidad a

412 Tesis Aislada, 2009420. XVI.1o.A.22 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, Pág. 1943. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2009/2009420.pdf>

las empresas mineras por violaciones a derechos humanos, en la práctica ha constituido un límite.

La mejor forma de responsabilizar a las empresas es a través de demostrar el incumplimiento administrativo de la normatividad que regula su actividad. Es claro que este incumplimiento lleva también a la violación de derechos humanos, pero normalmente la vía para establecer la responsabilidad es administrativa, y no vía derechos humanos, lo cual hace mucho más difícil establecer medidas como la reparación y las garantías de no repetición. Así pasa con las causales de sanción en virtud de la Ley Minera vigente o por violaciones a la Ley Federal del Trabajo. El caso del accidente en la mina Pasta de Conchos (Coahuila, 2006), donde perdieron la vida 65 mineros, ilustra muy bien la imposibilidad de ver los casos desde la perspectiva de violaciones a derechos humanos – en este caso el derecho a la vida- y por esa vía lograr una mejor justicia a partir de una adecuada reparación, de atribuir responsabilidades de manera directa a la empresa por violar derecho humanos, generando así adecuadas garantías de norepetición.

Es quizás la legislación ambiental, la que en el papel más garantías ofrece a la posibilidad de responsabilizar a las empresas mineras por la violación a derechos humanos, particularmente al “derecho a un medio ambiente sano”. La Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA), que tiene entre sus objetivos, “garantizar los derechos humanos a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de toda persona” (Art. 1 párrafo segundo), ofrece un amplio catálogo de situaciones donde es posible

responsabilizar a las empresas por acciones u omisiones contrarias a la ley que provoquen violaciones al derecho a un medio ambiente sano. Más allá de los problemas de índole regulativo que posee esta norma, los mayores problemas han estado en su implementación por parte de la autoridad. Un caso emblemático de estos problemas de implementación lo tenemos en el ya aludido desastre ecológico provocado por Grupo México en Sonora. Ese caso también ejemplifica los problemas que genera el hecho de que la responsabilidad sea mayormente ambiental, y por lo tanto las afectaciones a los otros derechos de las personas (salud, alimentación, trabajo, educación) resulten mucho más difíciles de reparar.

6. ¿Cuenta su Estado con un cuerpo normativo específico en materia de minería? ¿Existe un código minero? ¿Cómo describiría el papel de esta norma en la promoción de la actividad en el país? ¿cuál ha sido el papel de los procedimientos administrativos para la promoción de la actividad minera en el país? ¿Existen mecanismos de evaluación, fiscalización, monitoreo de la actividad, aprobación de estudios de impacto ambiental o sanción? ¿Cuál es la línea jurisprudencial al respecto?

La Ley Minera vigente fue promulgada en 1992 y la última reforma data de 2014. Esta norma es acompañada por el Reglamento de la Ley Minera (RLM), promulgado en 2012. Complementan estas normas la Ley Federal de Derechos (LFD) y la Ley de Coordinación Fiscal (LCF), encargadas de regular lo relativo a la forma en que el sector minero tributa a la economía nacional. Desde la perspectiva ambiental, está la LGEEPA y sus distintos

reglamentos, además de la LGPA. Por último, para los asuntos de los trabajadores de las minas, está la Ley Federal del Trabajo.

En cuanto a la forma en que podemos caracterizar a la Ley Minera, esta norma parte del enfoque de estimular la explotación minera y la inversión privada en el sector, la cual cuenta con amplias garantías. Todo ello sin considerar a las comunidades afectadas. Lo anterior genera un desequilibrio patente entre las grandes empresas del ramo y las poblaciones de los territorios donde éstas se asientan o pretenden asentarse. Las primeras cuentan con todas las garantías que les ofrece la ley, y las segundas sólo con la capacidad de resistir fuera de los marcos institucionales debido al escaso margen que ofrece el campo del derecho. Las diversas reformas que ha sufrido no han hecho sino acentuar su enfoque privatizador y su apertura irrestricta al mercado.

Un botón de muestra de estas características la tenemos en el artículo sexto de la ley relativo a la utilidad pública y acceso preferente⁴¹³. El mismo, en primer lugar, declara la actividad minera como de utilidad pública. Ello con el claro objetivo de poder incluir la expropiación como una vía posible cuando fallen los mecanismos para lograr contratos de ocupación temporal. Lo anterior se fortalece con la inclusión de los artículos 19 fracción IV y

413 El 11 de agosto de 2014, en virtud del paquete de cambios normativos dentro de la Reforma energética, fue reformado el Artículo 6° de la Ley Minera. La esencia del mismo se mantuvo intacta, y sólo en relación con el carácter preferente se estableció como único límite al mismo la explotación petrolera. Por tanto, si la actividad minera se disputa un mismo suelo frente a la actividad petrolera, esta última tendrá preferencia.

el 21, que prevén específicamente la posibilidad de expropiación. Esta declaración constituye un elemento que distorsiona la posibilidad de lograr acuerdos equilibrados para los contratos de ocupación porque, en última instancia, existe la posibilidad de la expropiación como un recurso ante cualquier negativa a entregar la superficie. A ello se le suma la incongruencia de una actividad que es realizada por particulares y grandes trasnacionales, que aporta relativamente poco al PIB nacional, que apenas paga impuestos y que, sin embargo, es declarada como de “utilidad pública”. Por otro lado, el mismo Artículo 6° reconoce la actividad minera como “preferente”. Este reconocimiento permite tanto a los municipios como a la Federación (en caso de terrenos forestales)⁴¹⁴ hacer de manera expedita los cambios de uso suelo, sin necesidad de ponderar para cada caso qué actividad sería la más adecuada: la propia ley lo determina.

Otro ejemplo claro lo tenemos en la regulación del limitada del derecho a acceso preferente para pueblos indígenas. El Artículo 13 párrafo tercero de la Ley Minera plantea lo siguiente:

“Cuando el terreno se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena, y dicho pueblo o comunidad indígena solicite dicho terreno simultáneamente con otra persona o personas, será preferida la solicitud del pueblo o

414 La Constitución reconoce los cambios de uso de suelo como una atribución exclusiva del municipio, con la excepción de los tipos de suelo forestal, cuyos cambios le corresponde autorizar a la Dirección General de Gestión Forestal y de Suelos de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat).

comunidad indígena a efecto de que se le otorgue la concesión minera sobre dicho terreno, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que establecen la presente ley y su reglamento”.

Esta regulación del derecho al acceso preferente para pueblos indígenas, fruto del mandato del Artículo 2º constitucional, resulta limitada al no contar con mecanismos que ayuden a igualar a estas comunidades con los grandes empresarios del ramo. Lo anterior se hace más patente al no prever la ley la posibilidad, en el procedimiento de otorgamiento de la concesión, de que siempre que se presente una solicitud ésta tenga que ofrecerse con anterioridad a los pueblos originarios. Esta fórmula constituiría un verdadero derecho de acceso preferente a los recursos naturales presentes en sus territorios. En resumen, la Ley Minera confunde el derecho al acceso preferente con el de participación en igualdad de condiciones (López y Eslava, 2013: 74). Este primer derecho implica que expresamente se le pregunte a la comunidad si quiere ejercerlo, ya sea antes de que cualquier persona (natural o jurídica) solicite la concesión o en el momento en que lo haga.

Ahora bien, en relación con el Artículo 13 bis segundo párrafo, lo que ocurre ya es una clara simulación del derecho de acceso preferente, al exigirse a los pueblos originarios para gozar de este derecho que cuando participen en concursos convocados por el Servicio Geológico Mexicano (SGM), iguallen la mejor oferta económica.

En lo relativo a los procedimientos administrativos para llevar adelante un emprendimiento minero, lo primero que hace la autoridad es otorgar la concesión. Con ella en mano, resulta mucho más fácil ejercer presión para que el resto de los permisos sean tramitados y conseguidos (evaluación de impacto ambiental, cambios de uso de suelo, permisos de construcción, permisos para uso de explosivos, entre otros). Estos permisos de tipo administrativo son otorgados por autoridades de diferente nivel. Mientras el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (PEIA) tiene que ser tramitado ante la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA) de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), los permisos de construcción y de uso de suelo corresponden a los gobiernos municipales, con la excepción del cambio de uso de suelo en terrenos forestales que como ya dijimos constituye una atribución de la federación. Por su parte los permisos para uso de explosivos corresponden a la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA).

Por último, los mecanismos de evaluación, fiscalización y monitoreo de la actividad minera son realizados anualmente por las entidades de la administración pública que tienen que ver directamente con la actividad minera (Secretaría de Economía, Procuraduría de Protección al Ambiente y Secretaría del Trabajo y Previsión Social) y revisados por la Auditoría Superior de la Federación (ASF). El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) también recopila información acerca de esta actividad en el país aunque no con fines de evaluación o fiscalización.

7. Los jueces y otros operadores del Derecho, ¿cuentan con capacitaciones sobre esta materia?

No existen en México todavía este tipo de capacitaciones. Lo más cercano es la publicación a instancias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) del “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura”. El mismo protocolo, plantea como una de sus expectativas de aplicación lo siguiente:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación espera que este documento coadyuve, en un contexto mundial caracterizado por la complejidad, a afrontar los desafíos en la protección de los derechos humanos frente a los efectos negativos que pueden estar vinculados con la actividad empresarial o estatal derivados de la planeación y operación de proyectos de desarrollo o infraestructura.”⁴¹⁵

No obstante queda un enorme camino por recorrer para que los jueces en México estén familiarizados con los retos que implican para los derechos humanos la labor que realizan las empresas transnacionales.

8. ¿Existe alguna institución estatal que se encargue de adoptar y/o implementar políticas en materia de derechos humanos y empresas, especialmente en el ámbito de la cadena productiva minera? Indique su ubicación en el aparato estatal, la descripción de sus competencias, características y marco normativo aplicable.

415 <https://www.sitios.scjn.gob.mx/ProtocoloMegaproyectosSCJN.pdf>

Todavía no existen instituciones que se encarguen de implementar estas políticas. Lo más cercano a ello son las instituciones que participan en el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, encargadas de participar ahora en las mesas de trabajo que elaborarán un borrador de PNEHD. Estas son la Secretaría de Economía, la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Secretaría del Trabajo de Previsión Social, y la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

9. ¿Cuáles son las directrices y el procedimiento de los gobiernos nacionales y locales en materia de derechos de la actividad minera? Considere que ello incluye la concesión, exploración y explotación, y describa el proceso de otorgamiento de cada uno.

El otorgamiento de concesiones mineras, en virtud del artículo 27 Constitucional, constituye una atribución exclusiva de la Federación. Esta atribución recae directamente en la Secretaría de Economía y en específico en la Dirección General de Minas (DGM). Según el Artículo 15 de la actual Ley Minera, la DGM otorga las concesiones por 50 años prorrogables por otros 50 más. Ello convierte a la concesión minera en un privilegio que favorece la especulación en las bolsas de valores, teniendo en cuenta que la vida útil de una mina a partir de las nuevas técnicas de extracción casi nunca rebasa los 20 años. Además, la ley, a partir de una reforma en 2005, eliminó la diferencia entre exploración y explotación en el título de concesión, permitiendo que las etapas exploratorias se prolonguen por un tiempo mayor del necesario, lo cual beneficia también la existencia de concesiones ociosas y

privilegia los procesos de especulación⁴¹⁶. Esta situación les permite ganar tiempo frente a los procesos de resistencia social u oposición a los proyectos.

Por otro lado, las concesiones son otorgadas siguiendo un proceso muy sencillo, donde los solicitantes tienen sólo que presentar la información exigida en virtud de los artículos 4 y 16 del Reglamento de la Ley Minera (RLM). Con esta información, la autoridad procede a otorgar una concesión por 50 años. Para llevar adelante un emprendimiento minero, lo primero que hace la autoridad es otorgar la concesión. Con ella en la mano, resulta mucho más fácil ejercer presión para que el resto de los permisos sean tramitados y conseguidos (evaluación de impacto ambiental, cambios de uso de suelo, permisos de construcción, permisos para uso de explosivos, entre otros).

Un elemento que caracteriza el régimen de concesiones mineras en México es la laxitud de las obligaciones de los concesionarios. En el Artículo 27 de la Ley Minera, relativo a las obligaciones de los concesionarios, hay aspectos muy relevantes que no se abordan y que, por tanto, quedan desprotegidos por el derecho. El primero de ellos es el concerniente a la etapa del cierre de mina. Si bien estos son aspectos a los cuales los concesionarios se comprometen en la manifestación de impacto ambiental, la Ley

416 Ello no obstante que la Ley Minera, en su Artículo 27.1, establece la obligatoriedad de realizar trabajos que justifiquen la titularidad de la concesión a partir de una serie de inversiones obligatorias (Art. 28 de la Ley Minera y Art. 59 del Reglamento de la Ley Minera) que, de no realizarse, pueden implicar la pérdida de la concesión (Art. 55.II, Ley Minera).

Minera no prevé como una obligación del concesionario llevar adelante dicha etapa con los mejores estándares. Por otro lado, tampoco existen obligaciones de reparar en caso de accidentes producto de la explotación minera. Si bien la LGEEPA y la LFPA tienen disposiciones relativas a estos temas, el hecho de que se incluyeran en la Ley Minera es de suma importancia porque permitiría poder sancionar con la pérdida de la concesión a empresas que contaminen o que provoquen accidentes. En general, el catálogo de obligaciones resulta bastante escueto, lo cual evidencia el enfoque de la actual ley hacia la inversión sin límites y hacia el mercado.

Debido a este limitado catálogo de obligaciones, resulta insuficiente también el régimen de sanciones para las empresas mineras que violan la ley. Por ello, no se incluyen sanciones derivadas de la ocurrencia de accidentes de trabajo, derrames tóxicos, violación a los derechos humanos de trabajadores y de los pobladores de las comunidades aledañas.

10. ¿Cuáles son los casos o experiencias emblemáticas de actuación jurisdiccional en materia de derechos humanos y empresas transnacionales y nacionales de actividad minera?

Existen varios casos donde la disputa entre empresas transnacionales y comunidades afectadas ha llegado a instancias jurisdiccionales. A continuación hacemos un listado de los casos más relevantes y de los resultados de cada uno.

Caso Pueblo Wixaritari Vs First Majestic: El pueblo wixaritari presentó una demanda de amparo por violación a los dere-

chos al territorio y a la consulta previa debido a las concesiones otorgadas a First Majestic dentro de su territorio sagrado (Wirikuta). Si bien todavía el juzgado no ha emitido la sentencia final del caso, en febrero de 2012 concedió una suspensión provisional que impedía cualquier labor de la empresa mientras se resolvía el fondo del asunto. Esta suspensión, se extendió en septiembre de 2013 a todas las compañías que poseían concesiones en el territorio de Wirikuta (“Juez federal decreta”, 2013). Por su parte, la secretaría de economía, emitió un Decreto en el que convierte el 30% del territorio de Wirikuta en una Reserva Minera¹⁷. Si bien hasta hoy no se han desarrollado los proyectos mineros, todavía las concesiones siguen vigentes, la sentencia del amparo no ha sido emitida, y el decreto de reserva deja con potencialidad de ser explotado el 70% del territorio wixárica.

Caso Comunidad de San Miguel el Progreso Vs Hochschild: Las autoridades agrarias, municipales y tradicionales de la comunidad indígena me´phaa de San Miguel El Progreso, el 15 de julio de 2013, interpusieron su demanda de amparo en contra del proceso legislativo de creación y aprobación de la Ley Minera y contra el otorgamiento de los títulos de concesión Reducción Norte de Corazón Tinieblas (título 232560) y Corazón de Tinieblas (título 237861)⁴¹⁷, lo anterior por contravenir la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos

⁴¹⁷ Que una zona sea declarada como reserva minera implica que, hasta que ese decreto sea derogado, no se pueden llevar a cabo ningún tipo de actividad extractiva. Ver http://www.economia.gob.mx/files/marco_normativo/D146.pdf

que el Estado mexicano ha ratificado, en específico el Convenio 169 de la OIT.

En dicha demanda de amparo se argumentó que las concesiones entregadas por la Secretaría de Economía contravenían el derecho colectivo a la propiedad territorial indígena previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el convenio 169 de la OIT; el derecho constitucional a la protección integral de las tierras indígenas previsto en los 2 y 27 Constitucional, el derecho a la consulta previa según los estándares internacionales, las garantías de legalidad y seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 de la Constitución; así como el derecho a la protección de las tierras comunales, tanto para asentamiento humano como para actividades productivas contenido en la Fracción VII del Artículo 27 Constitucional. Además solicitó analizar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Ley Minera, ya que la aplicación en concreto de los artículos 10, 15 y 19 de dicha Ley en relación con el 6 para otorgar las concesiones, terminaron provocando todas las violaciones a derechos fundamentales que la comunidad refirió en su demanda.

Poco tiempo después de presentada la demanda, el Juez Primero de Distrito con sede en Chilpancingo, Guerrero, concedió a la comunidad de “San Miguel El Progreso” la suspensión de plano de los actos impugnados, lo que implicaba que no podía llevarse a cabo ninguna actividad de exploración o explotación minera en su territorio hasta que se dictara la resolución definitiva.

El 31 de octubre de 2013 se llevó a cabo la Audiencia Constitucional en el mismo juzgado, y el 6 de noviembre de 2013 el expediente fue turnado al Juzgado Tercero de Distrito Auxiliar de la Séptima Región, con sede en Acapulco, Guerrero, para que éste proyectara la sentencia correspondiente (Tlachinollan 2016)⁴¹⁸. El 6 de febrero de 2014 fue dictada finalmente la sentencia por este juzgado. En la misma, hay varios aspectos a destacar. Ellos son: a) la incorporación en la sentencia de los estándares que emanan del derecho internacional de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas, algo que ya había sucedido en la caso de la sentencia de la SCJN para el caso de la Tribu Yaqui, b) reconoce la auto-adscripción como elemento fundamental para establecer la identidad indígena; c) precisa los alcances del “interés legítimo”, y encuadra en esta definición a la comunidad demandante en el caso, lo que representa un reconocimiento de que los potenciales afectados por emprendimientos mineros dentro del territorio concesionado, tienen interés legítimo para reclamar por violaciones a sus derechos humanos, incluso cuando lo que esté en juego sea la “sola posibilidad de afectación”; d) reconoce además la existencia de los territorios indígenas, los cuales deben ser protegidos por la Ley; e) invoca explícitamente el protocolo de actuación de jueces para casos donde están involucrados pueblos indígenas pueblos indígenas (SCJN 2014)⁴¹⁹; f) y finalmente establece los contenidos

418 <http://www.tlachinollan.org/informe-juba-wajiin-una-batalla-a-cielo-abierto-en-la-montana-de-guerrero-por-la-defensa-del-territorio-y-la-vida/>.

419 <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/>

mínimos que debe satisfacer el procedimiento de consulta previa a pueblos indígenas (Tlachinollan 2016).

Como resultado final, la sentencia otorgó el amparo para el efecto de que la Secretaría de Economía por conducto de las autoridades que dependan de ésta y dentro del ámbito de sus atribuciones, determine la nulidad, cancelación, suspensión

o insubsistencia de derechos conforme a lo establecido por la ley minera respecto de los títulos de concesión minera en cuestión. Así mismo, se indicó que en cumplimiento de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se deberá realizar la consulta a la comunidad, lo anterior debido a la existencia de la susceptibilidad de daño que podría derivarse de la explotación minera en su territorio.⁴²⁰

Ahora bien, por otro lado, el juez de distrito resolvió sobreseer respecto de la expedición de la Ley minera al argumentar la improcedencia del amparo sobre la omisión legislativa y la inconstitucionalidad de los artículos señalados de la Ley Minera. Ello con el argumento de que, si declaraba la inconstitucionalidad, esto tendría repercusiones generales lo cual llevaría a que se tomara atribuciones que eran específicas del legislador.

No conforme con el fallo, la Secretaría de Economía interpuso recurso de revisión a la sentencia mencionada el 13 de

nueva_version_ProtocoloIndigenasDig.pdf

420 Sentencia de fecha 2 de febrero de 2014 emitida por el Juzgado Tercero Auxiliar de la Séptima Región, con sede en Acapulco en el expediente principal número1131/2013.

marzo de 2014. En el mismo rechazó la pertinencia de la consulta previa y defendió la legalidad con la que actuó la Secretaría de Economía.

Por su parte, la comunidad de San Miguel del Progreso ya había valorado el carácter limitado de la sentencia a su favor, dado que no entró al fondo del tema de la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la Ley Minera, y además dejó en la indefinición los efectos de la sentencia con relación a las concesiones objeto de la litis. Por estas razones y debido a la novedad, interés y trascendencia del caso para el campo jurídico nacional, interpuso su Recurso de Revisión con vistas a lograr que la SCJN ejerciera su capacidad de atracción en torno al caso con el propósito de que resolviera de manera definitiva el caso y además estableciera de una vez reglas claras y de obligatorio cumplimiento para todos los casos semejantes. Esto se concretó el 1 de julio de 2014, cuando la comunidad de San Miguel del Progreso solicitó formalmente que la revisión fuera resuelta por la primera sala del máximo tribunal del país. El 27 de Agosto, el Ministro José Ramón Cossío, asume la solicitud de la comunidad y finalmente el 11 de febrero de 2015, la SCJN acepta reasumir la competencia originaria para conocer del amparo en revisión 393/2015.

Ante esto hecho, la presión de la Secretaría de Economía no se hizo esperar, en específico planteando sus preocupaciones ante la SCJN por la posible declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley Minera. Ante esta situación, y de manera inexplicable, la compañía minera Hochschild decide desistir

de los títulos mineros objeto de la controversia. Aunque no existe información directa que acredite la presión de la Secretaría de Economía, se puede colegir que ante la esta presión y ante un escenario de probable declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley Minera, tanto la empresa como la Secretaría de Economía decidieran renunciar a los títulos de concesión y así conjurar la posible emisión de una sentencia tan relevante por parte de laSCJN.

Como era previsible luego de la renuncia a los títulos, la Secretaría de Economía solicita en octubre de 2015 el sobreseimiento del caso debido a la inexistencia del objeto de la litis -la concesión minera-. A ello se oponen tanto la comunidad como Tlachinollan, pero finalmente el caso es sobreseído por parte de la SCJN. Como consecuencia de esa decisión, la Secretaría de Economía publica el 24 de noviembre de 2015 la “libertad de terreno”, lo cual permite que el mismo pueda volver a ser concesionado. Ante ese Decreto, la comunidad junto con Tlachinollan vuelven a ampararse por haber sido emitido sin consulta y consentimiento previo, libre e informado. Este último recursos sigue en trámite (Tlachinollan2016).

Caso Ixtacamaxtitlán Vs Almaden Minerals: El ejido Tlacoltemi con la asesoría jurídica de Fundar Centro de Análisis e Investigación AC, presentó en 2015 recurso de amparo por la violación tanto del derecho agrario, como de los derechos de los pueblos indígenas al territorio, libre determinación y consulta

previa.⁴²¹ Hasta ahora han obtenido una suspensión provisional mientras el juzgado analiza el fondo de la demanda.

Existen otros casos de comunidades que han dirimido las disputas contra las compañías mineras en la jurisdicción agraria. Por ser casos cuya disputa no está directamente relacionada con la invocación a los derechos humanos, no los incluimos en esta referencia a casos paradigmáticos.

11. ¿Qué casos de violaciones de derechos humanos relacionadas a la cadena minera han sido objeto de una denuncia a nivel internacional? Tenga en cuenta los mecanismos internacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos, sistema de la Organización de Naciones Unidas y Organización Internacional del Trabajo (ver Anexo 2 para una lista referencial de mecanismos internacionales).

Caso Pasta de Conchos Vs. Grupo Minera México (Coahuila, 2006): Caso de accidente por negligencia de Minera México donde quedaron sepultados 65 trabajadores que nunca fueron rescatados por la empresa. Desde 2009 el caso se encuentra en la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH).

También dentro del Sistema Interamericano, en 2011 y a instancias del Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, formado por varias organizaciones de la región, se presentó un informe de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en torno al impacto de la Minería canadiense en América Latina y la responsabilidad

⁴²¹ Para la presentación del amparo, resultó de enorme importancia la experiencia acumulada por los casos de Wirikuta, y de San Miguel del Progreso aquí referidos.

de Canadá en ello. Por parte de México, se documentaron y presentaron los casos de: Cerro de San Padre Vs. New Gold Minera San Xavier; La Vida - Proyecto Caballo Blanco Vs Goldgroup; Wirikuta Vs First

Majestic; San José del Progreso Vs Fortuna Silver; Pueblos de la Montaña de Guerrero Vs Vendome Resources y Hochschild; Chicomuselo Vs. Blackfire Exploration⁴²².

Desde nuestro conocimiento del tema y la revisión realizada, no existen más casos que se hayan tramitado ante los mecanismos internacionales, debido a que los casos de denuncias contra empresas mineras por violación a derechos humanos son relativamente recientes y todavía se encuentran en procesos locales para el agotamiento de los recursos internos.

12. ¿Qué casos han sido objeto de acciones judiciales en el Estado de nacionalidad de la empresamatriz?

Si bien en América Latina existen experiencias de demanda a compañías mineras en los países donde estas están registradas -mayormente a compañías canadienses-, en ninguno de los casos encontrados la demanda provino de alguna comunidad u organización mexicana. Como línea explicativa ante esta ausencia, se sugiere el hecho de que, según la Ley de Inversión Extranjera, las compañías que quieran invertir tienen que registrarse como una nueva compañía en México y no como una filiar de una empresa que tiene su casa matriz en otro Estado.

422 http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_completo.pdf

PARAGUAI



Julio César M. Pallarolas
Ingeniero Industrial
Coordinador del grupo “Paraguay Renovable y Antinuclear”

1. Introducción

Hace 2 años aproximadamente, varias personas y organizaciones civiles decidieron conformar un movimiento cívico denominado: “Paraguay Renovable y Antinuclear”, a raíz de la preocupación por los riesgos que conlleva el proyecto del gobierno argentino de instalar una planta de procesamiento de uranio de la empresa Dioxitek S.A. y una central nuclear Carem en la ciudad de Formosa, en la frontera con nuestro país.

Los fuertes impactos negativos sobre la salud y vida de las personas, y sobre el ambiente, que ocasionaron los accidentes ocurridos en las centrales nucleares de Three Mile Island, Chernobyl y Fukushima, en los años 1.979, 1.986 y 2.011 respectivamente, justifican plenamente la preocupación por las instalaciones nucleares de Formosa.

Varios países europeos decidieron desactivar progresivamente y cerrar sus centrales nucleares¹ debido a los accidentes mencionados. Suecia fue el primer país en 1.980, a raíz del acci-

dente de Three Mile Island, seguido por Italia en 1.987, Bélgica en 1.999 y Alemania en el año 2.000.

Después del accidente de Fukushima, el gobierno alemán decidió cerrar progresivamente todas las centrales nucleares que se encontraban en operación², previendo concluir a más tardar para el año 2.022. Además, varios países tales como: Australia, Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malasia, Malta, Nueva Zelanda, Portugal y Noruega, tenían en el año 2.013 una posición contraria al uso de la energía nuclear para la generación de energía eléctrica.

Obviamente, este cambio a nivel mundial en cuanto al uso de la energía nuclear, propiciará un gran impulso al desarrollo de tecnologías para mejorar el aprovechamiento de las fuentes renovables de energía, especialmente de la solar y eólica, y para reducir sus costos.

2. El Paraguay no necesita de energía nuclear

La demanda máxima de potencia del Sistema Eléctrico Nacional (SEN) estaba próxima a alcanzar los 3.000 MW el año pasado³, la cual es todavía holgadamente atendida por las potencias instaladas de 7.000 MW y 1.600 MW que corresponden al Paraguay en las Centrales Hidroeléctricas de Itaipú y Yacyretá, construidas con el Brasil y la Argentina respectivamente.

La Central Hidroeléctrica de Acaray, construida íntegramente en territorio paraguayo, aporta también 210 MW para cubrir la demanda de energía eléctrica del país.

Además de esa potencia hidroeléctrica ya instalada, se tiene previsto instalar otros 3 hidrogeneradores, con una potencia total de 270 MW, en la presa Aña Cuá de la Central Hidroeléctrica de Yacyretá, y existe la posibilidad de construir otras 2 grandes centrales hidroeléctricas con la Argentina, así como de instalar pequeñas centrales sobre el río Ypané.

Por otra parte, según el Vice Ministerio de Minas y Energía, nuestro país tiene una radiación solar de 1.725 kWh/m² y aproximadamente 300 días claros al año, por lo que la energía solar se constituye en la mejor alternativa para ampliar la oferta de energía eléctrica y sustentar el desarrollo del país, a través de la implantación de parques solares.

Por lo tanto, nuestro país no necesita recurrir a la energía nuclear para generar energía eléctrica, por lo menos en un futuro próximo, pero infelizmente muchas veces los intereses empresariales y políticos influyen en las decisiones sobre el plan energético y la extracción del subsuelo de minerales como el uranio, que representan un serio riesgo para las personas y el ambiente.

3. El elemento uranio

El uranio es un elemento descubierto en 1.789 por el químico alemán Martin Klaproth, mientras analizaba muestras de mineral de plata provenientes de las minas checas de Joachimstal, y fue localizado en un mineral conocido con el nombre de pechblenda.

En estado puro, el uranio es un metal de color plateado blanquecino, casi tan resistente como el acero, pero pocas veces se lo utiliza en esta forma, siendo lo más corriente trabajar con sus óxidos, como el U_3O_8 que es el más estable.

El uranio es un elemento metálico y radiactivo, que se encuentra en la naturaleza en concentraciones muy bajas, en forma de una mezcla de tres isótopos: uranio-234 (0,01%), uranio-235 (0,71%), y uranio-238 (99,28%), que tienen el mismo número atómico o de protones (92) en el núcleo, pero difieren en el número másico y en sus propiedades. Es el elemento más pesado que se encuentra en la naturaleza y se trata de un elemento peligroso por ser radiactivo y químicamente tóxico.

El núcleo de un elemento radiactivo como el uranio es inestable, esto significa que emite partículas alfa (núcleos de helio) y/o beta (electrones) espontáneamente, con lo que dicho elemento se transforma en otro, sin intervención externa. Este proceso se conoce con el nombre de “decaimiento radiactivo” o “desintegración”, y a veces es acompañado por la emisión de radiación gamma, que es una radiación electromagnética semejante a los rayos X.

Aparte de ser radiactivo, el uranio posee una propiedad importante que lo hace apto para ser utilizado tanto en centrales nucleares como en armas atómicas, que es su capacidad de fisión, o sea la capacidad de dividirse en dos fragmentos más livianos cuando es bombardeado con neutrones, liberando energía.

De los 3 isótopos mencionados, solamente el uranio-235 puede sostener una reacción en cadena, porque la fisión de cada átomo de ese isótopo produce suficientes neutrones como para bombardear y fisionar otros átomos, de manera que el proceso de fisión se sostiene sin intervención de ninguna fuente externa de neutrones.

En función a esa propiedad, se incrementa artificialmente la proporción natural de uranio-235 con relación a los otros 2 isótopos, y la mezcla obtenida con aproximadamente 3% de uranio-235 se conoce con el nombre de “uranio enriquecido”. La mezcla que contiene una proporción menor que la natural de uranio-235, es decir mayor proporción de uranio-238, es conocida como “uranio empobrecido”. El uranio enriquecido se utiliza para la fabricación de bombas atómicas y en las centrales nucleares, mientras que el uranio empobrecido se utiliza para el blindaje de tanques y en proyectiles militares, por su alta densidad y penetración.

En contraste, el uranio-238 no puede sostener una reacción en cadena, pero puede ser convertido en plutonio-239, el cual puede generar una reacción en cadena. El plutonio-239, es un elemento que no existe en la naturaleza, pero fue producido por el hombre y utilizado en la primera bomba atómica probada el 16 de julio de 1.945 y en la bomba que se arrojó sobre Nagasaki el 9 de agosto de 1.945.

4. La minería de uranio

De acuerdo a un informe⁴ de la Organización Internacional de Energía Atómica (OIEA): “Hasta principios del decenio de 1.940, el uranio se obtenía como subproducto de las industrias del vanadio y del radio, y el consumo total mundial era de unas cuantas toneladas anuales. A principios de los años 50 la producción mundial se había elevado a más de 800 toneladas anuales, y ha continuado en aumento desde entonces. En 1.979 se encontraban en funcionamiento más de 50 plantas de tratamiento de uranio y se producían aproximadamente 38.000 toneladas de uranio. Para ello se trataron más de 65 millones de toneladas de materias primas, aproximadamente la mitad era mineral de nueva extracción y el resto residuos procedentes de operaciones tales como la extracción de mineral de oro en Sudáfrica”.

El documento también informa que: “Hasta los primeros años del decenio de 1.950 el mineral de uranio se extraía casi totalmente de minas subterráneas. En años posteriores ha aumentado constantemente la cantidad producida en minas a cielo abierto, y actualmente se extrae más mineral de las minas de este tipo que de las subterráneas. Sin embargo, todavía las minas subterráneas producen más uranio ya que la ley de los minerales de ellas extraídos es superior a la de las menas a flor de tierra”.

Continúa diciendo el informe: “La decisión sobre el mejor sistema de extracción minera en un determinado yacimiento puede presentar problemas difíciles. Es necesario considerar numerosos factores tales como la profundidad del yacimiento, la importancia del depósito, la ley del mineral, las condiciones del

suelo, la topografía de la superficie, etc. Se debe considerar individualmente cada depósito antes de preparar la planificación de la mina. Ciertas minas subterráneas se encuentran a menos de 30 metros de profundidad, en tanto que algunas excavaciones a cielo abierto alcanzan profundidades de cerca de 150 metros. Actualmente se trabaja en una mina subterránea en Mr. Taylor (Estados Unidos) a una profundidad de 1.000m, y las minas de oro de Sudáfrica que producen uranio como subproducto son todavía más profundas”.

Según un manual⁵ de la organización Greenpeace: “Desde la búsqueda del mineral hasta la puesta en producción de un yacimiento de uranio, se reconocen etapas bien diferenciadas, como son: estudios de potencialidad uranífera, prospección, exploración-evaluación, extracción, tratamiento del mineral y recuperación del Uranio”.

Sigue diciendo el manual: “Una vez definida la potencialidad uranífera de una unidad geológica, en las áreas promisorias, se pasa a la etapa de prospección donde se aplican las técnicas de geofísica y geoquímica más convenientes a fin de delimitar la o las zonas con mayor concentración mineral”.

“En la etapa de exploración-evaluación, se investiga y analiza detalladamente la geología de la zona mineralizada, identificando las unidades rocosas portadoras del mineral, elaborando con la información obtenida mapas geológicos de detalle”.

“La etapa de extracción, tratamiento del mineral y recuperación del uranio se definen por estudios de factibilidad del

proyecto. A partir de allí, mediante ensayos pilotos y el desarrollo de la ingeniería de planta se define el equipamiento minero e instalaciones para la etapa de producción”.

El uranio se encuentra en la roca en muy baja ley o concentración, entre 0,1% y 0,2% del total de la roca procesada, o aproximadamente 1 o 2 kg del elemento por cada 1.000 kg de roca, por lo que existe un gran desperdicio de mineral residual.

Los residuos provenientes de la minería del uranio, están constituidos mayoritariamente por las “colas del mineral” que son las rocas a las que se les extrajo el uranio aprovechable, y por los “estériles de la minería” que son las rocas inutilizables por su muy bajo contenido de uranio. Esos residuos contienen las mismas sustancias radiactivas que poseía el mineral original y que no fueron separadas, como el radio, el torio o el potasio.

En estas minas el mineral pasa por una zona de trituración y molienda, y luego es lixiviado con una solución ácida con agregado de ácido sulfúrico para disolver los óxidos de uranio. Una vez secado el mineral, se obtiene la “torta amarilla” (“yellow-cake”), que contiene un 75% o más de U₃O₈, y es utilizada para preparar el combustible de los reactores nucleares.

Según el manual de Greenpeace, en el 2.012 no existía una alternativa al ácido sulfúrico para los procesos de lixiviación, porque otros ácidos disponibles incrementaban los costos de molienda, eran más corrosivos y tenían mayor potencial de generar impacto ambiental.

En las últimas dos décadas creció exponencialmente el empleo de la tecnología de lixiviación in-situ (ISL), que utiliza ácidos y soluciones alcalinas para extraer el uranio directamente desde el depósito donde se encuentra naturalmente.

Este método utiliza la solubilidad del uranio para extraerlo de las menas sin necesidad de realizar excavaciones. Para ese efecto, es necesario que el yacimiento de mineral de uranio se encuentre confinado entre capas impermeables, y que la roca que contiene el uranio sea permeable.

Este método, que se utiliza solamente en depósito de areniscas, fue el más usado en el año 2009 para la extracción minera del uranio. Técnicamente, el ISL representa un impacto menor en la superficie, porque no produce diques de colas ni depósitos de estériles, pero tiene efectos adversos como la contaminación de las aguas subterráneas, contaminación potencial de los acuíferos circundantes a los pozos de extracción y liberación de soluciones ácidas utilizadas en el proceso en caso de falla o daño en la infraestructura superficial.

La minería, especialmente a cielo abierto, utiliza enormes cantidades de agua, poniendo en peligro la disponibilidad y la calidad de este recurso escaso y vital.

Un tema de especial preocupación en la industria uranífera, es el potencial de contaminación por el decaimiento radiactivo del uranio y sus sub-productos asociados, así como los drenajes ácidos de roca y la lixiviación del metal. Estos contaminantes pueden ser liberados al ambiente a través de distintas vías, incluyen-

do el aire, el agua superficial y acuíferos subterráneos, pudiendo provocar impactos adversos tanto en los trabajadores mineros, como en la población y el ambiente cercano a las minas.

Los drenajes ácidos de roca representan uno de los principales problemas ambientales que enfrenta la minería. Estos drenajes ácidos ocurren cuando los minerales que contienen sulfuros presentes en la roca se exponen al aire o al agua, convirtiendo el sulfuro en ácido sulfúrico. Este ácido puede disolver metales pesados, como el plomo, zinc, cobre, arsénico, mercurio o cadmio, presentes en las rocas y en los residuos o colas, hacia el agua superficial o subterránea. Algunas bacterias presentes naturalmente pueden acelerar significativamente esta reacción. Los drenajes ácidos pueden contaminar gravemente el agua de ecosistemas cercanos así como el agua de consumo humano.

5. Efectos de la minería de uranio sobre la salud y el ambiente

El 04 de marzo de 2.008, el diario ABC Color publicó una nota⁶, por la cual informaba que para el experto Carl Heinz Frey, la explotación del uranio en nuestro país podría tener consecuencias ecológicas negativas por la contaminación radiactiva de una amplia zona y efectos dañinos sobre la salud humana, siendo numerosas las enfermedades que podría ocasionar.

El citado experto manifestó que los productos de descomposición del uranio pueden dañar las células considerablemente, provocar cáncer y dañar la genética cuando los seres humanos

entran en contacto con estos elementos. Debido a la ingestión de uranio el cuerpo sufre consecuencias en la salud de los órganos internos, como por ejemplo los riñones, y también los pulmones son afectados por el polvo radiactivo. Los elementos radiactivos que se siguen desintegrando dentro del cuerpo humano aumentan los riesgos de enfermarse de cáncer. Por otro lado, acotó que la explotación de uranio puede tener influencia sobre la producción hormonal, produciendo el cáncer de la piel, bronquitis, cáncer del pulmón en conjunción con el tabaquismo, enfisema, leucemia, cáncer de riñón, trastornos en los cromosomas, y también existe un mayor riesgo de leucemia en los hijos de mineros de uranio.

El radón es un gas radioactivo, inodoro e incoloro, con una vida media de 3,8 días, que forma parte de la cadena de desintegración del uranio-238. La exposición al radón en minas de uranio ha sido objeto de estudio debido a la elevada incidencia de cáncer de pulmón observada en los trabajadores expuestos.

El radón-222 se desintegra en radioisótopos sólidos de corta duración que al inhalarse se depositan en las vías respiratorias, actuando principalmente en el pulmón, dos de ellos, el polonio-218 y el polonio-214, emiten partículas alfa, siendo ésta la asociada al riesgo de cáncer pulmonar.

Desde 1.986 el radón se encuentra catalogado como agente cancerígeno del Grupo 1 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), y a partir de 1.988 por la International Agency for Research on Cancer (IARC).

La principal fuente de información sobre los riesgos de cáncer de pulmón inducido por el radón surge de los estudios epidemiológicos realizados a partir de 1.993 en trabajadores de minas subterráneas, por la International Commission of Radiological Protection, (ICRP).

Estudios más recientes han proporcionado datos sobre los riesgos de padecer cáncer de pulmón incluso a partir de niveles bajos de exposición, y en Estados Unidos se estima que la exposición a este agente radiactivo constituye la segunda causa para desarrollar cáncer de pulmón, patología que figura entre las principales causas de muerte del país.

Por otra parte, de acuerdo a un informe⁷ de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “El uranio empobrecido es un elemento potencialmente tóxico desde el punto de vista químico y radiológico, y sus órganos diana son fundamentalmente los riñones y los pulmones. Los efectos para la salud dependen de la naturaleza física y química del uranio empobrecido a que haya estado expuesto el individuo, así como del nivel y la duración de la exposición”.

Sigue diciendo el informe: “Los estudios prolongados realizados en trabajadores expuestos al uranio han detectado cierto trastorno de la función renal, que depende del nivel de exposición. No obstante, hay también algunos indicios de que ese trastorno puede ser transitorio y de que la función renal vuelve a la normalidad una vez eliminada la fuente de exposición al uranio”.

Y también agrega: “Las partículas insolubles de uranio inhalado, de 1 a 10 mm de tamaño, tienden a quedar retenidas en el pulmón y pueden provocar radiolesiones en ese tejido, e incluso cáncer de pulmón cuando su presencia supone una dosis de radiación suficientemente alta durante un periodo prolongado”.

La OMS concluye diciendo que: “allí donde el alcance y la naturaleza de la contaminación sean tales que exista una posibilidad razonable de que cantidades importantes de uranio empobrecido lleguen a las fuentes de agua y a la cadena alimentaria, habrá que vigilar los alimentos y las aguas subterráneas, e implantar las medidas apropiadas para cualquier tipo de contaminación por metales pesados. Las directrices de la OMS para la calidad del agua de bebida, 2 mg/l para el uranio, son aplicables al uranio empobrecido”.

6. La minería de uranio en Paraguay

El 30 de abril de 2.007 fue promulgada por el presidente Nicanor Duarte Frutos la Ley N° 3.180, Ley de Minería, que en el Art. 5 establece que: “La prospección, exploración y el aprovechamiento de minerales radiactivos se registrarán por esta Ley en los aspectos que no estuvieran específicamente establecidos en las normas internacionales”.

La citada ley también establece que los permisos de prospección y de exploración pueden ser otorgados por superficies de hasta 100.000 y 50.000 hectáreas mineras respectivamente, y que

cada concesión de explotación puede abarcar hasta 25.000 hectáreas mineras.

Cumpliendo con lo dispuesto en la Resolución CGR N° 571/07, del 30 de mayo de 2.007, la Contraloría General de la República realizó un examen especial para verificar la aplicación y cumplimiento de las normativas que regían en ese momento para las concesiones y los permisos otorgados por el Viceministerio de Minas y Energía, para la prospección, exploración y explotación de los recursos minerales en el territorio nacional.

Entre las conclusiones de dicho trabajo, publicadas en octubre de 2.008, se destacan las siguientes:

1) La Ley N° 93/14 “De Minas” estuvo vigente cerca de un siglo y, dada su antigüedad, se encontraba considerablemente desactualizada, lo que hacía difícil su aplicación en cuanto a los requisitos, incentivos, responsabilidades y compromisos por parte del concesionario y el Estado. En este contexto, los requisitos y condiciones de permisos y concesiones se establecieron mediante decretos, resoluciones y leyes específicas de concesión, sin ajustarse a la ley marco. La “actualización” de la ley no fue realizada hasta abril del 2.007, fecha en que fue promulgada la Ley N° 3.180/07 “De Minería”, que deroga la anterior.

2) El monto exigido como seguro de cumplimiento de contrato, en el caso de las concesiones, no constituyen un respaldo suficiente de la implementación de los programas de inversión comprometidos. El MOPC no exigió el cumplimiento de la ley en los siguientes casos: a) los plazos establecidos en las leyes de

concesión, en cuanto a la duración de los periodos (concesión de prórrogas/inicio de las fases siguientes y otros) y el pago de los cánones anuales. b) presentación de informes trimestrales que expresen los trabajos realizados, inversiones efectuadas, resultados y avances técnicos del programa.

3) Los controles del MOPC son deficientes, no aseguran el cumplimiento de los contratos de concesión y resoluciones de permisos y, por ende, no son efectivos para precautelar los intereses del Estado. En tal sentido, el ente no realiza fiscalizaciones periódicas como lo estipulan las leyes de concesión, a fin de controlar y efectuar el seguimiento a los compromisos asumidos por las empresas. Además, aprueba los informes sobre las inversiones realizadas sin exigir los documentos de respaldo.

4) El MOPC cumple en forma discrecional con lo establecido por el Art. 12 de la Ley N° 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, según el cual se requiere la Licencia Ambiental para obtener autorizaciones de otros entes públicos. Además, no exige el cumplimiento del artículo de “Protección del Medio Ambiente” de las leyes de concesión.

Posteriormente, el 14 de julio de 2011 fue promulgada por el presidente Fernando Lugo Méndez la Ley N° 4.269, por la cual se modificaron 23 artículos de la Ley N° 3.180, Ley de Minería, entre ellos el Art. 5, que quedó redactado de la siguiente manera: “La prospección, exploración y la explotación de minerales radiactivos se regirán por esta Ley en los aspectos que no

estuvieran específicamente establecidos en las normas internacionales, ratificadas por el Paraguay”.

Por dicha ley, la superficie máxima de prospección que cada persona física o jurídica podía acumular fue aumentada a 400.000 hectáreas mineras, siendo modificados también los plazos máximos y cánones territoriales para los permisos de prospección y explotación, y para las concesiones de explotación.

El 31 de mayo de 2.013 fue promulgada por el presidente Federico Franco Gómez la Ley N° 4.035, por la cual fueron modificados 21 artículos de las Leyes N° 3.180 y 4.269, pero en esta oportunidad el Art. 5 no fue modificado. El Art. 65 establece que en la fase de explotación la concesionaria pagará al Estado una regalía equivalente del 2,00% al 8,40% sobre la renta trimestral de la concesionaria.

En medio de todos esos cambios de la Ley de Minería, el gobierno paraguayo suscribió un contrato con la empresa minera Transandes Paraguay S.A., para la exploración y explotación de minerales metálicos y no metálicos, gemas preciosas y semi-preciosas, localizadas en la Región Oriental de nuestro país, que fue aprobado por la Ley N° 3.575. Esta ley fue promulgada por el presidente Nicanor Duarte Frutos el 14 de agosto de 2.008, un día antes de entregar el poder a Fernando Lugo Méndez.

La superficie habilitada para la exploración fue de 318.650 hectáreas, por lo tanto fuera del límite máximo establecido por la Ley de Minería en ese momento, y la superficie de explotación fue de 25.000 hectáreas. La Concesionaria se comprometió a pagar al

Poder Ejecutivo un canon territorial anual de US\$ 1,00 y US\$ 2,25 por hectárea, durante la exploración y explotación respectivamente, para “asegurar la disposición eficiente de las áreas otorgadas”.

El plazo de exploración concedido fue de 2 años, con la posibilidad de prórroga por 1 año, y se estableció que la Concesionaria podía suspender temporalmente la exploración por un plazo de hasta 6 meses, por motivos fundados. El plazo de explotación acordado fue de 20 años, prorrogable por periodos de 5 años.

En el contrato con la empresa Transandes S.A. también se estableció que la concesionaria pagará al Estado una regalía equivalente al 2,5% sobre el valor FOB de la producción comerciable.

La habilitación para extraer uranio se menciona de manera irrelevante en el mencionado contrato. En efecto, el Art. 13.1 establece que: “La Concesionaria podrá disponer de los minerales que extraiga de los desmontes, relves y escorias, dentro del área de concesión. La Concesionaria podrá exportar y vender libremente todos los minerales, en cualquier forma, producidos en el área de concesión. Para casos de minerales como el uranio, que pudiera requerirse por razones energéticas para cubrir la demanda del mercado interno, la Concesionaria antes de exportar, brindará prioridad, en atender y cubrir la demanda del mercado interno paraguayó”.

En el Art. 19.6, inciso a, se establece que: “Los desechos con presencia de material radioactivo serán almacenados confor-

me a las normas internacionales, y se dispondrá de ellos en coordinación con la Comisión Nacional de Energía Atómica”.

A pesar de que nuestro país no necesita de la energía nuclear para sostener su desarrollo, y de los enormes riesgos que representa la explotación de uranio, los últimos y actuales gobernantes del Paraguay han decidido incluir al país en la cadena de producción del combustible nuclear que puede ser utilizado para generación de energía eléctrica y fabricación de la bomba atómica o armamento militar.

La Región Oriental del país, de donde se tiene previsto extraer el mineral de uranio, y por donde dicho material radiactivo sería transportado, abarca el 39% del territorio nacional y alberga al 97% de la población. Tiene más de 800 ríos y arroyos, y el 95% de sus tierras son cultivables.

Una de las áreas de exploración de yacimientos de uranio se encuentra situada cerca de la ciudad de Yuty, en el Departamento de Caazapá, que es el tercer productor de arroz a nivel nacional, el cuarto de maíz y tabaco, y también produce soja, algodón, trigo, caña de azúcar y mandioca. La ganadería también es un rubro muy importante de dicho departamento.

Obviamente, el contrato suscrito por el gobierno paraguayo con la empresa Transandes Paraguay S.A., para la exploración y explotación de uranio en una zona productora de alimentos es un verdadero despropósito, que seguramente traerá muchos perjuicios al país.

La empresa Uranium Energy Company (UEC) es una empresa minera y de exploración con sede en los Estados Unidos, que según informa es administrada por profesionales con vasta experiencia en la exploración y explotación de uranio.

La página de internet de dicha compañía⁸ informa que la exploración de uranio en el sudeste del Paraguay fue iniciada en 1.976 por la empresa Anschutz Corporation de Denver, Colorado, en representación de una asociación tipo joint venture con Korea Electric Power Corporation and Taiwan Power Company. Aproximadamente 75.000 metros de perforaciones fueron realizadas por Anschutz entre 1.976 y 1.983, y luego los trabajos fueron interrumpidos a causa de los bajos precios del uranio.

En julio de 2.006 la compañía Cue adquirió una opción en el Proyecto Yuty y comenzó un programa de perforaciones. Entre 2.007 y 2.010 la compañía realizó 31.000 metros de perforaciones y adquirió el 100% de los derechos sobre el proyecto. El 30 de marzo de 2.012, las acciones de la compañía Cue fueron transferidas a Uranium Energy Company, que por lo tanto tiene el 100% de los derechos sobre el Proyecto Yuty.

Una información de fecha 21 de agosto de 2.010, levantada en un blog de internet⁹, daba cuenta que se había presentado un conflicto entre empresas mineras: “El empresario Omar Adra, ejecutivo de la minera latinoamericana Uramérica, una empresa que se formó en Londres y que tiene subsidiarias en Argentina y Colombia, se encuentra en Asunción. Vino al país preocupado por las informaciones sobre la imputación fiscal a Horacio Pablo

Fialayre y Esteban Burt Artaza, hecha por el fiscal Miguel Vera Zarza, por supuesta apropiación de documentaciones, extorsión, destrucción o daño de documentos. Ambos abogados están relacionados con empresas que tienen la concesión para la explotación de uranio en Yuty, Caazapá, hoy totalmente paralizada”.

Sigue diciendo la noticia: “La empresa Uramérica tiene interés en desarrollar en el país proyectos de minería para la explotación de uranio en el futuro, pero firmas como Transandes S.A. y Coronel Oviedo Mining S.A. estarían impidiendo que firmas como la mencionada se instalen en los bloques donde están comprobados la existencia de abundante uranio”.

Mientras el pueblo paraguayo, por desinformación y/o pasividad, se omitía de rechazar la minería de uranio, el gobierno actual del presidente Horacio Cartes ofrecía el uranio a ser extraído de Yuty y Cnel. Oviedo al gobierno argentino, según una nota¹⁰ publicada por el diario ABC Color el 08 de julio de 2.014.

De manera a concientizar a la población y a nuestras autoridades, el movimiento “Paraguay Renovable y Antinuclear” promovió la realización de una audiencia pública el 28 de abril de 2.015, en la Sala Bicameral del Congreso Nacional, sobre el tema: “Explotación de uranio en Paraguay e instalación de plantas nucleares en Formosa”, de la que participaron también ciudadanos de dicha provincia argentina.

Al finalizar la audiencia, varios participantes suscribieron una nota dirigida al Papa Francisco, quien estaba por realizar una

visita al Paraguay en el mes de julio de ese año. En la nota se decía lo siguiente:

“Santo Padre, el Paraguay y la Argentina, son países hermanos bendecidos con abundantes recursos naturales y energías renovables para sustentar sus respectivos desarrollos, sin necesidad de recurrir a la energía nuclear, que podría suponer riesgos para la vida y el Medio Ambiente, inclusive para el Acuífero Guaraní, la mayor reserva de agua dulce conocida en el mundo, que es compartida por 4 países.

Por ese motivo, como ciudadanos paraguayos y argentinos, reunidos en Audiencia Pública realizada el día de hoy, en la Sala Bicameral del Congreso Paraguayo, en la ciudad de Asunción, nos dirigimos a Su Santidad para expresarle nuestra profunda preocupación por los siguientes proyectos de energía nuclear, que nuestros gobernantes llevan adelante con corazones endurecidos:

1) Explotación de uranio próxima a iniciarse en las zonas de Yuty y Cnel. Oviedo, en la Región Oriental del Paraguay, donde abundan centros urbanos, tierras fértiles, pasturas y cauces de agua;

2) Traslado a Formosa de una planta de procesamiento de uranio de la empresa Dioxitek S.A., expulsada de la Provincia de Córdoba, e instalación allí también de una central nuclear de 150MW.

Resaltamos que la potencia prevista para la central nuclear de Formosa, es equivalente a la de apenas 1 unidad generadora de la central hidroeléctrica de Yacyretá, que paraguayos y argenti-

nos conseguimos construir trabajando juntos. Además, mediante el entendimiento fraterno, podemos aún ampliar Yacyretá, y construir otras 2 nuevas centrales hidroeléctricas.

Por lo expuesto, imploramos la mediación de Su Santidad ante los gobiernos de Paraguay y Argentina, de modo que desistan de los proyectos de energía nuclear mencionados, y adopten políticas anti-nucleares similares a países más desarrollados”.

7. La planta de procesamiento de uranio de Dioxitek S.A.

La empresa argentina Dioxitek S.A. es una sociedad anónima estatal, cuyas acciones pertenecen en un 99 % a la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y el 1 % restante a la provincia de Mendoza. Fue creada con el objetivo de garantizar el suministro de dióxido de uranio, que se utiliza en la fabricación de los elementos combustibles para las centrales nucleares de Embalse y Atucha I en la Argentina.

A pesar de la oposición de los vecinos, la empresa se encontraba desde 1.997 operando una planta industrial en la ciudad de Córdoba, que en realidad había sido instalada en 1.982. En ese predio se encontraba una loma conocida como “el chichón”, donde se había almacenado un volumen de aproximadamente 35 mil metros cúbicos de residuos radiactivos o cola de mineral, equivalente a 56 mil toneladas, que según los expertos contaminaban el agua, suelo y aire.

En septiembre de 2.012 la Municipalidad de Córdoba clausuró las instalaciones de la empresa por violar la ordenanza de

uso de suelo, por no tener habilitación para funcionar y por operar “violando normas de higiene y seguridad”.

En noviembre de 2.012 la Municipalidad de Córdoba suscribió un acuerdo¹¹ con la CNEA y la empresa Dioxitek S.A., por el cual concedió un plazo de hasta 2 años para el traslado de la planta procesadora de uranio, y la empresa se comprometió a remediar ambientalmente el depósito de colas de mineral, y a realizar un monitoreo ambiental durante por lo menos 20 años.

Después de que la reubicación de la planta de tratamiento de uranio de Dioxitek S.A. sea rechazada en otras ciudades de la Provincia de Córdoba, Mendoza y La Rioja, la empresa consiguió reubicarla en la ciudad de Formosa, donde se instaló la controversia.

El rechazo de la instalación de la planta de Dioxitek S.A. en Formosa, por los pobladores de la ciudad paraguaya de Pilar, fue transmitida al actual presidente Horacio Cartes, a través de una carta abierta de fecha 25 de febrero de 2.014, de la organización “Ciudadanos por la Vida”, que decía: “hoy nos vemos en la urgente necesidad de unir fuerzas, para que pueblo y autoridades realicen todas las gestiones y trámites necesarios para evitar el riesgo que significaría para la salud y la vida la instalación de una planta procesadora de uranio. En efecto tenemos conocimiento a través de los medios de prensa de la intención del gobierno argentino de continuar con su plan nuclear en la Provincia de Formosa. Motivo por lo que le solicitamos unirse al clamor del pueblo y juntos dar un firme rechazo a tan arbitraria determinación”.

La mencionada nota, suscrita también por el Diputado Pedro Alliana, quien actualmente es presidente de la Cámara de Diputados y del Partido Colorado, partido que gobierna el país hasta el 2018, fue totalmente desconsiderada, habida cuenta que el propio gobierno paraguayo ofreció el uranio a ser extraído de Yuty y Cnel. Oviedo al gobierno argentino, según una nota publicada por el diario ABC Color el 08 de julio de 2014.

El 24 de abril de 2014 se realizó en la ciudad de Formosa una audiencia ciudadana con relación al tema: “Los derechos humanos y la contaminación ambiental. Caso Dioxitek”. En dicha audiencia, Gretel Schaj, de Los Verdes, expresó que: “Hacemos manifiesto nuestro rechazo a la instalación de Dioxitek en Formosa, como también de cualquier otro tipo de emprendimiento nuclear. Dioxitek no es una cuestión aislada, sino que implica todo el ciclo del uranio, desde su extracción por medio de minería a cielo abierto, hasta su utilización para producir energía en las centrales nucleares. Es por esto, que la solución viene de la mano del abandono de la utilización de este tipo de energía que es altamente costosa, en términos económicos y ambientales”.

También en el mes de abril de 2014, la organización Greenpeace emitió un comunicado en el que manifiesta: “En 2013 la energía atómica aportó sólo el 4,3% de la electricidad generada en Argentina, mientras que para el año 2016, de acuerdo a lo establecido por la Ley 26.190, las energías renovables deben aportar el 8% y ya se debate en el Congreso elevar esa meta al 20% para 2025. Esto demuestra la viabilidad de iniciar un plan de

abandono de los impactos de todo el ciclo del combustible nuclear, incluido el proceso de producción de dióxido de uranio que se realiza en Dioxitek, así como la minería que esta actividad exige, los residuos radiactivos que genera y los peligros inherentes a la operación de cualquier reactor atómico”.

La organización también expresaba: “Greenpeace considera que Dioxitek no debe relocalizarse, debe dejar de operar dentro del plazo establecido por el convenio entre la CNEA y la Municipalidad de Córdoba. Ninguna otra zona del país debe asumir el riesgo que este traslado supone, ni convertirse en una nueva zona sacrificable por el peligro inherente a todo el ciclo del combustible nuclear. Greenpeace promueve una revolución energética que reemplace los combustibles fósiles y la energía atómica por fuentes limpias, seguras y renovables, como la eólica. De esta manera, Argentina podrá recuperar su soberanía energética, generar un 85% de su energía en base a fuentes renovables, sin energía atómica, reduciendo un 80% sus emisiones”.

Así también, según una nota publicada el 18 de julio de 2.014 por el diario Última Hora de nuestro país, el obispo de Formosa, Monseñor José Vicente Conejero, expresaba que: “Nuestra postura es muy clara. Hemos escuchado muchas opiniones en contra y a favor, incluso hemos dialogado con la propia presidenta de la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), Norma Luisa Boero, pero no nos han convencido. Creemos que no resulta necesario ni conveniente que se instale en Formosa una planta de uranio y mucho menos un reactor nuclear”.

El 05 de octubre de 2.014, Monseñor Conejero dirigió una nota a 2 representantes de la Asociación de Profesionales de la Comisión Nacional de Energía Atómica Nacional (APCNEAN), a raíz de una carta que los mismos habían enviado al Papa Francisco con relación al proyecto de instalación de la planta de Dioxitek S.A. y una central nuclear Carem en Formosa.

En dicha nota, Monseñor Conejero manifestaba que: “No solo he expresado, privada y públicamente, sino mantengo, y con más fuerza que nunca, que ambos proyectos en Formosa son un verdadero despropósito; de ahí, que afirme que no son necesarios ni convenientes”.

Después de mencionar que el Papa Francisco le había enviado una nota de apoyo de puño y letra, el 22 de julio de 2.014, Monseñor Conejero manifestaba que: “No todos los proyectos de las naciones, por más desarrolladas y progresistas que sean o aspiren a ello, son siempre los más adecuados, y de hecho, algunos de ellos relacionados con la energía nuclear, a la larga, atentan y pueden perjudicar a los seres humanos, a los seres vivientes, al medio ambiente y a la creación entera”.

Según una nota publicada¹² el 13 de noviembre de 2.014 por el diario La Izquierda: “Las razones de tal rechazo no son pocas. La empresa estatal Dioxitek S.A. tiene un largo prontuario de irregularidades. Con la complicidad de los gobiernos de turno, radicales y peronistas, ha incumplido normas municipales, deramaba sustancias radioactivas en el desagüe vecinal, enterró

material radioactivo y, sumado a esto, ya sufrió dos incendios, uno en 2.001 y el otro en el 2.008”.

En la nota se continúa diciendo: “Sin embargo, el gobierno de Gillo Insfrán la ha salido a recibir con los brazos abiertos. A pesar del rechazo de la población, sobre todo de sectores de la juventud, ya han anunciado con bombos y platillos el Polo Tecnológico en el que se instalará Dioxitek. La planta será instalada a pocos kilómetros de la Ciudad de Formosa, y en estrecha cercanía al Barrio NamQom, una comunidad aborígen intensamente perseguida por luchar y también con un gran conflicto de tierras”.

A pesar de la controversia, la nueva planta de la empresa Dioxitek S.A. está en proceso de construcción en el Polo Científico Tecnológico en las afueras de la ciudad de Formosa, y a inicios de este año las obras registraban un avance del 40% según informaciones publicadas.

En dicha planta se realizará la purificación y conversión del concentrado de uranio, proveniente de los centros mineros fabriles de la Argentina y/o U3O8 de importación y/o UO2 proveniente del reciclaje a través de procesos químicos, obteniendo como producto final dióxido de uranio (UO2) de pureza nuclear.

A través de operaciones físico-químicas el proceso convertirá la materia prima en un sólido de pureza nuclear y grado cerámico apto para ser utilizado como combustible en las centrales nucleares argentinas.

El agua que será utilizada en la planta, durante la fase de operación, será obtenida del canal que llegará al Polo Científico Tecnológico desde el río Paraguay.

8. La central nuclear Carem 150

En una nota¹³ del 01 de agosto de 2.013, levantada por el Centro Mandela de Derechos Humanos en su página de internet, que lleva por título: “Alertan sobre reactor nuclear en Formosa y los problemas ambientales que puede provocar”, se informa que el Dr. Biol. Raúl Montenegro dijo: “La Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y el gobierno de la provincia de Formosa, en tratativas secretas, convinieron instalar un reactor nuclear Carem de 150 megavatios en uno de estos cinco posibles sitios seleccionados: Colonia Bouvier, Monte Lindo, La Emilia, Riacho Pilagá y Riacho Tohué, todos juntos al río Paraguay”.

El Dr. Montenegro agregó: “El Carem es experimental. No hay ningún Carem construido ni en funcionamiento. Actualmente se está construyendo ilegalmente un Carem de 25 megavatios en Lima, provincia de Buenos Aires. Violando la normativa vigente, la construcción de su obra civil empezó sin que el estudio de impacto ambiental estuviera terminado, y sin audiencia pública. La ley parece regir para los ciudadanos, no para los gobiernos”.

Y siguió diciendo: “En cuanto al proyectado Carem formoseño de 150 megavatios, es otro experimento pero seis veces más peligroso por su tamaño y mayor contenido potencial de materiales altamente radiactivos. Está además convenientemente

alejado de la ciudad de Buenos Aires, donde se está creando en Lima una inédita y peligrosa concentración de reactores nucleares: uno antiguo y fallado (Atucha I), un segundo que mezcla antigüedad con piezas nuevas (Atucha II) y un tercero en construcción, nunca probado (el Carem 25)”.

También sostuvo que: “en el caso del peor accidente posible, algo que le puede suceder al Carem, el impacto por contaminantes altamente radiactivos lanzados al aire podría extenderse 500 kilómetros o más alrededor del reactor dañado, y si hay derrame al río Paraguay, afectar los sistemas de provisión de agua del Chaco, Corrientes, Santa Fe y todas las provincias ubicadas aguas abajo a lo largo de 1.200 kilómetros de río (Paraguay, Paraná, de la Plata). En ambos casos, Paraguay sería uno de los lugares más afectados por estar situado frente a Formosa y aguas debajo de cualquier localización que se decida”.

Conforme a una publicación¹⁴ del diario Última Hora, de fecha 18 de febrero de 2.015, la entonces presidenta de la Argentina dijo que: “Y tenemos que ir por más en este Plan Nuclear Argentino. Por eso las próximas metas tienen que ser la puesta en marcha del alargamiento de vida de Embalse de Río Tercero; la segunda, la construcción de Atucha III y también, la construcción del reactor nuclear CAREM, que ya ha comenzado. Para los que no lo saben, porque suena como un nombre raro, ¿qué dirá esta mujer, que será esto de CAREM?. CAREM es un reactor nuclear diseñado, proyectado, no solamente el reactor sino su combustible, por argentinos, son pequeños reactores de 25 megavatios

que van a permitir dar energía a las pequeñas localidades en el interior. La primera va a ser la provincia de Formosa y por eso también nos está acompañando aquí el Gobernador de esa provincia. Pero también, al ser un reactor nuclear, puede ser también aprovechado para toda la industria de defensa en general”.

La potencia de la central nuclear Carem que el gobierno argentino proyecta instalar en Formosa sería en realidad de 150 MW, lo que equivale a la potencia de apenas una sola de las 20 máquinas hidrogenadoras de la Central Hidroeléctrica de Yacyretá, en cuya presa Aña Cuá se tiene previsto instalar otras 3 máquinas con una potencia total de 270 MW.

Tampoco se justifica instalar una central nuclear para generar energía eléctrica, cuando en otros países esa tecnología está siendo desactivada por los riesgos inherentes, y más aún cuando existen otras alternativas, como el enorme parque solar de 1.000 MW de potencia que el propio gobierno argentino proyecta construir en Jujuy¹⁵.

Entonces, posiblemente la última frase del citado discurso de la entonces presidenta Cristina Fernández Vda. de Kirchner deleve el objetivo real de la central nuclear en Formosa: “puede ser también aprovechado para toda la industria de defensa en general”, es decir, se puede inferir que el gobierno argentino tendría la intención de desarrollar armamento nuclear con su programa.

El riesgo de contaminación del río Paraguay y del Acuífero Guaraní, con los residuos radiactivos que se producirán durante

la operación normal de la central nuclear, es otro fuerte argumento contra la construcción de dicha planta en Formosa.

El 08 de abril de 2.014, el diario ABC Color informó¹⁶ que la delegación paraguaya en el Mercosur, había presentado su enérgico rechazo a la instalación del reactor Carem en Formosa, durante la XXIX Sesión Ordinaria realizada en Montevideo, por considerarlo un serio riesgo al medio ambiente, la salud pública y a los países vecinos.

La nota periodística informa que el plan nuclear argentino fue debatido en la sesión, pero que no existió consenso entre las posiciones de los legisladores de Paraguay y Argentina. El tema se llevó a votación a mano alzada y la propuesta paraguaya obtuvo 20 votos. Además, se indica que la delegación de Brasil se abstuvo.

9. Conclusión

El Paraguay no necesita de la energía nuclear para sostener su desarrollo, sin embargo los gobernantes propiciaron su inclusión en la cadena de producción del combustible nuclear, deoyendo el rechazo de la ciudadanía y poniendo en riesgo de contaminación tóxica y radiactiva a una importante zona productora de alimentos.

Los posibles costos ocultos de la explotación de uranio, por contaminaciones durante su extracción, lixiviación y transporte, tanto en pérdida de vidas humanas, salud pública y daños irreversibles al ambiente, hacen totalmente desaconsejable este

tipo de minería, más aún en un país como el nuestro, en que los controles ambientales y sanitarios son muy poco eficientes.

Por lo tanto, las actuales o futuras autoridades paraguayas deben cancelar los contratos de concesión para la exploración y explotación de uranio en nuestro país, y promover la mayor utilización de las abundantes fuentes de energía renovable, con lo que además, se desactivarían los proyectos nucleares de Formosa.

El 26 de mayo de 2.015, un gran número de docentes y alumnos de la Universidad Iberoamericana de Asunción dirigió una nota al Papa Francisco, quien visitó nuestro país en el mes de julio de ese año, solicitando su intermediación sobre el asunto de la central Carem.

En el párrafo final de dicha nota, se reproducen las siguientes expresiones de un cacique guaraní, que sirven también para cerrar este trabajo: “Nosotros vivimos en armonía con la naturaleza, con la selva. En ella nuestro Padre Grande nos ha dado todo lo necesario para comer y nos ha enseñado como relacionarnos con ella para no destruirla, para que los árboles y los animales que nos dan el sustento no se enojen, puedan seguir reproduciéndose y nos ofrezcan los alimentos que nosotros, con respeto, tomamos agradecidos. Pero vinieron ustedes, los blancos, que son demasiado vivos, demasiado inteligentes, demasiado orgullosos de lo que saben hacer, y no se dan cuenta de que todos los hombres, indígenas o blancos, somos ignorantes, somos tontos, si no hacemos lo que quiere que se haga Aquel que sostiene el mundo”.

REFERENCIAS

1. Wikipedia: “Nuclear power phase-out”.
2. Nota de Annika Breidthardt publicada por la Agencia Reuters el 30/05/11: “German government wants nuclear exit by 2022 at latest”(http://uk.reuters.com/article/2011/05/30/us-germany-nuclear-idUKTRE74Q2P120110530).
3. Libro del Ing. Ricardo Canese, publicado en diciembre de 2.016, con el título: “Energía Eléctrica en Paraguay - Soberanía, Derechos Humanos y Desarrollo”.
4. Informe de D. C. Seidel del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), publicado con el título: “Extracción de uranio de sus menas”.
5. Manual de la organización Greenpeace, publicado en agosto de 2.012, con el título: “Uranio – Combustible de los reactores atómicos y la industria militar”.
6. Nota publicada por el diario ABC Color, el 08 de marzo de 2.008, con el título: “Explotación de uranio podría tener consecuencias negativas para la salud” (http://www.abc.com.py/edicion-impres/interior/explotacion-de-uranio-podria-tener- consecuencias-negativas-para-la-salud-1048883.html).
7. Informe de la Organización Mundial de la Salud, publicado con el título: “Uranio empobrecido: origen, exposición y efectos en la salud”.

8. Página de internet de la empresa Uranium Energy Company (UEC): <http://www.uraniumenergy.com/projects/paraguay/yuty-isr-project>.

9. Noticia publicada en internet con el siguiente título: “Conflicto por uranio en Paraguay desata reacción de empresas mineras” (<http://paraguaycontaminada.blogspot.com/2010/08/conflicto-por-uranio-en-paraguay-desata.html>).

10. Nota publicada por el diario ABC Color el 08/07/14, con el título: “Ofrecen uranio a Argentina”(<http://www.abc.com.py/nacionales/ofrecen-uranio-a-argentina1264252.html>).

11. Acuerdo entre la Municipalidad de Córdoba, la CNEA y Dioxitek S.A. suscrito el 07/11/12 (<http://www.cordobanonuclear.org/Convenio-Dioxitek-Municipalidad-CBa.pdf>)

12. Nota de Bárbara Ledezma publicada por el diario La Izquierda el 13/11/14: “Dioxitek: De Córdoba a Formosa” (<http://www.laizquierdadiario.com/Dioxitek-De-Cordoba-a-Formosa>).

13. Nota levantada por el Centro Mandela de Derechos Humanos: “Alertan sobre reactor nuclear en Formosa y los problemas ambientales que puede provocar” (<http://www.centromandela.com/?p=6218>).

14. Nota publicada por el diario Última Hora el 18/02/15: “Cristina Fernández confirma instalación de reactor nuclear en Formosa” (<http://www.ultimahora.com/cristina-fernandez-confirma-instalacion-reactor-nuclear-formosa-n873570.html>).

15. Nota publicada por la Agencia Telam el 24/05/17: “Prevén instalar en Jujuy el segundo parque solar más grande del mundo”

(<http://www.telam.com.ar/notas/201705/190148-preven-instalar-en-jujuy-el-segundo-parque-solar-mas-grande-del-mundo.html>).

16. Nota publicada por el diario ABC Color el 08/04/14: “Parlasurianos repudian el plan nuclear de Argentina” (<http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/parlasurianos-repudian-el-plan-nuclear-de-argentina-1233004.html>).

PERÚ



Cristina Blanco,
investigadora principal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) y docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP

Gustavo Zambrano,
investigador principal y coordinador del área académica del IDEH-PUCP

Valeria Reyes,
investigadora del IDEH-PUCP

Eduardo Hurtado,
investigador del IDEH-PUCP

Francisco Mamani,
asistente de investigación del IDEH-PUCP

I. INTRODUCCIÓN

Justificación y antecedentes

Las actividades empresariales en un mundo globalizado pueden contribuir de modo importante al desarrollo humano y favorecer, en determinadas circunstancias, las condiciones de vida en los países donde se realizan. No obstante, para orientar su contribución al desarrollo económico y social, se ha hecho cada vez más evidente que la actuación empresarial debe tener lugar en respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales⁴²³. En efecto, junto con la enorme potencialidad de impactar positivamente, la expansión del sector privado en las últimas décadas

⁴²³ Solo por mencionar un ejemplo, en el marco del proceso de “Reseña de las Industrias Extractivas” del Banco Mundial, se consideró el respeto por los derechos humanos como una de las condiciones indispensables que permitirían que este rubro contribuya a la mitigación de la pobreza y al desarrollo sostenible. En: Banco Mundial. *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas. Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*. Vol. I, diciembre de 2003, pp. 2-3 y 45.

ha evidenciado también los impactos sociales negativos a causa de determinadas prácticas empresariales. La actuación de las empresas puede tener efectos adversos en derechos diversos como la propiedad y medio ambiente sano, derechos laborales, libertad de asociación y sindicalización, derecho a la alimentación y al agua, entre otros.

En la década de los 90, la cuestión de las empresas y los derechos humanos entró definitivamente en la agenda política mundial y atrajo la atención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Desde entonces se han dado diversas iniciativas para fomentar su incorporación en la lógica empresarial. La más exitosa al momento es el marco de la ONU de “proteger, respetar y remediar” a partir del cual se adoptaron los **“Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”**.

Desde su aprobación por parte del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, se cuenta con lineamientos claros sobre las responsabilidades diferenciadas, pero complementarias, que tienen los Estados y las empresas en este ámbito. Los Principios Rectores se encuentran estructurados en tres pilares centrales: (i) el deber del Estado de *proteger* a sus ciudadanos frente a los abusos de derechos humanos cometidos por empresas; (ii) la obligación de las empresas de *respetar* los derechos humanos; y (iii) la necesidad de disponer de vías más efectivas para *remediar* los impactos negativos causados⁴²⁴.

424 ONU. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras

Los Principios Rectores han marcado el inicio de una nueva etapa, con retos renovados. Se cuenta con un marco global y una base política fuerte pero se tiene como desafío principal promover su aplicación práctica y concretar su efectividad. Tras su aprobación en 2011, vienen teniendo lugar importantes procesos de adecuación a estos parámetros. Han llevado, por ejemplo, a la actualización de una serie de instrumentos internacionales, como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, la Iniciativa de Reporte Global de presentación de informes, y la norma ISO 26000.

A nivel estatal se han dado avances importantes, principalmente a través de la adopción de **Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos** (PNA), esto es, documentos de estrategia política desarrollados para implementar los Principios Rectores⁴²⁵. Varios países europeos están en proceso de elaborar sus planes nacionales para la aplicación de los Principios Rectores, y algunos ya cuentan con uno, como el Reino Unido (2013), Países Bajos (2013), Italia (2014) y Dinamarca (2014). En América Latina, países como Colombia, y Chile cuentan ya con un PNA, mientras que Perú se comprometió a desarrollar uno

empresas comerciales, John Ruggie. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, p. 1.

425 ONU. Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. *Guía sobre Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos*. Versión 1.0, diciembre de 2014, p. ii.

recientemente al incluirlo como compromiso en su Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021⁴²⁶.

Para toda empresa la imagen es un valor clave de cara a sus posibles consumidores. El surgimiento de plataformas para medir el desempeño empresarial en derechos humanos y hacer público el resultado pretende funcionar como un incentivo para empresas interesadas en dar una buena imagen corporativa en este ámbito. En noviembre de 2016 se publicó por primera vez un ranking de evaluación en derechos humanos de cien grandes empresas en los rubros extractivos, alimentario y textil. En la lista figuran corporaciones como Coca Cola, Mc Donalds o Kellog de la industria de alimentos; Addidas o Gap de la industria de la moda; y entre las extractivas están Anglo American, BHP Billiton, Goldcorp, junto a varias otras.

Sea por la necesidad de adecuarse a directrices internacionales, cumplir con marcos normativos nacionales o colocarse a la cabeza de rankings emergentes, lo cierto es que hoy en día es innegable la necesidad de que las empresas adopten acciones decididas para que su actuación se adecúe a esta expectativa global creciente. Para algunas empresas, el respeto de los derechos humanos ya es un elemento vital para el éxito a largo plazo, lo que se traduce en la adopción de una política de derechos humanos, y adecuación de procedimientos y estructuras internas desde esta perspectiva.

426 Lineamiento estratégico 5 del Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-JUS.

Han asumido que su consecución es importante en términos de sostenibilidad, competitividad e innovación, al aportar beneficios para la gestión de riesgos, ahorro de costes, acceso al capital, relaciones con los clientes y gestión de recursos humanos. Como ha expresado el Vice Presidente de la Comisión Europea, también ex Comisario de Industria y Emprendimiento, Antonio Tajani, se parte de una visión común para el futuro: “el respetar los derechos humanos se entiende como una parte intrínseca de la excelencia empresarial”⁴²⁷.

Es esta la tendencia internacional sobre una nueva manera de hacer negocios. En nuestro país, sin embargo, aún son pocos los espacios en que se ha promovido o al menos, reflexionado en torno a las empresas y los derechos humanos. Tenemos además importantes **desafíos pendientes para contar con un aparato jurídico e institucional que promueva un comportamiento de las empresas que operan en nuestro país, acorde a los derechos humanos**. La adopción de un PNA por parte del Estado peruano es un paso fundamental. Tiene además una alta relevancia en ámbitos cruciales para el país como la prevención de la conflictividad social y el desarrollo sostenible.

Una de las actividades empresariales de mayor trascendencia en el Perú es la minería, al punto de ser considerada como emblemática para el desarrollo del país. En la década de los 90 en

⁴²⁷ Comisión Europea. *Guía de implementación de los Principios de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Petróleo y gas*. IHRB y Shift, p. 3.

particular, se dieron los avances más significativos respecto a la manera cómo se realizaba esta actividad con relación a años anteriores. Significó no solo un aumento considerable de los proyectos mineros en cartera, sino sobre todo un cambio en la manera de operar y extraer dicho recurso natural. Ello vino acompañado de un aumento en la inversión privada que el marco constitucional promovió.

El impulso que se le dio a la minería durante estos años en el Perú solo podría entenderse a partir de la situación atravesada por el país en años anteriores, y de los procesos de transformación política, económica y social que tomaron lugar en los 90. La llegada a la presidencia de Alberto Fujimori y la adopción de medidas de corte neoliberal marcaron un quiebre entre la minería tradicional en el Perú y lo que pasó a denominarse como “nueva minería”. A manera de ejemplo, en esa década, mientras la inversión minera en Latinoamérica creció en 400%, en el Perú este porcentaje alcanzó el 2000%⁴²⁸, llevando a que la minería pase a ser uno de los pilares de nuestra economía de finales del siglo XX y por ello, un foco de atención de políticas estatales.

La historia de la minería en el Perú es copiosa y se ha colocado en el centro del proceso de construcción del país desde tiempos remotos. Pero en años recientes ha estado vinculada no solo al crecimiento económico, sino a situaciones que ponen en

428 BEBBINGTON, Anthony (editor). *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Centro Peruano de Estudios Sociales, 2007.

cuestión la gobernabilidad y al conjunto de impactos que van desde los ambientales hasta las condiciones de vida de la población –principalmente rural- que vive colindante con estos centros de extracción, motor de varias situaciones de conflicto social. El marco normativo ha permitido sostener no solo una manera de hacer la actividad minera, sino que ha servido para justificar que esa es la manera de obtener réditos comerciales y económicos, lo cual en diversos momentos ha reñido con la garantía de derechos de los individuos y los grupos.

En este escenario se enmarca el presente estudio que busca aportar una reflexión, desde la perspectiva de los derechos humanos, sobre cómo se hace minería en el país, y cómo normas e instituciones en la materia ponen en riesgo o permiten afectar determinados derechos. Asimismo, este parte de la convicción de que es necesario e impostergable que el Estado peruano funcione como palanca para promover decididamente la conducción de la actividad empresarial acorde a las exigencias mínimas de la ética que reflejan los derechos humanos.

Derechos objeto de la investigación

La investigación se centra en los siguientes cinco derechos:

1. Derecho a la propiedad
2. Derecho a un medio ambiente sano
3. Derecho a la consulta previa
4. Derecho a la participación ciudadana

5. Derecho de acceso a la información pública

Sin duda no son los únicos derechos relevantes en el contexto de la actividad minera pero sí pensamos son aquellos que reúnen dos características que consideramos fundamentales: (i) se ven amenazados o afectados con mayor frecuencia y (ii) son aquellos cuya amenaza o afectación está vinculada directamente con la normativa e institucionalidad en materia de minería. Con esto, no queremos restar importancia a otras situaciones preocupantes de derechos humanos (como puede ser la criminalización de la protesta, la afectación a derechos a la vida e integridad, entre otros), sino advertir que se trata de expresiones derivadas de un problema estructural que tiene relación con el diseño estatal para abordar la minería.

Objetivos de la investigación

El objetivo central de la investigación es formular recomendaciones al marco normativo e institucional peruano, que permitan evitar el riesgo o afectación de derechos humanos en materia de minería metálica a gran escala. En términos más concretos, buscamos responder las siguientes preguntas, que reflejan los objetivos específicos de la investigación y conducen en su conjunto a alcanzar el propósito general:

(i) ¿Cómo ha evolucionado la actividad minera en el Perú y qué rol cumple actualmente en nuestro país?

(ii) ¿Cómo se estructura y en qué consiste la cadena minera a partir de las normas e instituciones vigentes?

(iii) ¿De qué manera las normas e instituciones existentes ponen en riesgo o permiten la afectación de los derechos humanos más frecuentemente alegados?

Cada uno de estos objetivos específicos corresponde a un capítulo del estudio, a saber: (i) breve mirada histórica y panorama actual de la minería en el Perú; (ii) estructura básica de la cadena minera en el Perú; y (iv) principales preocupación de la actividad minera desde un enfoque de derechos humanos a partir de cinco derechos identificados. Reservamos la sección final para presentar las principales conclusiones y recomendaciones del documento.

Debe advertirse dos salvedades previas. No es objetivo del presente estudio realizar un recuento exhaustivo de las normas aplicables a la cadena minera sino hacer una revisión de las más relevantes de cara a notar los desafíos principales. La segunda es que nos referimos a “riesgo” o “afectación” de derechos en términos amplios, pues excede a esta investigación constatar afectaciones concretas a determinadas personas, comunidades o grupos, ya que ello requiere una metodología distinta.

II. Breve mirada histórica y panorama actual de la minería en el Perú

En la presente sección se realiza una breve descripción de la situación minera en la historia del país resaltando las polí-

ticas estatales en dicho sector económico, el contexto en el que se encontraba la minería, previo al gobierno de Alberto Fujimori, y las reformas que se implementaron. Posteriormente, se hace referencia a un fenómeno social que empieza a suceder en este contexto de mayor inversión: los conflictos socio ambientales surgidos en el marco de la implementación de proyectos mineros.

Consta de cuatro partes. En la primera se presentan los antecedentes más relevantes de la actividad minera en el Perú, lo que implica una breve mirada a los hitos desde nuestra época colonial hasta el siglo XX con el fin de constatar su fuerte arraigo en el país. En segundo lugar, se abordan las transformaciones normativas más importantes de los noventa que, como se dijo, marca un antes y un después en la actividad minera. Seguidamente, se hacen referencia a los cambios más recientes, ocurridos en los gobiernos posteriores al de Alberto Fujimori, que muestran consolidación. Por último, se abordan las cifras de la minería y conflictividad social, cuya relación da cuenta de ciertas coincidencias que caracterizan el escenario actual de la minería en el Perú.

1. Antecedentes de la presencia minera en el Perú: visiones coloniales en el siglo XX

Aunque la minería ha estado presente en el Perú desde las culturas prehispánicas, la explotación a gran escala y su vinculación con modelos y discursos de desarrollo recién se dio con la conquista española⁴²⁹. Es innegable que la minería se con-

429 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones*

sideró como una actividad primordial para el desarrollo de la Corona española en tierras americanas. Ello representó la instauración de un modelo de economía colonial sostenido en prácticas de carácter extractivo y primario. De acuerdo a Vladimir Gil, la instauración del régimen colonial español en territorios de lo que ahora se conoce como Perú o México, por ejemplo, trajo consigo no solo la extracción intensiva de los recursos naturales, sino su articulación a actividades como el transporte y la guerra, que permitieron justificar la movilización de recursos y de mano de obra local⁴³⁰, además, sostenido en un marco normativo único para la época (Ordenanzas de Toledo de 1600, Ordenanzas del Perú de 1693, Ordenanzas de Nueva España sobre minería en las Colonias españolas de 1783).

La explotación de las minas proveyó al régimen español una vasta cantidad de recurso mineral y, sobre todo, transformó la estructura social y económica de la región. La creación de nuevos pueblos alrededor de las minas, el desarrollo de vías de transporte y circuitos comerciales, así como la orientación de la producción económica rural a las necesidades de las minas, revelan la importancia que tuvo la actividad extractiva para efectos de la economía colonial⁴³¹. Por otro lado, los cambios en la distribución espacial de

para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 226.

430 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 227.

431 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones*

la población, que pasó de controlar recursos en diferentes niveles o pisos ecológicos⁴³², a ser movilizadada y sometida en asentamientos, muestran también las repercusiones que la actividad, tuvo en las poblaciones indígenas⁴³³.

El proceso peruano de independencia de la corona española, a inicios del siglo XIX, si bien planteó la configuración de fronteras estatales, no significó otra cosa que una continuación de ciertas prácticas económicas y comerciales al ser aún un régimen dependiente de la metrópoli, donde la actividad extractiva se mantuvo como motor de la economía nacional. Este modelo facilitó que las medidas que se aprobaron fueran enmarcadas en una narrativa oficialista que defendía la promoción de la actividad extractiva como motor del desarrollo nacional⁴³⁴ en el marco de la Ley Reformatoria de las Ordenanzas de Minería de 1877. Es así que se genera la idea de una relación necesaria entre crecimiento económico y minería en tanto esté como sostén del desarrollo

para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, pp. 226-228.

432 MURRA, John. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1975.

433 De acuerdo a Long y Roberts. En: GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 231

434 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 228.

Una de estas medidas fue el primer reglamento de comercio que declaraba libre de impuestos a todas las herramientas para la minería. En: GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 228.

nacional. Dicha percepción se vio fortalecida con los años, lo que garantizaba la búsqueda de capital para alcanzar dicho fin. Así, hasta alrededor de la primera mitad del siglo XX, la estrategia del Estado peruano, oficializada en la Ley de Minería de 1900 y justificada en la falta de recursos para explotar por sí mismo el mineral, fue emprender un proceso de desnacionalización y venta de las minas más grandes del país a potencias como Gran Bretaña y los Estados Unidos⁴³⁵.

La aparición en los andes centrales de la Cerro de Pasco Copper Company (CPCC) –de capitales estadounidenses– dio inicio a una nueva etapa en la economía nacional. Catalogada por autores como Bonilla como “capitalismo de enclave”, el rol de la CPCC en el territorio nacional se vio supeditado a responder las necesidades y demandas de los mercados internacionales por los metales sin verse necesariamente atado a los intereses nacionales. Habiendo adquirido cerca del 80% de minas de la zona centro del país, la CPCC puso en marcha la construcción de vías de transporte, campos mineros, refinerías, represas, entre otros proyectos que le permitieron emprender una extracción a gran escala y erigirse como la empresa más importante del sector durante la primera mitad del siglo XX⁴³⁶.

435 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 230.

436 GIL, Vladimir. *Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 231

Ya a mediados de la segunda mitad del siglo XX, con una nueva legislación sostenida en el Código de Minería de 1950, y en medio de una creciente migración de las zonas rurales a las principales ciudades, así como de una mayor demanda de minerales para la construcción de infraestructura urbana, el Estado peruano continuó brindando incentivos para el ingreso de capital privado –en especial extranjero– al sector minero. Fruto de las facilidades contenidas en el Código Minero de 1950, proyectos como el que emprendió la SPCC al sur del país encontraron las condiciones propicias para operar con cifras altamente rentables.

En el año 1968, tras dar un golpe de Estado al presidente Fernando Belaúnde, el general Juan Velasco Alvarado instauró un gobierno militar y reconfiguró el panorama político y económico del país. Las principales medidas llevadas a cabo durante los siete años que estuvo en el poder consistieron en una serie de nacionalizaciones en distintos sectores productivos con la finalidad de tener mayor participación en la economía nacional y en el desarrollo del país. Dentro del sector minero, la estrategia de Velasco pasó por nacionalizar aquellas empresas que –a pesar de ser consideradas influyentes para el desarrollo económico– no llegaban a invertir lo suficiente en la producción, y por incentivar que otras empresas que sí contaban con las condiciones, y recursos para invertir y obtener réditos siguieran operando⁴³⁷.

437 CONTRERAS, Carlos. “La idea del desarrollo económico en el Perú del siglo XX”. En: *Desarrollo económico y bienestar. Homenaje a Máximo Vega-Centeno*. GONZÁLES DE OLARTE, Efraín y Javier IGUÍÑIZ (editores). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009,

En virtud a esta estrategia el gobierno de Velasco pudo tomar en propiedad las minas de la CPCC. Las medidas instauradas por el régimen militar se situaron en una línea de pensamiento político-económico que prometía romper con la relación de dominación que venía arrastrándose de la etapa colonial y alcanzar una mayor autonomía económica a partir de la generación de una industria nacional⁴³⁸. A pesar de tener ahora ideales nacionalistas, bajo su administración, la orientación de la producción minera continuó estando dirigida al mercado externo. A pesar de ello, la principal atención del gobierno militar radicó en mejorar los servicios y condiciones labores en el sector y en proferir un discurso de control estatista de los recursos naturales, manteniendo el mercado de la producción en espacios internacionales.

La primera mitad de la década de los 80 significó para el Perú retornar al sistema democrático y a las políticas de desnacionalización. Se buscó alentar el retorno de la inversión privada en los sectores productivos del país y se redujo considerablemente la participación del Estado en el refinamiento y comercialización de minerales. Las falencias en las reformas implementadas por Velasco a fines de los años 60 terminaron por desmitificar la rentabilidad de los procesos de estatización y por facilitar la reap-

p. 68.

438 CONTRERAS, Carlos. “La idea del desarrollo económico en el Perú del siglo XX”. En: *Desarrollo económico y bienestar. Homenaje a Máximo Vega-Centeno*. GONZÁLES DE OLARTE, Efraín y Javier IGUÍÑIZ (editores). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 69.

rición del capital privado. No obstante, la corrupción imperante, la poca rentabilidad en la producción y comercialización mineral, que venía arrastrándose de los años previos, el inicio de ataques a las instalaciones de las empresas mineras y a sus sindicatos en las zonas rurales por parte de la organización terrorista Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL), terminaron por afectar el rendimiento en la producción minera.

Ya en la segunda mitad de la década de los 80, durante el gobierno de Alan García, el panorama no varió mucho. La combinación de políticas ortodoxas y populistas llevó a un aumento de la inflación a picos récord, a la bancarrota fiscal y al escalamiento de la violencia subversiva. En 1990, al término del gobierno de García, el Perú se quedaba con una deuda externa de 16,27 billones de dólares, una reducción del PBI de un 25% y una inflación de 7482%⁴³⁹. En este marco tan negativo es que la inversión pública en el sector minero disminuyó de un promedio anual de US\$ 342,9 millones entre 1980 y 1984, a uno de US\$ 81,5 millones entre 1985 y 1990. Además, la participación de la actividad minera en el PIB peruano se redujo del 0,8% (1980-1985) al 0,2% (1986-1990)⁴⁴⁰. Como resultado de la crisis política y económica peruana, la minería estatal fue una actividad en crisis y declive.

439 ARELLANO-YANGUAS, Javier. "Resurgimiento minero en Perú: ¿una versión moderna de una vieja maldición?". En: *Colombia Internacional* 67. 2008, p. 82.

440 CAMPODÓNICO, Humberto. *Las reformas estructurales en el sector minero peruano y las características de la inversión 1992-2008*. 1999.

Tras este escenario, la llegada al poder de Alberto Fujimori, figura alejada de los partidos políticos tradicionales que habían gobernado el país luego del regreso a la democracia, implicó la imposición de un nuevo modelo tanto político como económico que significó abandonar la política estatista que caracterizó los últimos años de la década anterior. Algunas de estas medidas significaron eliminar las trabas para favorecer el libre mercado, promover la inversión privada, flexibilizar las condiciones laborales, entre otros. Sin embargo, la principal medida fue dejar de lado la Constitución 1979, elaborada durante la etapa de transición del régimen militar al democrático, e instaurar una nueva en el año 1993, que le confirió al Estado un rol subsidiario en la economía. Estos cambios llevaron a una serie de reformas en materia legislativa que permitieron que el sector extractivo, en particular minero, atravesase por un “boom” importante que ha sentado las bases de lo que sería la nueva minería en el país.

Dicho boom minero contrastó una forma antigua de hacer minería, muy cuestionada ya en esos años, con una promesa de una nueva minería que se iba mostrando progresivamente sostenida en el capital privado y extranjero. Según Arellano⁴⁴¹, se criticaba la forma antigua o tradicional de realizar la minería en el Perú, en tanto había generado no solo impactos ambientales negativos sino porque no había preocupación por el contexto so-

441 GIL, Vladimir. Aterrizaje minero. *Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 22.

ciopolítico en el que operaba. Por el contrario, la nueva manera de hacer minería –consecuencia de un proceso de inversión minera privada– empezaba a ser considerada como sensible a la población local, ambientalmente responsable y capaz de hacer del desarrollo local uno de sus principales objetivos⁴⁴².

Si bien es indudable que el Perú ha tenido a la minería como un eje de su historia desde épocas remotas, es clave afirmar que desde que se asienta como eje de la economía de un país pre capitalista, ello no solo representó el reconocimiento de los ingresos monetarios a las arcas estatales, sino la concepción de que la minería es una parte fundamental en el desarrollo del país hacia la modernidad. Ahora, esta actividad siempre ha estado cuestionada por la manera en cómo se realiza. De manera adicional, en la década de los 90 se suma la pésima percepción del Estado como mal administrador de negocios, lo que hace que se aliente a la inversión privada como actor clave en el desarrollo no solo de esta actividad sino del país. Pero para ello, se hicieron necesarios una serie de cambios estructurales de carácter legal y político que permitiesen sostener estos ideales.

2. Transformaciones normativas en la actividad minera

Las medidas legislativas impulsadas por el gobierno de Alberto Fujimori se enmarcaron en un contexto de cambios

442 ARELLANO-YANGUAS, Javier. “Resurgimiento minero en Perú: ¿una versión moderna de una vieja maldición?”. En: *Colombia Internacional* 67. 2008, p. 22.

estructurales en la región. Los alicientes a la inversión privada extranjera en nuestro país y en toda América Latina tuvieron como principal empuje los acuerdos derivados del Consenso de Washington. Este acuerdo, asumido por distintos países durante los años 90, “[...] identificaba al gobierno como una barrera para la prosperidad, realizando un llamado al desmantelamiento de las trabas comerciales, la erradicación de déficit presupuestarios, la privatización de empresas públicas y la apertura de los países latinoamericanos a la inversión extranjera”⁴⁴³.

Con la estabilización de los indicadores económicos y habiendo logrado detener en buena medida el accionar de Sendero Luminoso, el país pudo abrirle las puertas al capital exterior y transferir grandes yacimientos mineros a empresas provenientes de Canadá, Estados Unidos, Australia y Gran Bretaña, entre otros países. En lo que se ha considerado una de las reformas neoliberales más agresivas del continente, el gobierno peruano hizo de los Andes una zona de explotación minera y de los recursos naturales una fuente de riqueza económica importante.

Los primeros signos de cambio en estos años fueron evidentes. En la primera mitad de la década de los 90, el PIB minero metálico se expandió a una tasa promedio de 7.1%, mientras que, en la segunda mitad, la cifra redondearía el 9.1%. A su vez, las concesiones otorgadas por el Estado –que en años anteriores ocu-

443 GIL, Vladimir. Aterrizaje minero. *Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 53.

paban poco más de 2 millones de hectáreas– no pararon de crecer hasta llegar a las 27 millones de hectáreas que para el 2014 exhibía el territorio⁴⁴⁴. Como consecuencia, la cartera de proyectos, que estuvo concentrada durante todo el siglo XX en el centro y sur del país con la CPCC y la Southern Perú Copper Corporation, abarcó otras regiones, como Cajamarca y Áncash, como nuevos polos extractivos.

Un último proceso visible para la actividad minera tuvo que ver con el ingreso al territorio de grandes empresas transnacionales y con la consolidación de los métodos de extracción a tajo abierto que venían experimentándose desde los años 70. Ambos factores permitieron no solo dinamizar un sector que había permanecido estancado a raíz de las políticas estatales y de los precios internacionales, sino además reconfigurar la manera de hacer minería.

Estas empresas, compuestas de capitales extranjeros y con sedes operativas en distintas locaciones del mundo, trajeron consigo un *modus operandi* caracterizado por el uso de tecnologías modernas, especializadas y automatizadas, y por la conexión directa entre las zonas de explotación y los mercados internacionales, lo cual las llevó a tener un modelo económico catalogado como de “neoenclave”⁴⁴⁵. Es decir, como polos de desarrollo eco-

444 DE ECHAVE, José. *La minería en el sur andino: los casos de Cusco y Apurímac*. Lima: CooperAcción, Red Muqui y Broederlijk Denle, 2014.

445 GIL, Vladimir. Aterrizaje minero. *Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 243.

nómico poco articulados a otros sectores productivos nacionales –en especial industriales– y cada vez más autónomos en sus procesos internos –principalmente a raíz del ingreso de nueva tecnología–. Y aunque la presencia e influencia de corporaciones de este tipo en el Perú no ha sido reciente (en especial en el sector minero), las empresas transnacionales que aparecieron en estos años resaltaron por imponer un modelo económico extractivista en el país y sobre todo por reorganizar y transformar las relaciones sociales, la cultura, la identidad y la política local, regional y nacional⁴⁴⁶.

Si bien el impulso a la inversión privada en el sector minero fue una de las estrategias clave del régimen fujimorista para estabilizar la economía nacional, ello no hubiera sido posible sin la aprobación de medidas legislativas que tuvieron como base la promulgación de la nueva Constitución. Así pues, aun cuando en los años sucesivos, los gobiernos fueron en el papel políticamente opositores al gobierno de Fujimori, en materia económica, el modelo neoliberal nunca fue abandonado. Por el contrario, desde el año 2000 en adelante, los gobiernos de Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humana, y Pedro Pablo Kuczynski sostuvieron una defensa del status quo económico⁴⁴⁷. En ese sentido, para entender en qué escenario se encuentra la minería en el Perú en la

446 DE ECHAVE, José. *La minería en el sur andino: los casos de Cusco y Apurímac*. Lima: CooperAcción, Red Muqui y Broederlijk Denle, 2014.

447 DURAND, Francisco. *Poder político y gobierno minero*. Lima: CooperAcción, 2015.

actualidad deben rastrearse las iniciativas legislativas que vieron luz durante esos años –prioritariamente en materia de propiedad, medio ambiente, participación y pueblos indígenas– y cómo tales transformaron el contexto nacional en materia minera desde finales del siglo XX.

Las medidas normativas más importantes impulsadas por el gobierno de Alberto Fujimori rondaron alrededor de ochocientas⁴⁴⁸. Si bien estas comenzaron a inicios de su gobierno, tomaron mayor fuerza a partir del año 93 como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución, la cual sentó las bases del rol del Estado y de las condiciones de operatividad de la inversión extranjera en los siguientes artículos:

Artículo 58°.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Artículo 63°.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

Así, lo que se garantiza no es solo que la inversión privada se sostenga en la libertad de empresa como un mandato constitucional, sino que la economía tenga tal precepto como uno de sus pilares fundantes, dando al Estado el rol subsidiario y de orientaci-

448 GIL, Vladimir. Aterrizaje minero. Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 55.

ón de la economía, pero bajo dichos preceptos. Con este mandato constitucional, las medidas aprobadas a inicios del gobierno y las que vinieron después no harían más que ampararse en un marco normativo propicio para el asentamiento y crecimiento de un modelo económico basado en el liberalismo que facilitó la extracción de los recursos naturales, y en específico, los minerales. El resumen de las iniciativas legales más importantes durante la década de los 90 se muestra a continuación:

AÑO	NORMATIVA	ARTÍCULOS RELEVANTES
1990	Decreto Legislativo N° 613 - Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (derogado)	Art. 8.- Se establece la obligación de elaborar un Estudio de Impacto Ambiente para todo proyecto que pueda provocar daños al ambiente y que sea de carácter público. Art. 18.- Se dispone que en caso se produzca un daño irreversible al ambiente se podrá cancelar el permiso o licencia (artículo que fue derogado posteriormente). Art. 133.- Se dispone que las tierras en áreas agrícolas se encontrarán en estado de abandono en caso la actividad principal no sean agropecuarias, se inicien obras de habilitación urbana, etc.
1991	Decreto Legislativo N° 662 - Ley General de Promoción de las Inversiones Extranjeras	Art. 1.- Estado promueve inversiones extranjeras en todos los sectores de la actividad económica. Art. 6.- Los inversionistas extranjeros gozan de derechos a la libertad de comercio, industria, exportación e importación. Art. 7.- Se garantiza el derecho a inversionistas extranjeros a transferir al exterior divisas libremente. Art. 9.- En todos los casos en que corresponda convertir moneda extranjera a nacional, inversionistas extranjeros tendrán derecho a utilizar el tipo de cambio de compra más favorable.

1991	Decreto Legislativo N° 757 - Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada	<p>Art. 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada.</p> <p>Art. 6.- Queda derogada toda reserva en favor del Estado para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales.</p> <p>Art. 9.- Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos e intervenga en los procesos productivos de empresas.</p> <p>Art. 10.- El Estado garantiza el derecho de empresas a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades y dividendos que generen.</p>
AÑO	NORMATIVA	ARTÍCULOS RELEVANTES
1992	Decreto Legislativo N° 708 - Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero	<p>Art. 1.- Declárese de interés nacional la promoción de inversiones en actividad minera.</p> <p>Art. 2.- Se otorga a los titulares de actividades mineras beneficios como: estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa, deducción de tributos internos, inversiones en infraestructura serán deducibles de renta imponible, libre comercialización de producción interna o externa, libertad de remisión de utilidades y libre disponibilidad de moneda extranjera, etc.</p>
1994	Ley N° 26410 - Ley de Creación del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) (derogado)	<p>Art. 2.- El CONAM es el organismo rector de la política nacional ambiental.</p> <p>Art. 3.- Objetivos del CONAM: promover la conservación del ambiente a fin de coadyuvar al desarrollo integral de la persona humana y propiciar el equilibrio entre el desarrollo socioeconómico, el uso sostenible y de los recursos naturales y la conservación ambiental.</p>

1995	Ley N° 26505 - Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas de las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas	<p>Art. 2.- El concepto constitucional “tierras” en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario (uso agrícola, pastoreo, con recursos forestales y de fauna, eriazas, riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos).</p> <p>Art. 3.- Por ningún motivo podrá imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las establecidas en esta ley.</p> <p>Art. 7.- Sin acuerdo previo con el propietario de las tierras no procede establecer derechos de explotación minera. En caso el yacimiento sea considerado de interés nacional, el propietario será compensado previamente por el titular del derecho minero.</p> <p>Art. 8.- Las comunidades campesinas y nativas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros el modelo de organización empresarial que decidan en Asamblea.</p> <p>Como disposición complementaria se manifiesta que a partir de la fecha de vigencia de la ley, el Estado procederá a la venta de las tierras eriazas en subasta pública.</p>
1997	Ley N° 26786 - Ley de Evaluación de Impacto Ambiental para Obras y Actividades	<p>Art. 1.- Se dispone modificar el artículo 51 del DL 757 a fin de que la Autoridad Sectorial Competente comunique al CONAM sobre las actividades a desarrollarse en su sector y que por riesgo ambiental deban presentar estudios de impacto ambiental previos a su ejecución.</p> <p>El CONAM deberá dar opinión favorable a actividades y límites de impacto ambiental y que los estudios de impacto deberán ser realizados por instituciones debidamente calificadas e inscritas en el registro.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse, el conjunto de medidas apuntó a crear un marco institucional ambiental en el país, pero otras buscaron flexibilizar las medidas protectoras estatales para favorecer el ingreso de inversión privada. Si bien se crea el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) como entidad máxima en materia ambiental (antecedente del Ministerio de Ambiente), algo que el resto de países ya venía implementando, y se fijaron instrumen-

tos regulatorios como el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), al mismo tiempo se decretaron medidas agresivas para atraer las inversiones privadas y extranjeras en todos los sectores productivos y económicos.

En el sector minero se decretó una normativa en la que se eliminaron barreras administrativas y tributarias, y se otorgaron beneficios a las empresas como tener libre disponibilidad de las utilidades, control de cambios favorables, entre otros. Asimismo, la Ley N° 26505 –comúnmente denominada Ley de Tierras– redujo considerablemente el poder de las comunidades campesinas sobre sus tierras, y le abrió las puertas a la inversión extranjera y privada en ellas. La norma eliminó todo tipo de protección que impidiese el acceso a la tierra y simplificó el proceso para que las comunidades pudiesen vender sus tierras. Al exigirse a la persona o empresa el acuerdo previo con los titulares del suelo, se facilitó el trato directo entre las comunidades y las empresas, y la compra de tierras para los proyectos mineros.

En cuanto a tratados internacionales, en diciembre de 1993 el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio N° 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Convenio N° 169 entró en reemplazo del Convenio N° 107 del año 1957 de corte asimilacionista, y supuso revertir la antigua concepción hacia los pueblos indígenas bajo una lógica de integración a la sociedad dominante como camino al desarrollo, para pasar a reconocerles como sujetos de derechos en tanto colectivo. A pesar de que este

tratado entró en vigencia en 1995, muchas de sus directrices no llegaron a implementarse prontamente. A manera de ejemplo, el ejercicio del derecho a la consulta previa no se llegó a implementar sino hasta 2011, cuando se promulgó una ley al respecto. En ese sentido, a pesar de ratificarse a nivel internacional el respeto por los pueblos indígenas, la normativa promulgada por el régimen de Fujimori no se tradujo en una efectiva protección de los pueblos indígenas.

De esta manera, la década de los 90 marcaron un cambio radical no solo en la forma cómo hacer minería en el país, sino en la economía en su conjunto, además de en la política y otros aspectos de la vida social peruana. El establecimiento de marcos legales sostenidos en el pensamiento neoliberal significó a su vez el asentamiento de políticas rígidas sobre el aprovechamiento de recursos naturales, el uso de la tierra, el reconocimiento de derechos indígenas, que hasta el día de hoy son la pauta sobre la que se juega en el escenario de la extracción minera, y de manera paralela, en la conflictividad social.

3. Los años más recientes: el modelo se consolida y se hace incuestionable (2000-2016)

El gobierno de Fujimori llegó a su fin al término del año 2000 tras una década en el poder. La caída del régimen supuso la instauración de un gobierno de transición y el retorno al sistema democrático. Las medidas impulsadas en el gobierno transitorio de Valentín Paniagua (2000-2001) y posteriormente en el de

Alejandro Toledo (2001-2006) estuvieron dirigidas a promover la participación ciudadana en la toma de decisiones y garantizar la transparencia de la acción estatal pero sobre todo a descentralizar las competencias políticas (un pedido expreso de las regiones del país)⁴⁴⁹. El proceso de descentralización fue una reforma que se utilizó para resolver un conjunto de demandas, tensiones y vacíos en el ámbito político y para fortalecer la relación sociedad-Estado⁴⁵⁰. No obstante, en otros ámbitos como el económico, la lógica neoliberal y el empuje de la inversión privada y extranjera, implantadas durante la década anterior, continuaron predominando.

En ese contexto la minería se asentó como una de las actividades económicas más importantes en el territorio peruano, donde el modelo primario exportador continuó siendo el principal eje de realización de tal actividad. Ello se reflejó en el impacto del crecimiento económico del país. Entre los años 2002 y 2008, el Perú experimentó un crecimiento promedio de 7% anual, del que el sector minero y de hidrocarburos tuvo una participación importante en tanto representaron el 70% de las exportaciones y el 30% de la recaudación de impuestos. Este crecimiento tuvo un impacto en mejoras sociales, por ejemplo, los niveles de pobreza

449 ARELLANO-YANGUAS, Javier. *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 86.

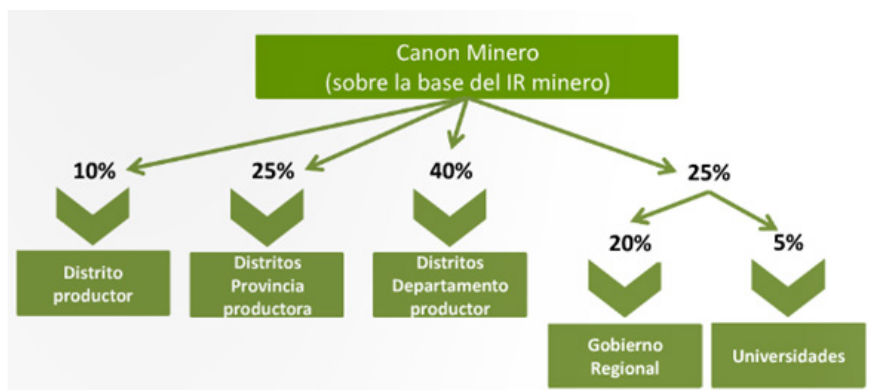
450 ARELLANO-YANGUAS, Javier. *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 87.

también se redujeron considerablemente en ese lapso de tiempo pasando de 54% a 36%⁴⁵¹.

Pero el asentamiento del modelo extractivo que se venía implementando requería de mejoras de carácter legal en pos de fortalecer los marcos sobre los que se movía. Durante el gobierno de Toledo, se concretaron dos iniciativas legales en materia económica que habían nacido durante el gobierno de transición: se reglamentó la Ley de Fiscalización de Actividades Mineras y se promulgó la Ley de Canon. En relación a la primera norma, aprobada mediante Decreto Supremo N° 049-2001-EM, se establecieron los procedimientos de investigación, denuncia y sanción de delitos contra el medio ambiente y se definió como autoridad competente para realizar acciones de fiscalización la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). En cuanto a la segunda medida, aprobada mediante Decreto Supremo N° 005-2002-EF, se dispusieron los procedimientos, destinatarios, montos, entre otras disposiciones de la transferencia del Estado hacia los gobiernos regionales y locales por rentas obtenidas a partir de la explotación de los recursos naturales, comúnmente denominado “canon”, y cuya distribución se realiza de la siguiente manera:

451 ARELLANO-YANGUAS, Javier. ¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 87.

Gráfico 1. Estructura de distribución del canon minero.



Fuente: Reporte canon minero, transferencias 2015; Sociedad Nacional de Minería y Petróleo.

En el 2004, aún durante el gobierno de Toledo, se promulgó la Ley N° 28258, Ley de Regalía Minera, y su respectivo reglamento, Decreto Supremo N° 157-2004-EF. La regalía minera es definida como “[1]a contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos” (artículo 2° de la Ley N° 28258) y establecida sobre la base de la cotización de los precios de los metales en los mercados internacionales (artículo 3° de la Ley N° 28258). Al ser constituida como una contraprestación, y no como un impuesto, los márgenes de la ley alcanzaron a todas las empresas mineras. Sin embargo, debido a unos vacíos en la norma, el MINEM interpretó la regalía como un cobro administrativo permitiendo que solo la paguen aquellas empresas que no tenían contratos de estabilidad jurídica⁴⁵².

452 Grupo Propuesta Ciudadana. *Los ingresos por canon y regalías en tiempos de crisis. Generación, distribución y transferencias*. Lima, 2013.

Tanto el canon minero, como la imposición de la regalía minera fueron mecanismos creados para que el Estado pudiese retener parte de los beneficios económicos que las empresas mineras estaban obteniendo de la explotación mineral y de los precios altos de los metales en los mercados internacionales. En el caso del canon en particular, se trató de un mecanismo que encajó en el proceso de descentralización que se intentó realizar desde la transición, pero que también pudo entenderse como una manera de extender los beneficios del crecimiento económico a todo el país. La creación de este mecanismo significó no discutir el marco promotor de la inversión en minería, sino idear estrategias para repartir los beneficios que trajo la actividad minera.

Esta lógica de no alterar el modelo económico fue confirmada un año después cuando se llevaron a cabo conversaciones con el gobierno de Estados Unidos para concretar un Acuerdo de Promoción Comercial, o también llamado Tratado de Libre Comercio (TLC). El acuerdo, que sería aprobado y firmado por el país en abril de 2006, significó tener una apertura comercial a los Estados Unidos de las principales exportaciones peruanas, entre las que se encontraban los minerales. De esa forma, se fue fortaleciendo una economía basada en la explotación y exportación de los recursos minerales.

Estos avances en materia de legislación minera tuvieron una serie de contrapesos. En materia ambiental, se promulgó en el 2004 la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, reglamentada un año después mediante el Decre-

to Supremo N° 008-2005-PCM, y en el año 2005 la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Esta última resultó importante, pues además de actualizar el marco general ambiental, reafirmó una serie de derechos, como el derecho de acceso a la información, a la participación en la gestión ambiental y de acceso a la justicia ambiental. Asimismo, la ley creó cuatro sistemas para la gestión ambiental: el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Información Ambiental y el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. La norma determinó también el ordenamiento territorial como un objetivo del proceso de descentralización en materia de gestión ambiental y una serie de instrumentos ambientales. Entre ellos se detallan los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, los Planes de Cierre de Operaciones, las Declaratorias de Emergencia Ambiental, los Estándares de Calidad Ambiental, los Límites Máximo Permisibles, etc.

La llegada a la presidencia de Alan García por segunda vez (2006-2011) tampoco alteró el modelo económico. Si bien durante su gobierno se continuó apoyando la institucionalidad ambiental, también impulsó medidas flexibles en materia de recaudación tributaria minera. La primera de las medidas importantes se dio a inicios de su gestión cuando, contradiciendo lo dicho durante las elecciones, García negoció con las empresas extractivas la creación de un Programa Minero de Solidaridad con el Pueblo (PMSP). El PMSP entró en vigencia el año 2006 y tuvo como objetivo exonerar a las empresas del pago de impuestos a las sobre ganancias

a cambio de establecer compromisos voluntarios con proyectos de desarrollo social en las zonas de operación. Como parte de esta política, gran parte de empresas implementaron programas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) para redefinir su relación con las comunidades locales. El objetivo fue redistribuir las ganancias mineras a través de proyectos e intervenciones directas, generar una relación más directa entre las empresas y las comunidades, y fortalecer el discurso de las industrias extractivas como motor de desarrollo.

Cabe resaltar que, en el año 2007, se repotenció el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET) al fusionarse con el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero mediante Decreto Supremo N° 008-2007-EM. Ese mismo año, con la Ley N° 28964, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) amplió su campo de acción al sector minero y de hidrocarburos, cambiando de denominación a OSINERGMIN. Luego, en el año 2008, se decidió la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM), mediante el Decreto Legislativo N° 1013, y someter a revisión y actualización los instrumentos de gestión ambiental. En este contexto, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) con la potestad para imponer multas a empresas, fiscalizar el cumplimiento de compromisos alrededor de los EIA y promulgar normas relacionadas a la evaluación y fiscalización ambiental.

Lo más llamativo durante el gobierno de García fue su intento por atraer la inversión privada en tierras comunales indí-

genas en desmedro de la normativa nacional. Estos esfuerzos se dieron en el marco de la entrada en vigor del TLC con los Estados Unidos. En el año 2008, luego de que el Congreso de la República aprobase la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, se emitieron un conjunto de decretos legislativos relacionados con la implementación del acuerdo comercial con los Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica. La promulgación de estos decretos atentó directamente contra derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la consulta, a la tierra y territorio, a la identidad, al uso de los recursos naturales y al desarrollo integral⁴⁵³. Algunos de estos se resumen a continuación:

Tabla 2. Decretos Legislativos relacionados a los pueblos indígenas adoptados por García con ocasión del TLC con Estados Unidos.

DECRETO LEGISLATIVO	ARTÍCULOS RELEVANTES
Decreto Legislativo N° 994, promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola	Art. 3.1. Se definen como tierras eriazas aquellas con aptitud agrícola, pero no explotadas por falta o exceso de agua. Art. 3.2. Las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal. Art. 5. Se menciona que el Estado promoverá la inversión privada para ejecutar proyectos de irrigación en tierras eriazas mediante la transferencia a cambio de una contraprestación económica.
Decreto Legislativo N° 1064, aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario	Art. 8.1. Las tierras de uso agrario quedan sujetas a las siguientes servidumbres: servidumbres ordinarias, de libre tránsito por los puentes, oroyas y caminos y de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera.

⁴⁵³ Federación Internacional de Derechos Humanos. Perú-Bagua. Derramamiento de sangre en el contexto del paro amazónico. Urge abrir diálogo de buena fe, 2009.

<p>Decreto Legislativo N° 1081, crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos</p>	<p>Art. 4.1. Se menciona que el acceso al agua para satisfacer necesidades primarias de la persona humana es prioritario sobre cualquier otro uso.</p> <p>Art. 4.3. Principio de Sostenibilidad. El Estado promueve y controla el aprovechamiento y conservación sostenible de los recursos hídricos previniendo la afectación de su calidad ambiental y de las condiciones naturales de su entorno, como parte del ecosistema donde se encuentran; regula su asignación en función de objetivos sociales, ambientales y económicos; y promueve la inversión y participación del sector privado en el aprovechamiento sostenible del recurso.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 1089, establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales</p>	<p>Art. 1. Se declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas por cuatro años.</p> <p>Art. 2. Se crea un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 1079, establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas</p>	<p>Art. 3. El procedimiento administrativo sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables en las Áreas Naturales Protegidas se sustenta en el principio de protección administrativa, por el que la autoridad en los procedimientos administrativos puede usar como medios de prueba los indicios aceptables para arribar a la verdad.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 1090, aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre</p>	<p>Art. 6. Se menciona que no habrá cambio de uso en las tierras que pertenecen al patrimonio forestal salvo se trate de proyectos declarados de interés nacional. Se prohíbe el otorgamiento de títulos de propiedad o certificados de posesión a los ocupantes de las tierras con capacidad de uso mayor para producción forestal o de protección con o sin cobertura boscosa. Sin embargo, ello no impide su otorgamiento en concesión.</p> <p>Art. 9.1. Se establece una modalidad de concesión forestal por iniciativa privada, en unidades de aprovechamiento de cinco mil (5 000) hasta cuarenta mil (40 000) hectáreas, por el plazo de hasta cuarenta (40) años renovables.</p>

<p>Decreto Legislativo N° 1015, unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la Sierra y de la Selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria</p>	<p>Art. único. Se modifica el artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas en los siguientes términos: “Artículo 10°. (...) Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, la regularización del derecho de propiedad se registrá por las siguientes normas:</p> <p>a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseesionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseesionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual poseionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.</p> <p>b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.</p>
<p>Decreto Legislativo N° 1073, modifica el literal b) del artículo 10° de la Ley N° 26505</p>	<p>Art. único. Modificase el literal b) del artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015, en los siguientes términos:</p> <p>“Artículo 10°.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.</p> <p>Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, la regularización del derecho de propiedad se registrá por las siguientes normas:</p> <p>(...)</p> <p>“b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseesionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseesionarios con más de un año”.</p>

Fuente: Elaboración propia.

La insistencia en mantener en vigencia estos decretos desencadenó una serie de protestas y movilizaciones de parte de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones regionales y nacionales, exigiendo al Estado su derogatoria. Desde el Poder

Ejecutivo, las respuestas a las movilizaciones radicarón en utilizar las fuerzas policiales para dispersar a los indígenas y restablecer el orden interno. El choque de fuerzas en la localidad amazónica de Bagua, en el pico de conflictividad social, dejó como saldo un total de 33 personas fallecidas, entre policías y civiles.

El conflicto de Bagua supuso para el gobierno de García enfrentar su peor crisis en los cinco años de gestión. Sin embargo, también significó una oportunidad para visibilizar la situación de los pueblos indígenas en el país e impulsar iniciativas para su desarrollo integral respetando sus derechos. Es de esa forma que tras el estallido del conflicto se conformaron 4 mesas de diálogo, estando una de ellas encargadas de la elaboración de una propuesta de ley de consulta previa. Este último punto no logró concretarse para el término del gobierno de García. A pesar de eso, la discusión en torno a la creación e implementación de una ley continuó en el debate público, principalmente durante las elecciones presidenciales del 2011, en las que resultó ganador Ollanta Humala. Ni bien inició su gobierno (2011-2016), la discusión en torno a la consulta para pueblos indígenas fue reanudada y al poco tiempo se logró la aprobación de la norma (Ley N° 29785) y su reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC). En adelante, la gestión de Humala desarrolló instrumentos complementarios que “operativizaron” el derecho a la consulta: guías metodológicas, cartillas, orientaciones, base de datos sobre pueblos indígenas, entre otros. En ese sentido, se terminó de madurar lo que había iniciado en el gobierno anterior. Ahora bien, aunque sobre el papel pareció aten-

derse un pedido expreso de los pueblos indígenas, en la práctica el proceso de creación de la ley y del reglamento de consulta presentaron insuficiencias⁴⁵⁴.

Esta no fue la única medida que le trajo cuestionamientos a este gobierno. Humala Tasso, que había ganado las elecciones agrupando a un número importante de organizaciones rurales y agrupaciones izquierdistas, desestimó su proyecto inicial de gobierno, denominado la “Gran Transformación”, y acogió un segundo enfoque llamado “Hoja de Ruta”. En ella no solo se dejaban de lado muchas de las propuestas más arriesgadas, sino que además no se discutieron las lógicas económicas que predominaron en los gobiernos predecesores. Ello pudo verse de manera más clara en dos decretos promulgados: Decreto Supremo N° 054-2013-PCM y Decreto Supremo N° 060-2013-PCM. Ambos tenían por objetivo aprobar disposiciones especiales para procedimientos y otras medidas administrativas para impulsar proyectos de inversión en materia extractiva. Muchas de las medidas incluidas apuntaron a flexibilizar estándares sociales y ambientales para favorecer iniciativas privadas tales como el silencio administrativo positivo en la emisión de Certificados de Inexistencia de Restos Arque-

454 Por ejemplo, fue bastante criticada la ausencia de cuatro organizaciones indígenas en el proceso de elaboración de la norma. Ello determinó que no todas las demandas y propuestas manifestadas por las organizaciones fuesen recogidas y tomadas en cuenta en la elaboración de la norma y, por tanto, que al final ésta no termine cumpliendo con algunas de las propuestas presentadas por los indígenas. En: GAMBOA, César y Sébastien SNOECK. *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de consulta y del reglamento*. Lima: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, 2012.

ológicos (CIRA), la potestad otorgada a empresas para solicitar servidumbre sobre predios del Estado, la aprobación de EIA (tanto semidetallado como detallado) en una sola etapa, prohibición a funcionarios para realizar pedidos de subsanación a los EIA, etc⁴⁵⁵.

La Ley N° 30230 y la Ley N° 30327 coronarían la simplificación de procedimientos en favor de la promoción y dinamización de la inversión en el país. El OEFA, creado durante el gobierno de Alan García, sufrió la reducción de su poder sancionador y de fiscalización al privilegiar la prevención de conductas infractoras en contra del medio ambiente y dejar el proceso sancionador como una medida excepcional. Los plazos para emitir opinión técnica alrededor de procesos de aprobación de los EIA fueron reducidos, mientras que la creación de Zonas Reservadas, que estaba en manos del MINAM, pasó a ser responsabilidad de la Presidencia de Consejo de Ministros.

El marco normativo constituido por Humala sirvió como base para que el gobierno de Kuczynski continuase con la promoción de la inversión como principal motor de su gestión. El objetivo propuesto al momento de su entrada al gobierno fue el buscar “destrabar” aquellos proyectos que por cuestiones administrativas o de otra índole, no habían aun comenzado. Así, y en el marco de un nuevo otorgamiento de facultades para legislar, el actual gobierno ha decretado a la fecha un total de 112 normas, de

455 Red Muqui, Grufides y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Paquetes normativos 2013-2015 y su impacto en los derechos fundamentales en el Perú*. 2015.

las que más de la mitad está orientada a la reactivación económica y a la formalización. Se han emitido tres decretos que buscan fomentar la formalización minera en el país (Decretos Supremos N° 1244, N° 1293 y N° 1336), uno de los rubros económicos que mayores problemas ha traído tanto en términos de estándares ambientales, como en materia social por problemas vinculados a trata de personas, explotación laboral, etc.).

Como en los gobiernos de García y Humala, el gobierno de Kuczynski ha buscado facilitar la ejecución de obras de infraestructura de “interés nacional” flexibilizando el acceso a terrenos (Decreto Supremo N° 1333). Para ello, se vale de la creación del Proyecto Especial para Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP), un ente ad hoc para realizar el saneamiento de predios. Esta norma aún no ha sido aprobada por el congreso de la República al momento de la redacción del presente informe. Por último, debido a los actos de corrupción y de falta de transparencia en instituciones públicas, el régimen de Kuczynski ha propuesto la creación de la Autoridad para la Transparencia y Acceso a la Información (Decreto Supremo N° 1353), adscrita al Ministerio de Justicia.

Como se ha podido ver, las bases construidas por el gobierno de Fujimori en relación a la minería no han sido alteradas en el tiempo. Antes bien, el rol que se le otorgó al Estado como promotor de la inversión en la economía bajo una lógica de libre mercado ha permanecido inmutable. Las normativas emitidas por los gobiernos sucesivos han estado dirigidas a asegurar que esto

pueda seguirse dando. La creación de una institucionalidad ambiental débil, con poco peso en la toma de decisiones, y el débil compromiso por el respeto y la defensa de los derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas –íntimamente relacionados con la tenencia comunal de la tierra– son ejemplos de cómo todo sistema parece quedar supeditado a la promoción de la economía de libre mercado.

4. Cifras de la minería en el Perú: ¿crecimiento vs. conflictividad social?

Entre 2002 y 2008, el Perú experimentó un crecimiento económico promedio de 7%, del que el sector minero e hidrocarburos tuvieron una participación importante, habiendo aportado a las exportaciones un 70% y a la recaudación de impuestos un 30%⁴⁵⁶. Sin embargo, el país también padeció un aumento continuo en la conflictividad social. Entre mayo de 2005 y mayo de 2011, el número total de conflictos pasó de 74 a 227, de los cuales los conflictos socio ambientales tuvieron la mayor repercusión al pasar de 10 a 117⁴⁵⁷. Dentro de este marco de conflictividad, la relación entre la presencia de las industrias extractivas y el aumento de los conflictos ha sido directa, dado que o bien los con-

456 ARELLANO-YANGUAS, Javier. *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

457 BEDOYA, César. “Evolución y tendencias de los conflictos sociales y ambientales en el Perú: una lectura general”. En: *Minería, conflicto social y diálogo*. Ormachea, Iván, Javier Caravedo, Gustavo Moreno y César Bedoya. Lima: ProDiálogo, Prevención y Resolución de Conflictos, 2014, p. 36.

flictos involucraron a comunidades y empresas mineras, o bien sucedieron en las zonas de extracción, lo que ha llevado a que los nuevos polos mineros hayan concentrado la mayor cantidad de conflictos: Cusco, Cajamarca, Ayacucho, Áncash, Junín, entre otros⁴⁵⁸. Lo anterior estaría reflejando que algo viene sucediendo en la manera cómo se le está llevando a la práctica. Este péndulo que va desde el entender a la minería como motor del desarrollo hacia la minería como actividad que se encuentra en el centro de la conflictividad social, la hacen un tema recurrente en el debate sobre la gobernabilidad del país.

En el presente apartado revisaremos de qué manera la minería ha ido sosteniendo su importancia, sobre todo en materia económica. Ello nos permitirá apreciar uno de los lados del péndulo mencionado. Luego, revisaremos de qué manera la misma actividad se encuentra cuestionada, sobre todo cuando al realizarse podría generar la afectación de condiciones de vida de la población cercana a sus actividades y, con ellos, sus derechos, eje del discurso detrás de la conflictividad social vinculada a la minería.

i. Principales indicadores de la minería para el crecimiento económico del Perú

Desde los años 90, las inversiones en el rubro minero aumentaron significativamente. Solo entre 1995 y 2000, la inver-

458 BEDOYA, César. “Evolución y tendencias de los conflictos sociales y ambientales en el Perú: una lectura general”. En: *Minería, conflicto social y diálogo*. Ormachea, Iván, Javier Caravedo, Gustavo Moreno y César Bedoya. Lima: ProDiálogo, Prevención y Resolución de Conflictos, 2014, p. 37.

sión anual minera pasó de US\$ 386.7 a US\$ 1,543.7⁴⁵⁹ y, a partir de 2007, las inversiones no han bajado de US\$ 1,200 millones (ver Gráfico 2). El gobierno de Ollanta Humala (2011-2015) presenció un crecimiento económico superlativo. En su gobierno, la minería tuvo una inversión promedio anual de US\$ 8,413.6 millones superando con creces la inversión experimentada apenas 5 años antes. Durante el actual gobierno de Kuczynski, las inversiones en minería han vuelto a caer hasta niveles similares al gobierno de García (2006-2011).

Gráfico 2. Inversión total en la minería peruana 2006-2015 (US\$ millones).



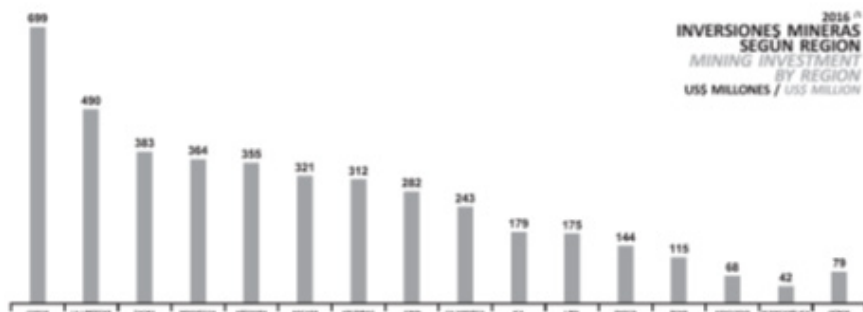
Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

En 2016, las regiones que mayor inversión tuvieron en el rubro fueron Cusco, La Libertad y Tacna (ver Gráfico 3). Estas ci-

459 GIL, Vladimir. Aterrizaje minero. *Cultura, conflicto, negociaciones y lecciones para el desarrollo desde la minería en Áncash, Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2009, p. 51.

fras, respecto a las de 2015, muestran un cambio en el escenario, dado que en ese año las regiones que lideraron fueron Arequipa y Apurímac, donde dos proyectos de gran envergadura (Cerro Verde y Las Bambas, respectivamente) tuvieron grandes desembolsos.

Gráfico 3. Inversiones mineras por región al 2016 (US\$ millones).



Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

Las cifras en inversión minera se encuentran vinculadas al aumento de las concesiones mineras. Como lo muestra el Gráfico 4, desde 1993 hasta 1999 se atravesó por una etapa de crecimiento continuo en las concesiones mineras. Tras una breve caída entre 1999 y 2002, la minería tuvo un repunte a partir de esa fecha hasta 2013. Un año después, se inició una nueva caída, aunque ligera, en el número de concesiones, que a su vez ha sido ratificada en 2016 cuando se llegó a tener 18, 967,738.1 hectáreas en concesión, la cifra más baja desde 2009.

Gráfico 4. Evolución de las concesiones mineras en el Perú: 1991-2016.



Fuente: Noveno informe cartográfico sobre concesiones mineras en el Perú; CooperAcción 2016.

Al 2016, las cifras muestran que las concesiones mineras en el Perú ocupaban un 14.9% del territorio nacional. Del global, resalta el hecho que de las tres regiones que más concesiones tienen, dos sean andinas (Arequipa y Áncash) y la otra sea Lima.

Tabla 3. Concesiones mineras por regiones, 2016.

REGIÓN	HAS.	CONCESIONES	% DEL TERRITORIO
Moquegua	1573397	821060.3	52.2
Apurímac	2089579	982096.6	47.0
La Libertad	2549990	1279343.4	50.2
Lima	3480159	1682555.0	48.3
Ancash	3591441	1579520.2	44.0
Huancavelica	2213147	793859.7	35.9
Arequipa	6334539	2350878.3	37.1
Tacna	1607589	585370.1	36.4
Cajamarca	3331754	979257.5	29.4
Ica	2132783	616432.4	28.9

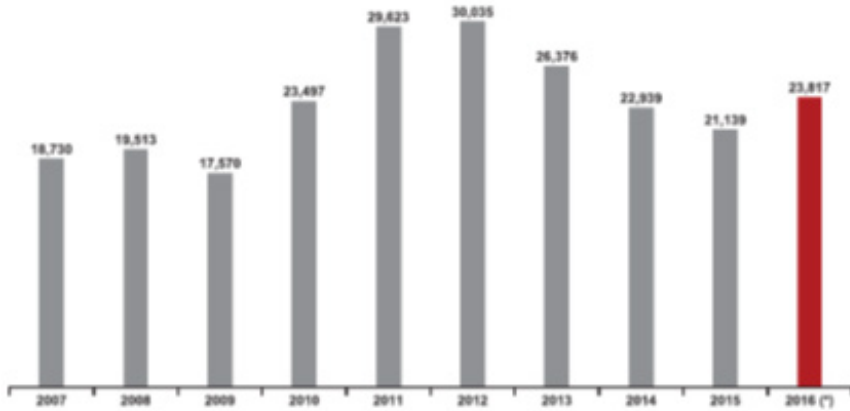
REGIÓN	HAS.	CONCESIONES	% DEL TERRITORIO
Ayacucho	4381480	1102998.1	25.2
Piura	3589249	888157.3	24.7
Junín	3766699	871068.8	23.1
Puno	6699712	1349048.2	20.1
Lambayeque	1423130	277418.8	19.5
Cusco	7198650	1151542.7	16.0
Pasco	2531959	443379.9	17.5
Callao (Lima)	14698	2260.4	15.4
Huánuco	3684885	461944.7	12.5
Madre De Dios	8530054	351301.2	4.1
Amazonas	3924913	144116.1	3.7
Tumbes	404586	16385.4	4.0
San Martín	5125331	174900.8	3.4
Ucayali	10183064	13869.4	0.1
Loreto	36885195	48972.6	0.1
TOTAL	127 247 983	18967738.1	14.9

Fuente: Noveno informe cartográfico sobre concesiones mineras en el Perú; CooperAcción 2016.

La producción minera en el Perú ha estado orientada al mercado internacional⁴⁶⁰. De acuerdo al MINEM, alrededor del 95% de la producción minera es exportada a países como China, Suiza, Canadá, EE.UU., entre otros. En 2015, las exportaciones mineras alcanzaron los US\$ 23 millones, una recuperación ligera frente a los dos años anteriores.

460 MINEM. *Anuario Estadístico. Reporte Estadístico*. Lima: 2016.

Gráfico 5. Evolución de las exportaciones mineras 2006-2015 (US\$ millones).



Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

El propio Ministerio afirma que la tendencia a exportar minerales en el país se debe tanto a factores externos como internos. Hacia afuera, hay una demanda de minerales y de concentrados, y un fuerte incentivo económico por el alto precio de los metales y beneficios arancelarios. Como una consecuencia de esto, el mercado interno es visto como poco atractivo para las empresas mineras, en especial teniendo en consideración que el sector minero ha tenido una articulación muy débil con otros rubros económicos como la industria nacional. Por último, habría que mencionar, que las empresas suelen firmar contratos con determinados clientes previo inicio de operaciones y ello termina por preestablecer los destinos de los metales.

Más allá de esta poca predisposición hacia el mercado interno, el rubro minero ha tenido una fuerte participación en la economía nacional. En 2016, el sector minero constituyó el 65%

de las exportaciones nacionales⁴⁶¹. Al ser uno de los países líderes a nivel mundial en producción mineral, no resulta extraño que buena parte de la economía del Perú se sostenga en la exportación de metales y que, por tanto, los beneficios y réditos fiscales provengan de ese sector.

Los aportes por concepto de canon a las regiones son probablemente el impacto más valorado por el Estado, así como por los defensores del modelo extractivo. Sin embargo, si bien el canon minero es la contribución más grande, este no es el único pago realizado por las industrias dado que las regiones también se ven beneficiadas por el pago de regalías y por el derecho de vigencia y penalidad.

De acuerdo a la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), entre 2001 y 2006, el canon fue transferido en montos iguales mes a mes. Desde 2007, la transferencia es realizada en un solo monto, permitiendo a los gobiernos subnacionales (locales y regionales) disponer de grandes cantidades de dinero. Así, entre 2007 y 2016, se entregó un promedio anual alrededor de 3,500 millones de soles por conceptos de canon a los gobiernos subnacionales y universidades públicas.

461 MINEM. *Anuario Estadístico. Reporte Estadístico*. Lima: 2016.

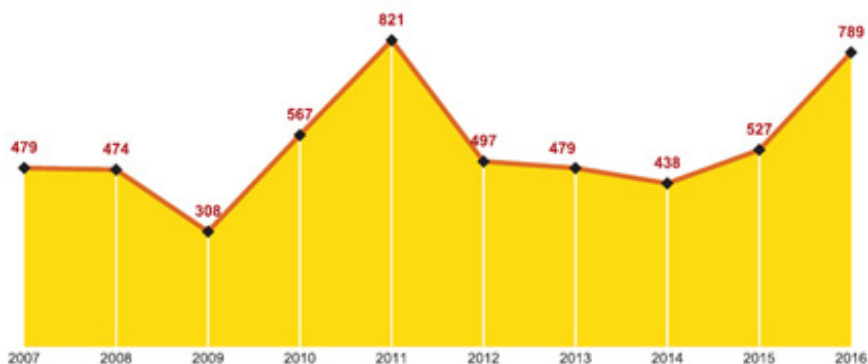
Gráfico 6. Aportes por canon minero, 2007-2016 (S/ millones).



Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

El pago por regalías se determina en función a la utilidad operativa y al rango de ventas de concentrados, con lo cual, a mayor rango de ventas, mayor la tasa de regalía⁴⁶². Entre 2007 y 2016, el pago por regalías ha variado considerablemente alcanzándose el pico más alto en 2011 (S/ 821 millones).

Gráfico 7. Aportes por regalías mineras, 2007-2016 (S/ millones).

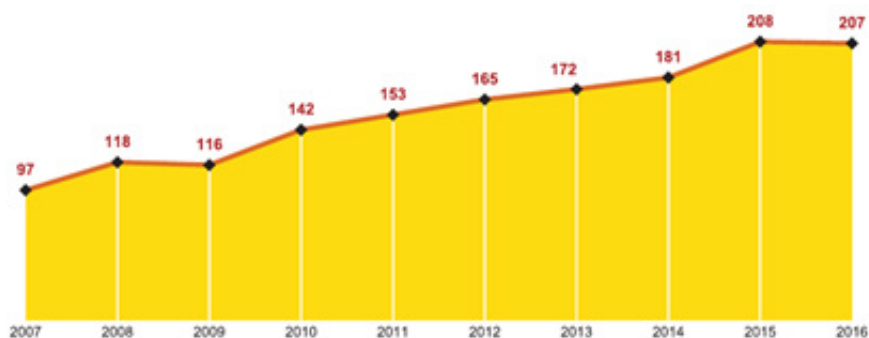


Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

⁴⁶² MINEM. *Anuario Estadístico. Reporte Estadístico*. Lima: 2015.

Finalmente, el pago por derechos de vigencia y penalidad está referido al abono que los titulares mineros están obligados a realizar para mantener vigentes las concesiones otorgadas por el Estado. Al 2016, el pago por este derecho había alcanzado los S/ 207 millones.

Gráfico 8. Aportes por derecho a vigencia y penalidad, 2007-2016 (S/ millones).



Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

En base a estas tres contribuciones, se puede observar que tras tener dos picos de rendimiento en 2007 y 2012, desde este último año se está atravesando por un decrecimiento en el aporte minero a las regiones. Aunque el aporte por regalías se ha mantenido más o menos estable y los pagos por derecho a vigencia han ido creciendo sostenidamente, la mayor contribución son los aportes por canon, por lo que este beneficio no solo depende del nivel de producción de las empresas, sino sobre todo de los precios de los metales en el mercado internacional.

Gráfico 9. Transferencias a las regiones, 2007-2016 (S/ millones).



Fuente: Anuario Minero. Reporte Estadístico. Perú 2016; MINEM.

Paralelamente a los ingresos monetarios, se han resalta-
do otro tipo de aportes gracias a la minería. Desde 2010, el empleo
directo no ha bajado de 160,000 personas anualmente. Asimismo,
el número de proyectos de desarrollo sostenible declarados por
las empresas han oscilado entre los 3 000 y los 5 000 por año. En
2015, la inversión ejecutada en este tipo de proyectos ascendió a
477 millones de soles⁴⁶³.

En resumen, el principal beneficio que ha traído la mine-
ría al país está en la cantidad de dinero que ha aportado a las cajas
fiscales del Estado. Si se toma en consideración únicamente los
factores que posibilitan el crecimiento de la economía, la mine-
ría aparece como la actividad más importante. No sorprende, en
ese sentido, que los principales defensores de la inversión minera
hayan sido el Estado central y los gobiernos subnacionales, con-
siderando que son estos los que manejan los aportes económicos.

463 MINEM. *Anuario Estadístico. Reporte Estadístico*. Lima: 2016.

Sin embargo, si se observan otras dimensiones como el impacto en el empleo, los efectos positivos no son tan evidentes.

ii. Minería y conflictos sociales en el Perú

El segundo tipo de aspecto asociado a la minería está en los conflictos sociales. En la última década, la conflictividad pasó de ser un aspecto menor a uno de los mayores problemas de gobernabilidad del país. De acuerdo a cifras de la Defensoría del Pueblo, entre 2007 y 2009 se pasó de tener de 78 a 267 conflictos anuales, un récord que, si bien se ha reducido en los últimos años, no ha bajado de los 200⁴⁶⁴.

Tabla 4. Evolución de la conflictividad social diciembre, 2005- diciembre, 2016.

PERÍODO	Nº DE CONFLICTOS SOCIALES	Nº DE CONFLICTOS ACTIVOS	Nº DE CONFLICTOS LATENTES	Nº DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES
Dic. 2005	73	13	57	14 (19%)*
Dic. 2006	97	13	83	20 (21%)*
Dic. 2007	78	26	52	37 (47%)*
Dic. 2008	197	134	63	93 (47%)*
Dic. 2009	267	185	82	124 (46%)*
Dic. 2010	246	164	82	117 (47.6%)*
Dic. 2011	223	149	74	126 (56.5%)*
Dic. 2012	227	164	63	148 (65.2%)*
Dic. 2013	216	170	46	139 (64.4%)*
Dic. 2014	210	160	50	139 (66.2%)*
Dic. 2015	211	143	68	145 (68.7%)*
Dic. 2016	212	156	56	146 (69.9%)*

Fuente: Defensoría del Pueblo. *Porcentaje sobre el total de conflictos sociales.

464 Defensoría del Pueblo. *Reporte de conflictos sociales*. 2008-2016.

Una primera tendencia que se observa en la evolución de la conflictividad social, más allá del aumento del número total de conflictos, es el estado de los mismos. En el período de tiempo analizado, hasta 2007, la mayor parte de los casos permanecían latentes. A partir del año siguiente y hasta la fecha, la situación se ha revertido y la mayoría de casos están activos.

Tabla 5. Estado de conflictos sociales.

Conflicto activo	Conflicto latente	Conflicto resuelto
Es el conflicto social expresado por alguna de las partes o por terceros a través de demandas públicas, formales o informales.	Es el conflicto social no expresado públicamente. Permanece oculto, silencioso o inactivo, en el que se puede observar la concurrencia de factores que tienen un curso de colisión pero que no se manifiestan o habiéndose manifestado han dejado de hacerlo durante un tiempo considerable.	Es el conflicto social cuya solución aceptada por las partes, mediante acuerdos, normas, resoluciones, dan por concluida la disputa.

Fuente: Defensoría del Pueblo, Reporte de conflictos sociales 159, mayo 2017.

Un segundo aspecto ha sido la cada vez mayor participación de los conflictos socio-ambientales del total de casos reportados. Mientras que en 2005, los conflictos de este tipo abarcaban apenas el 19%, 10 años después, estos representarían el 68.7%. Esta evolución parece haber tenido dos momentos, primero entre 2006 y 2007 cuando la cifra se duplicó (de 21% a 47%), producto del incremento de la conflictividad, y luego entre 2009 y 2012, cuando pasan a ser más de la mitad del total (de 46% a 65.2%).

Si bien los conflictos por temas socio-ambientales abarcan una variedad de problemáticas, la participación de la minería ha sido protagónica. Aunque la Defensoría del Pueblo ha comenzado

a estudiar con detenimiento este aspecto, hay cifras que muestran la influencia temprana de la minería. En 2008, cuando por primera vez la cifra total de conflictos superó el centenar, la minería abarcaba el 75% de los conflictos socioambientales. Un año después, a pesar de que en proporción se redujo en diez puntos esta participación (65%), los casos aumentaron de 69 a 80⁴⁶⁵. Los últimos cuatro años la Defensoría del Pueblo ha seguido encontrando que los conflictos mineros se han mantenido en un rango de 62.8% y 74.8% del total de casos ambientales⁴⁶⁶.

Sobre la base de esta información, la organización CooperAcción presentó una gráfica que distribuye los conflictos sociales por regiones. No solo mostró que las cinco regiones con mayores conflictos están posicionadas sobre los Andes, sino que además dos de ellas (Apurímac y Cusco) se asoman como los nuevos polos de la gran minería en el Perú.

465 Defensoría del Pueblo. *Reporte de conflictos sociales*. 2008-2009.

466 Defensoría del Pueblo. *Reporte de conflictos sociales*. 2012-2016.

Gráfico 10. Conflictos sociales por región, abril 2016.



Fuente: 18° Observatorio de conflictos mineros en el Perú; CooperAcción 2016.

Como menciona Arellano⁴⁶⁷, el Estado, las empresas mineras y la sociedad civil coinciden en señalar que la actividad extractiva es la principal responsable del aumento de conflictos; sin embargo, cada uno esboza explicaciones diferentes. Para el Estado, la conflictividad alrededor de la minería se explica por el comportamiento radical de los grupos opositores y por la incapacidad de los gobiernos subnacionales para invertir los recursos públicos

467 ARELLANO-YANGUAS, Javier. *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

provenientes de los impuestos mineros. Para las mineras, se esbozan tres explicaciones: la primera coincide con la percepción negativa del Estado sobre los grupos opositores, la segunda tiene que ver con un reconocimiento de los impactos que tiene la actividad extractiva sobre las comunidades, y la última está referida a malas prácticas de algunas empresas. En la sociedad civil también pueden encontrarse divergencias: por un lado, la visión más radical sostiene que los conflictos son un reflejo de la resistencia de los grupos locales ante las fuerzas del capitalismo; no obstante, para algunas organizaciones internacionales y ONG, los conflictos son causados por una mala regulación ambiental.

Aunque ninguna de estas visiones explica por sí sola el problema, los beneficios económicos que traen consigo la actividad minera y el mayor involucramiento de las empresas como motores de desarrollo local, no han venido acompañados de un manejo adecuado de la conflictividad social. Las disputas y tensiones sociales constituyen un aspecto cotidiano en las relaciones humanas, pero el equivocado tratamiento de estos ha llevado a tener, en casos de escalada de la conflictividad, pérdidas humanas y múltiples heridos. En ese sentido, la integración de un enfoque de derechos humanos alrededor de la actividad minera se hace imprescindible.

III. ¿Cómo se hace minería en el Perú? Breve descripción de la cadena minera

En el Perú ha primado la minería a tajo abierto. De acuerdo a la cantidad de mineral que se extrae, podemos hablar de pequeña, mediana o gran minería. En los dos últimos casos, la manera de aprovechar el recurso –a tajo abierto– no solo ha implicado una gran inversión financiera, sino que también, la posibilidad de generar una serie de impactos –sociales y ambientales– que de no ser controlados generan daños a la naturaleza y al ser humano. Por ello, la legislación nacional debe disponer no solo los marcos que deben seguir las empresas para dar inicio a la extracción del mineral, sino también aquellos correspondientes al control de los impactos y el relacionamiento con la sociedad. Sin embargo, no son pocas las situaciones en las que estos marcos pueden resultar insuficientes. En el presente apartado buscaremos revisar –a partir del marco legal– la cadena minera, es decir, el ciclo de vida de un proyecto o las etapas que muestran de qué manera se lleva a cabo la minería en el Perú. Se trata de acercarnos al eje sobre el cual girará el siguiente apartado: la identificación de cómo las actividades alrededor de esta cadena pueden generar situaciones de riesgo o afectación de derechos humanos.

A través del Decreto Legislativo N° 109, se promulgó la Ley General de Minería (LGM) en 1981, norma que fue modificada posteriormente mediante Decreto Legislativo N° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero. Luego, en 1992, se aprobó el Texto Único Ordenado (TUO) de la LGM que incorpora las disposiciones de esta última norma vigente hasta ahora. El artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LGM señala

como parte de las actividades de la industria minera el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, la labor general, el beneficio, la comercialización y el transporte minero. Para efectos de esta investigación, tomaremos en cuenta estas etapas de la cadena minera establecidas en la norma, entendidas desde la práctica que se realiza para extraer el mineral.

Gráfico 11. Etapas de la cadena minera, según la LGM.



Fuente: Elaboración propia.

1. Cateo y prospección

El cateo y prospección son las primeras acciones de la cadena minera, que, en palabras sencillas, implican buscar e identificar dónde hay suficiente mineral para ser extraído. Cada una de estas actividades presenta particularidades. El cateo es la acción que busca evidenciar indicios de mineralización a través de labores elementales, es decir, son labores de investigación de carác-

ter manual que buscan evidenciar indicios de mineralización. La prospección está referida a la determinación de zonas de mineralización mediante procedimientos químicos y físicos, y técnicas de precisión (artículo 1º del TUO de la LGM). Se puede hacer uso de fotos aéreas, datos satelitales, técnicas geofísicas o geoquímicas.

Las labores de cateo y prospección dan los primeros indicios de dónde puede encontrarse efectivamente un yacimiento minero. Sin embargo, para identificar aspectos más concretos como las dimensiones y las características del yacimiento se requiere de una exploración más profunda. Ambas pueden ser realizadas libremente en todo el territorio nacional (salvo excepciones específicas), y solo requieren el permiso previo escrito del titular de los terrenos (artículo 2º del TUO de la LGM). En tal sentido, en tanto se entiende que pueden ser realizadas por cualquier persona y no representan un impacto ambiental significativo, no requieren de un permiso de parte de la autoridad competente.

2. Concesión minera

Si los resultados del cateo y la prospección son positivos, se puede pedir una concesión sobre el área donde se presume existe un posible yacimiento de minerales. Dicha solicitud se conoce como solicitud de petitorio minero, a través del cual se puede obtener una concesión minera.

Para contar con la concesión, es necesario presentar una solicitud de petitorio de concesión minera ante el INGEMMET. De no mediar oposición alguna, el INGEMMET emite un dictamen

técnico y legal favorable para la expedición de la resolución correspondiente por la que se otorga el título de concesión.

La concesión minera es un acto administrativo por el cual el Estado autoriza a un particular o al propio Estado a explorar y explotar los recursos minerales que se encuentran dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales. Esto convierte al titular de la concesión en propietario de los minerales que extraiga de dicho yacimiento, pero no en el titular del terreno superficial⁴⁶⁸. Con la concesión, el Estado otorga al concesionario la capacidad de ejercer los amplios atributos establecidos en el artículo 37° del TUO de la LGM⁴⁶⁹. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta ley exige para mantener su vigencia.

3. Exploración detallada

468 ARELLANO-YANGUAS, Javier. ¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras de Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 18.

469 Entre los atributos se encuentran, (i) el uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna; (ii) solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión; (iii) construir en las concesiones vecinas, las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de su propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores; (iv) solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión; (v) usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión; entre otras.

La exploración es la etapa orientada a obtener información sobre la ubicación y el valor del yacimiento de minerales, es decir, determinar la cantidad de reservas minerales (magnitud), su calidad (ley), y si estas son tratables (si se puede recuperar económicamente su contenido metálico). El artículo 8° del TUO de la LGM la define como la actividad tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. Para ello se tendrían que hacer perforaciones, muestreos, análisis de los contenidos y del tipo de mineral, entre otros. En otras palabras, a través de la exploración se puede ver si es viable desde un punto de vista económico la explotación.

El Estado peruano clasifica las actividades de exploración minera en dos categorías, según las características que presenten. Por un lado, esta es una actividad que se realiza de forma continua en el quehacer minero, tanto en los trabajos de un proyecto nuevo como sobre yacimientos que estén en producción. Por otro lado, es el mecanismo mediante el cual el minero busca incrementar su nivel de reservas probadas desde aquellas reservas probables, y en base a este incremento de reservas, se logrará extender la vida útil del proyecto.

Tabla 6. Categorías de la exploración minera.

	Categoría I (artículo 20.1 del Decreto Supremo N° 020-2008-EM)	Categoría II (artículo 20.2 del Decreto Supremo N° 020-2008-EM)
Características	<ul style="list-style-type: none"> - Un máximo de 20 plataformas de perforación - Un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos - La construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud en conjunto 	<ul style="list-style-type: none"> - Más de 20 plataformas de perforación - Un área efectivamente disturbada mayor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos - La construcción de túneles de más de 50 metros de longitud
Instrumento que requiere	Declaración de Impacto Ambiental	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado

Fuente: Elaboración propia.

Para los proyectos de categoría I, durante la fase de exploración, el titular deberá elaborar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y para los proyectos de categoría II, el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd). Ambos instrumentos de gestión representan los primeros requisitos de toda la cadena de producción minera después de la concesión.

De acuerdo a la Resolución Ministerial N° 167-2008-MEM-DM, la DIA debe contener un resumen ejecutivo del proyecto, antecedentes en la zona, actividades de consulta y participación ciudadana realizadas, descripción del área del proyecto, descripción de actividades a realizar, identificación y descripción de impactos potenciales, el Plan de Manejo Ambiental, y las medidas de cierre y postcierre. Se trata de proyectos que pueden tener un impacto ambiental negativo leve. El EIA-sd requiere la descripción de los mismos componentes que la DIA tomando en consideración que se trata de impactos ambientales negativos moderados.

Dicho mecanismo de gestión debe pasar por la evaluación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental (SENACE).

Una vez concluida la exploración detallada se realizará una evaluación preliminar de yacimientos, cuyo objetivo apunta a analizar cuidadosamente las muestras e información de medición para evaluar si se debe continuar con una exploración que lleve a dar lugar al desarrollo de la mina. La exploración detallada se diferencia del cateo y la prospección porque implica la realización de perforaciones, túneles, así como la construcción de vías de acceso, campamentos y otras. En el caso de que las actividades de exploración pretendan realizarse en territorios indígenas, la certificación ambiental debe atravesar por un proceso de consulta previa. La decisión final es tomada por la entidad promotora de la medida; en este caso, por parte del Ministerio de Energía y Minas en observancia del artículo 15º de la Ley de Consulta Previa.

4. Explotación: desarrollo, labor general, beneficio y producción

Si los resultados de la exploración minera resultan positivos (en otras palabras, se confirma la calidad y cantidad del yacimiento mineral), se puede dar inicio a la etapa de explotación. En este momento se deben de realizar varias sub etapas que en su conjunto representan la explotación.

En primer lugar, deberá de realizarse un EIA para poder conocer el detalle de los impactos potenciales. En este se deben de describir no solo los aspectos físicos, biológicos y naturales

de la zona donde se ubica el yacimiento, sino además los sociales, económicos y culturales del área de influencia. Luego, corresponde establecer los posibles efectos que traerá la actividad, incluyendo métodos de remediación. Actualmente, la entidad encargada de revisar y aprobar estos estudios es el SENACE, el cual recibe los trámites de aquellos proyectos presentados desde enero de 2016. El EIA detallado (EIA-d) se aplica para aquellos proyectos cuyas características pueden llegar a producir impactos negativos significativos en el medio ambiente. Estos proyectos son clasificados como Categoría III y requieren incluir la descripción del proyecto, la elaboración de una línea de base, el plan de participación ciudadana, la caracterización de impacto ambiental, la estrategia de manejo ambiental y la valorización económica del impacto ambiental.

Una vez que se haya aprobado el EIA por el SENACE, se da inicio al desarrollo y construcción de la mina. Dentro de esta etapa deben realizarse estudios de factibilidad que son estudios relacionados tanto al planeamiento como a las características del yacimiento y de la mina en general. Contiene información sobre las reservas a ser explotadas, la ingeniería que se va a utilizar, los métodos para la extracción, insumos que tendrán que emplearse, entre otra información de carácter técnico y económico. El objetivo de los estudios de factibilidad es hacer una evaluación de los aspectos del proyecto en base a los costos y beneficios y en función a ello determinar la rentabilidad de la operación. Es el

comienzo de la explotación en tanto se van a identificar las infraestructuras necesarias para poner operativa la mina.

Luego de concluir con el desarrollo y la construcción de la mina, recién se puede extraer el mineral. La explotación será así la extracción del mineral de un yacimiento para su posterior beneficio y comercialización. Puede empezar una vez que se han realizado las construcciones necesarias para acceder a la mina, y luego de haber establecido un lugar de trabajo adecuado para recibir al personal de trabajo y los equipos que serán utilizados en esta etapa.

El proceso de extracción puede ser realizado mediante distintos métodos, que apuntan a sacar o excavar la sobrecapa o cubierta de material debajo de los cuales se encuentran los minerales. Dichos métodos pueden ser: (i) minería a tajo abierto; (ii) minería aluvial, depósito del placer; (iii) minería subterránea; (iv) reprocesamiento en minas inactivas y relaves⁴⁷⁰.

Cuando la extracción mineral culmina, la compañía debe continuar con el proceso productivo, pues el material que se extrae no es necesariamente comercializable por estar cubierto de desechos⁴⁷¹. En ese momento empieza el **beneficio**, definido por el TUO de la LGM del siguiente modo:

470 Environmental Law Alliance Worldwide. *Guidebook for evaluation mining project EIAs*. Eugene: ELAW, 2010, p. 4.

471 Environmental Law Alliance Worldwide. *Guidebook for evaluation mining project EIAs*. Eugene: ELAW, 2010, p. 5.

Artículo 17º.-

Beneficio es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales; comprende las siguientes etapas:

1. Preparación mecánica. - Proceso por el cual se reduce de tamaño, se clasifica y/o lava un mineral
2. Metalurgia. - Conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para concentrar y/o extraer las sustancias valiosas de los minerales
3. Refinación. - Proceso para purificar los metales de los productos obtenidos de los procedimientos metalúrgicos anteriores.

La realización de este conjunto de procesos requiere que el titular obtenga una **concesión de beneficio**. Esta otorga al titular el derecho a extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado mineral, así como el derecho a fundir y refinar metales mediante distintos procesos físicos y químicos (artículo 18 del Decreto Supremo N° 014-92-EM). El uso de estas técnicas permite separar el mineral de los desechos, conocidos con el nombre de “relaves”. Su disposición una vez terminado el proceso de extracción, forma parte de las obligaciones de carácter ambiental que recaen sobre la compañía minera.

Adicionalmente, durante esta etapa se realizan las actividades de **labor general**, así como las de **transporte minero**. El TUO de la LGM las define de la siguiente manera:

Artículo 19º.-

Labor general es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios

Artículo 22°.-

Transporte minero es todo sistema utilizado para el transporte masivo continuo de productos minerales, por métodos no convencionales.

Los sistemas a utilizarse podrán ser:

- Fajas transportadoras;
- Tuberías; o,
- Cable carriles

Ambas actividades requieren que el titular obtenga del Estado una concesión. En el caso de la labor general, la concesión otorga al titular el derecho a prestar los servicios auxiliares a dos o más concesiones (artículo 20 del Decreto Supremo N° 014-92-EM). En el caso del transporte minero, se brinda al titular el derecho de instalar y operar un sistema de transporte continuo de los minerales, entre los centros mineros y la planta de beneficio, una refinería o un tramo de los trayectos (artículo 21 del Decreto Supremo N° 014-92-EM).

5. Cierre de minas

Esta es la última fase del ciclo minero. Tomando en consideración que los recursos mineros son recursos no renovables, todos los yacimientos mineros van a cerrar en algún momento al menos por agotamiento de los minerales, bien porque el precio de estos bajó hasta generar que la operación de la mina deje de ser rentable para la compañía, o por algún otro motivo que no pueda preverse. El artículo 3 de la Ley N° 28090, Ley que regula el cierre de minas, establece con respecto al plan de cierre de minas, lo siguiente:

Artículo 3°.- Definición del Plan de Cierre de Minas

El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista.

La rehabilitación se llevará a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones, cumpliendo con las normas técnicas establecidas, las mismas que permitirán eliminar, mitigar y controlar los efectos adversos al ambiente generados o que se pudieran generar por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos producto de la actividad minera.

En ese sentido, la etapa de cierre de minas debe tener por objetivo que el lugar donde la mina desarrolle su actividad quede **lo más semejante posible** –tanto en condiciones ambientales como ecológicas– a como se encontraba antes de la llegada de la mina. Para ello, hace falta que esta etapa se planifique con la anticipación debida, de modo que las compañías mineras se encuentran obligadas a presentar un plan de cierre cuando inicien o reinicien su actividad.

Los titulares de los proyectos mineros son los responsables de los pasivos ambientales y deben presentar un Plan de Cierre de Pasivos Ambientales. Solo en casos de pasivos ambientales mineros (PAM) cuyos responsables no puedan ser identificados, el Estado asume la tarea de remediación⁴⁷². El MINEM es

472 Artículo 5° de la Ley N° 28271, Ley que Regula los Pasivos Ambientales Mineros.

el encargado de identificar, elaborar y actualizar el inventario de los PAM, de acuerdo a ley⁴⁷³. En 2006, el MINEM hizo público el primer inventario nacional de PAM y desde entonces, lo actualiza cada año.

El Plan de Cierre que el Estado peruano exige que los titulares presenten es un instrumento de gestión ambiental dirigido a la adopción de medidas para eliminar, mitigar y controlar los impactos negativos ocasionados en el ámbito de acción de los proyectos mineros afín de dejar un ambiente saludable y apto para el desarrollo de la vida humana y biológica. Este instrumento, si bien se lleva a cabo tras el cese de las operaciones extractivas, es exigido previo inicio de actividades, por lo que antes de comenzar la explotación de la mina, los titulares deben contar con un plan de cierre.

En nuestro país, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) del MINEM es el llamado a aprobar los planes de cierre de minas, mientras que el OEFA está a cargo de su fiscalización⁴⁷⁴. De igual manera, el OEFA y la Dirección General de Minería del MINEM se encargan de imponer sanciones administrativas a los responsables en caso de incumplimiento.

473 Artículo 3º de la Ley N° 28271, Ley que Regula los Pasivos Ambientales Mineros.

474 Esto a partir del 22 de julio de 2010, por la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, concordada con el Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM y la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD.

Luego de ejecutar las actividades contempladas en el Plan de Cierre, se pasa al post cierre donde el titular del proyecto deberá realizar acciones dirigidas a garantizar la estabilidad de la zona y la efectividad de las medidas de rehabilitación implementadas. Esta etapa deberá ser acompañada por el Estado durante los cinco años siguientes al cierre de la mina. Una vez cumplidas las obligaciones del titular, el Estado da constancia del cumplimiento de obligaciones ambientales⁴⁷⁵.

IV. La minería desde un enfoque de derechos humanos: principales aspectos de preocupación

Las actividades extractivas y la minería en particular, pueden poner en riesgo una diversidad de derechos humanos, los cuales pueden verse afectados de no contar con un marco normativo e institucional que garantice una adecuada protección a los mismos. En virtud de ello, a continuación se desarrollará cómo se ponen en riesgo o se afectan determinados aspectos del derecho a la propiedad, a un medio ambiente sano, el derecho a la consulta previa, a la participación ciudadana, y de acceso a la información pública. Consideramos que estos cinco derechos reúnen dos características relevantes para el sector: (i) son amenazados o afectados con mayor frecuencia a causa de esta actividad, y (ii) su amenaza o afectación está vinculada directamente con la normativa e institucionalidad en materia de minería.

⁴⁷⁵ Social Capital Group. *Manual informativo sobre minería en el Perú*. 2008, p. 34.

Los cinco derechos objeto de la investigación tienen base jurídica tanto en el ordenamiento interno peruano (lo que incluye la Constitución y otras normas de rango inferior), como en el Derecho internacional (esto es, tratados y declaraciones internacionales, y pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos a cargo de su supervisión). De este modo, los cinco derechos bajo mención son “derechos humanos” y “derechos fundamentales” (o constitucionales), como se observa en el cuadro siguiente.

Tabla 7. Base jurídica de derechos fundamentales más relevantes para la cadena minera.

	NORMAS INTERNACIONALES		NORMAS NACIONALES	
	SUDH	SIDH	CONSTITUCIÓN	LEY
Propiedad	DUDH - Artículo 17 Convenio 169 - Artículo 14	DADDH - Artículo XXIII CADH - Artículo 21	Constitución - Artículos 2.16 y 70	Ley General de Comunidades Campesinas - Artículo 1
Medio ambiente sano	PIDESC - Artículo 12 DIDPI - Artículo 29.1	Protocolo San Salvador - Artículo 11 DADPI - Artículo XIX	Constitución - Artículos 2.22 y 68	Ley General del Ambiente - Artículo I Título Preliminar
Derechos colectivos de pueblos Indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales	Convenio 169 - Artículo 6, 13 y 14 DIDPI - Artículo 29.1	DADPI - Artículos VI y XXIII	Constitución - Artículos 89	Ley General de Comunidades Campesinas - Artículos 1 y 143 Ley de Consulta Previa - Artículos 2 y 3 Ley General del Ambiente - Artículo 70
Participación ciudadana	DUDH - Artículo 21.1 PIDCP - Artículo 25	DADDH - Artículo XX CADH - Artículo 23	Constitución - Artículo 2.17	Ley General del Ambiente - Artículos III del Título Preliminar y 48 Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental - Artículo 78 Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental - Artículo 1 y Capítulo III
Acceso a la Información Pública	DUDH - Artículo 19 PIDCP - Artículo 19.2	CADH - Artículo 13	Constitución - Artículo 2.5	Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Artículo 1

Fuente: Elaboración propia.

Teniendo en cuenta este marco jurídico, la presente sección aborda las preocupaciones principales en torno a cada uno de estos derechos, en atención a la normativa e institucionalidad en el país. Muchos de los problemas que se mencionan a continuación no son nuevos, sino que han sido identificados ya por organizaciones de la sociedad civil, academia e instituciones como la Defensoría del Pueblo o el Banco Mundial. Son estas las fuentes documentales que utilizamos para la referencia a los desafíos centrales en materia de minería desde un enfoque de derechos humanos.

1. Derecho a la propiedad

En relación al derecho a la propiedad en la cadena de producción minera en el Perú se han identificado tres aspectos problemáticos: la entrega del derecho de concesión, la forma de obtención de los acuerdos previos o de la denominada licencia social, y la seguridad jurídica de las comunidades nativas y campesinas. Todos involucran principalmente las dos primeras etapas de la cadena, en el otorgamiento de la concesión minera y en la etapa exploratoria. Estas dos fases, debido a que requieren necesariamente el uso de tierras superficiales ya en manos de propietarios y la construcción de una relación entre la empresa y la población donde se ubican los recursos a explotar, son las que revierten mayores afectaciones al derecho a la propiedad, en tanto la licencia social constituye una condición para el desarrollo de las actividades posteriores.

i. La entrega de derechos de concesión como una manera de entender el territorio

El otorgamiento de una concesión minera es un proceso automático administrativo. El procedimiento se realiza ante el INGEMMET y esta emite un dictamen técnico favorable para expedir una resolución otorgando un título de concesión, lo que permite al titular convertirse en dueño de los recursos minerales que extraiga del subsuelo. A pesar de existir restricciones sobre las zonas en las que se puede entregar una concesión (por ejemplo, áreas naturales protegidas), en la práctica la superficie del territorio nacional aparece cada vez más concesionada. Así, desde 2002 hasta 2013 el país experimentó un crecimiento continuo en la entrega de concesiones, que llegó a su pico este último año cuando se tuvo el 21.13% de la superficie continental del país concesionada⁴⁷⁶.

De manera particular, resulta problemático que, debido a que la entrega de una concesión no tiene mayores impedimentos, existan diversos distritos y provincias del país que tienen más del 50% o incluso la totalidad de su territorio concesionado⁴⁷⁷. Ello resulta preocupante si consideramos, en primer lugar, que en esos distritos y provincias existen poblaciones locales con modos de subsistencia particulares y, en segundo lugar, que esas pobla-

476 MARTÍNEZ, Dionel. *Reporte de evoluciones de concesiones mineras. Segundo semestre 2017*. Lima: CooperAcción, 2017.

477 Al año 2017, las provincias más concesionadas del país por minería eran Oyón (84.90%), Santiago de Chuco (83.22%), San Pablo (77.10%), Aija (77.10%) y Cotabambas (74.87%) (Martínez 2017).

ciones se organizan en comunidades campesinas y nativas, cuyos modos de vida se encuentran atados al uso y aprovechamiento de los recursos de sus territorios.

Así pues, a noviembre del 2017, el 38% de la superficie territorial de las comunidades indígenas se encontraba concesionada para desarrollar actividades mineras⁴⁷⁸. Lo que es aún más problemático es que más de la mitad de las concesiones (56.26%) se ubicaban por encima de los 3000 m.s.n.m., zona de cabecera de cuencas, así como de ecosistemas importantes para la regulación hídrica⁴⁷⁹.

El otorgamiento de concesiones, en ese sentido, si bien no implica necesariamente el desarrollo de un proyecto minero, pues solo constituye el primer paso de la cadena de producción, sí revela la manera en la que el Estado entiende el rol de la minería en el desarrollo del país. No solo es que el otorgamiento de petitorios se hace desde Lima, sino que además este procedimiento hace caso omiso a la información producida por otros instrumentos regionales como los procesos de Zonificación Ecológica Económica para el Ordenamiento Territorial (ZEE-OT) que definen zonas de uso en las regiones y perfilan la realización de actividades económicas en función a ello.

478 MARTÍNEZ, Dionel. *Reporte de evoluciones de concesiones mineras. Segundo semestre 2017*. Lima: CooperAcción, 2017.

479 MARTÍNEZ, Dionel. *Reporte de evoluciones de concesiones mineras. Segundo semestre 2017*. Lima: CooperAcción, 2017.

Adicionalmente a esto, existe un debate sobre la temporalidad del procedimiento de entrega de concesiones y que también implica a las comunidades que puedan ser consideradas pueblos indígenas y su derecho a la consulta. Y esta discusión reside en la perspectiva del momento de la cadena de producción minera en que puede comenzar a producirse una afectación a los derechos de los pueblos indígenas⁴⁸⁰.

ii. La obtención del acuerdo previo

La Ley N° 26505, **Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas** (Ley de Tierras), estipula que el uso de las tierras para las actividades extractivas (minería e hidrocarburos) exige tener el acuerdo previo con el propietario de las tierras o culminar el procedimiento de servidumbre (artículo 7°)⁴⁸¹. Dicha ley también exige que, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre tierras comunales de la sierra o de la selva, se requiere alcanzar un acuerdo en Asamblea General que reúna el voto de no menos de dos tercios de todos los miembros de la comunidad (artículo 11°).

480 Baca 2013.

481 El Reglamento de la Ley N° 26505 se dictó a finales de 1995 mediante el Decreto Supremo N° 017-96-AG, señalando los trámites y procedimientos para el establecimiento de la servidumbre minera, con intervención de los Ministerios de Agricultura y de Energía y Minas. Sin embargo, por las dificultades en su aplicación, el citado Reglamento fue modificado en varios aspectos (2003), estableciendo en la práctica un nuevo procedimiento.

De la misma manera, el **Decreto Supremo N° 038-98-EM, relativo al Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera**, establece en su artículo 2° que “[e]l desarrollo de estas actividades [refiriéndose a la exploración] requiere el acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del proceso de servidumbre, según lo dispuesto por el artículo 7° de la [Ley de Tierras], modificada por la Ley N° 26570”.

Esta norma ha sido cuestionada pues deja en manos de la empresa el cumplimiento de los acuerdos previos o compra ventas, sin ningún tipo de supervisión estatal, a pesar de tratarse de una relación altamente asimétrica por la falta de información sobre el valor de venta de la tierra y la limitada capacidad negociadora con la que cuentan los propietarios usualmente. Así, el Estado queda relegado a un rol netamente revisor de este procedimiento también administrativo.

Lo que complejiza aún más esta situación es el marco institucional en el que se sostiene el procedimiento, dado que la entidad encargada de velar por el cumplimiento de los acuerdos previos es el propio MINEM. Esto quiere decir que al asumir esta función, el Ministerio tiene que colocar en una balanza su labor promotora de la actividad minera así como su función fiscalizadora de un procedimiento básico para el desarrollo de dicha actividad. En ese sentido, siendo una actividad económica que ha causado la mayoría de los conflictos sociales de la última década, resulta contradictorio que en una misma situación resida la promoción y

a la vez la regulación. Más aún, si se considera la preponderancia de la minería para los índices macroeconómicos del país, es claro que no existen las garantías necesarias para tener un procedimiento transparente, equitativo e idóneo al momento de obtener la licencia social de un proyecto. Antes bien, queda reducida a una formalidad y supeditada a un segundo plano frente a los requisitos medioambientales que sí requieren de un análisis más técnico.

iii. El proceso de compra y venta de tierras comunales

Las tierras comunales gozaron de protección especial en el Perú durante más de 73 años. Desde la Constitución de 1920, que se ocupó después de varias décadas de las comunidades (llamadas entonces comunidades de indígenas), se dotó a sus tierras de un tratamiento especial que derivó en que se las consagrara como inalienables, inembargables e imprescriptibles. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución en 1993 se introdujeron cambios en el régimen constitucional, llevando a que las tierras comunales, tanto nativas como campesinas, mantengan únicamente su carácter de imprescriptibilidad, eliminándose su categoría de inalienabilidad. De esa manera, se extendió la autonomía de las comunidades a la libre disposición de sus tierras, lo que significa reconocer que tienen las mismas facultades sobre sus tierras que cualquier propietario, entre estas, la libertad de transferirlas a terceros.

Esta facultad fue luego complementada con la Ley de Tierras, la que dispuso en sus artículos 10º y 11º que las comuni-

dades debían “regularizar su organización comunal” mediante la incorporación de alternativas respecto de la disposición de tierras comunales. Esto no era sino un desarrollo del reconocimiento de la libre disponibilidad de sus tierras estipulado en la Constitución de 1993. La Ley, sin embargo, distinguió entre el tratamiento de las tierras de comunidades campesinas de la costa (lo que luego fue regulado en forma más extensa en la Ley N° 26845) de aquellas pertenecientes a las comunidades de la sierra y selva; es decir, campesinas y nativas. Para estas dos se señala que tienen las mismas facultades de disposición que las comunidades costeñas, pero con una exigencia mayor respecto de la cantidad mínima de votos necesarios para tomar válidamente una decisión sobre la disposición de las tierras comunales. Como se dijo anteriormente, esta es la obtención de un acuerdo tomado en Asamblea General por parte de no menos de los dos tercios de todos los comuneros debidamente inscritos en el padrón comunal.

Mediante esta libertad para decidir sobre sus tierras puede darse el supuesto de que las comunidades se encuentren en un proceso de negociación de compra venta con una empresa minera cuando esta desee aprovechar los minerales que están en el subsuelo o, de ser el caso, verse inmersos en un proceso de servidumbre minera. Sin embargo, existen una serie de problemas con este esquema propuesto por el marco constitucional que inciden principalmente en la organización comunal y en las relaciones internas.

Debido a que se puede disponer de parcelas y tierras para la venta a terceros, se han producido fragmentaciones de comunidades por parte de un sector, en algunos casos denominados anexos, para emprender procesos de negociación con empresas cuando no ha habido acuerdos al interior de la comunidad. Este proceso toma lugar, entonces, por el interés o disposición de un grupo de la comunidad por vender o arrendar una porción de las tierras sin verse imposibilitados por los procesos de toma de decisión estipulados en el marco legal. Y si bien la división y conformación de nuevas comunidades puede significar el ejercicio pleno de libre decisión de parte de un sector de propietarios, lo cierto es que sí hay consecuencias que deben tomarse en consideración.

En principio, se está produciendo una pérdida de tierras al interior de comunidades a partir de esta fragmentación y creación de nuevas formas de organización comunal-local⁴⁸². Si se considera la relación estrecha que hay entre las comunidades y el uso de la tierra y de otros recursos naturales como medios de vida, con la reducción de terrenos las comunidades enfrentan una menor disponibilidad de recursos para su subsistencia. Y esto encuentra relación en el modo de organización de las tierras al interior de las comunidades pues, como advierte Barriga, en algunas de estas las tierras que suelen tener dueños familiares son aquellas destinadas a la producción agrícola, mientras que los pastizales, zona

482 BARRIGA, Paola. “Fragmentación comunal, minería y titulación. El caso de la comunidad de Tinyacclla en Huancavelica”. En *Tensiones y transformaciones en comunidades campesinas*. DIEZ, Alejandro. Lima: CISEPA PUCP, 2012, pp. 73-96.

para el desarrollo de la ganadería, solo se entrega un derecho de uso a las familias, no existiendo necesariamente un sentido de propiedad. De haber una división comunal y de perderse las tierras parceladas y bajo lógicas de propiedad familiar, se pierde una fuente de ingreso tanto monetario como productivo.

Un segundo factor identificado por Barriga es la inversión económica que debe realizarse para proceder con todos los trámites exigibles para que un anexo se separe de su comunidad madre e inicio un proceso de titulación y con ello entrar a una negociación con una empresa. Los flujos de inversión, explica la autora, incluso coadyuvan a que surjan sentimientos de desconfianza hacia los dirigentes locales⁴⁸³.

Por último, no debe perderse de vista que los procesos de división de comunidades toman lugar sobre la base de relaciones sociales preexistentes a nivel comunal, muchas veces marcadas por relaciones de poder, exclusión e intereses propios. Así, los procesos de fragmentación comunal pueden terminar avivando viejas tensiones y rencillas entre las familias o bien entre sectores comunales generando conflictos microlocales y poco visibles a nivel nacional.

iv. Tierras comunales y seguridad jurídica

483 BARRIGA, Paola. “Fragmentación comunal, minería y titulación. El caso de la comunidad de Tinyaccla en Huancavelica”. En *Tensiones y transformaciones en comunidades campesinas*. DIEZ, Alejandro. Lima: CISEPA PUCP, 2012, pp. 73-96.

El reconocimiento legal de la libertad para disponer de la tierra supone que una comunidad campesina tenga acreditado el derecho de propiedad. En otras palabras, que cuente con un título de propiedad comunal. Sin embargo, a pesar de la vigencia del régimen de protección constitucional, el problema para muchas de comunidades donde existen concesiones mineras es que carecen de un título de propiedad, o no lo tienen inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos⁴⁸⁴, existiendo al 2016 un total de 1,019 comunidades por reconocer y titular⁴⁸⁵.

Ello es problemático teniendo en cuenta que, por un lado, en la segunda disposición complementaria de la Ley de Tierras queda estipulado que las tierras eriazas a manos del Estado serán vendidas mediante subasta pública y, por otro lado, que los sucesivos gobiernos nacionales han promulgado decretos en el marco del otorgamiento de facultades legislativas, los cuales coadyuvan al debilitamiento de la propiedad comunal en aras de la promoción de la inversión pública y privada.

Ejemplo de ello es el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM que simplifica los permisos para la obtención de certificados de existencia de restos arqueológicos –uno de los principales

484 Ello constituye una deuda con ellas pues, pese a la dación de leyes especiales como la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal, en 1987, para el caso de las comunidades campesinas y la Ley de Desarrollo de la Selva y Comunidades Nativas, 22175, en 1978 para el caso de las comunidades nativas, no se ha cumplido con culminar con dotarlas de sus títulos de propiedad.

485 Instituto del Bien Común y Centro Peruano de Estudios Sociales. *Directorio de comunidades campesinas del Perú*. Lima: IBC, CEPES, 2016.

obstáculos para el desarrollo de actividades exploratorias–, y la Ley N° 30025 que faculta la adquisición de bienes inmuebles para la ejecución de obras de infraestructura y facilita el inicio de los procedimientos de expropiación de fracasar el proceso dirección de ejecución de obras. Es decir, dos medidas que apuntan a reducir los procedimientos y permisos –vistos como obstáculos– para asegurar la ejecución de inversiones privadas en tierras comunales, pero que omiten la falta de seguridad jurídica en la que se encuentran muchas de estas, impulsando la adquisición de tierras de la forma más rápida posible.

Este marco normativo encuentra un correlato además con un desinterés por parte del Estado por asumir la titulación de las tierras campesinas y nativas. Si a ello se suma la falta de capacidad técnica de los gobiernos regionales, actuales entidades responsables de llevar a cabo dicha tarea, se tiene un escenario de alta vulnerabilidad de los pueblos indígenas y comunidades campesinas ante el ingreso cada vez más intensivo de empresas extractivas⁴⁸⁶.

v. El proceso de expropiación para actividades mineras

486 En la Amazonía, según el Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, las tierras ubicadas en comunidades amazónicas quedan sujetas a las servidumbres ordinarias, al libre paso de oleoductos, gasoductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, entre otros. En ese sentido, si bien no se permite la extracción de los recursos del subsuelo, la norma sí admite que los territorios de la Amazonía puedan convertirse en zonas de tránsito o espacios complementarios para la actividad extractiva (Artículo 31°, Decreto Ley N° 22175).

El TUO de la LGM establecía la posibilidad de realizar expropiaciones a los propietarios de tierras. La expropiación se podía dar en aquellos casos en que, a juicio de la autoridad minera, (i) se deba utilizar el terreno a expropiar para la utilización de la concesión, y (ii) se acreditase la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada. Por ello, el TUO disponía que si la servidumbre sobre terrenos de terceros enervaba el derecho de propiedad, y a iniciativa del propietario afectado o de la autoridad minera, se podía iniciar el proceso de expropiación.

Esto cambió con la Constitución de 1993, que estableció la inviolabilidad del derecho a la propiedad, lo cual condicionó el proceso de expropiación al cumplimiento de dos factores: por causa de seguridad nacional o por necesidad pública (artículo 70º). La Ley de Tierras complementó lo dispuesto por la Constitución al referir que las causales de necesidad pública para dar inicio a la expropiación residían en la ejecución de obras de infraestructura y servicios públicos siendo el pago regido por el mercado. Así, a pesar de que en el texto constitucional se señala que el Perú es una economía social de mercado, la orientación de la Carta Magna es la de una economía de mercado, donde el papel del Estado se limita a promover la actuación de los agentes privados en la economía, actuando solo de manera supletoria. La expropiación de las tierras, entonces, resulta en un instrumento promotor de las inversiones privadas y en ese marco, las de tipo minero, a cambio de desproteger el derecho a la tierra y el territorio de las comunidades indígenas.

2. Derecho a un medio ambiente sano

El derecho a un medio ambiente sano tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento interno y en el ámbito internacional. Este derecho es una manifestación del derecho fundamental recogido en el artículo 2.22 de la Constitución, mediante el cual se reconoce que toda persona tiene derecho “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Asimismo, la Constitución establece que el Estado tiene el deber de determinar la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenible de sus recursos naturales (artículo 67°), y que está obligado a proteger la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas (artículo 68°). El desarrollo de estos preceptos ha sido abordado en varias ocasiones por el TC, el cual ha considerado que este derecho implica: (i) gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y (ii) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado⁴⁸⁷.

487 En palabras del Tribunal Constitucional, la primera de las características indicadas, comprende la facultad inherente a las personas de poder disfrutar de un medio ambiente armónico y adecuado para su desarrollo adecuado y coherente con su dignidad. Por otro lado, la segunda característica señalada, tiene que ver con las obligaciones ineludibles que recaen sobre el Estado en relación con el mantenimiento de los bienes ambientales en condiciones adecuadas para su disfrute. Adicionalmente, la sentencia precisa que algunas obligaciones de esta última característica, pueden recaer sobre particulares que realicen actividades económicas que de forma directa o indirecta inciden en el ambiente. Sentencia del TC del 19 de febrero de 2009, recaída en el expediente N° 03343-2007-AA, fj. 4.

A nivel legal, destaca particularmente la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, la cual reconoce que “toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida” (artículo I del Título Preliminar). Igualmente, dispone que el Estado “a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidos en la presente Ley” (artículo 3°).

En el ámbito internacional, el derecho a un medio ambiente sano, tiene respaldo en instrumentos vinculantes como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12°) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” (artículo 11°), ambos ratificados por el Perú.

i. Fortalecimiento de la institucionalidad ambiental relevante para la minería

A pesar de que la actividad minera en el Perú es de larga data (supra II.1), fue recién en la década de los 90 que se empezó a implementar una gestión ambiental en materia de minería. En 1991, con el Decreto Legislativo N° 708, se incorporó la dimensión ambiental y social en el sector minero mediante una norma de

fomento a la inversión privada en minería⁴⁸⁸. En mayo de 1993, se aprobó el Reglamento para la protección ambiental en la actividad minero-metalúrgica, mediante Decreto Supremo N° 016-93-EM, que reglamentó el título relativo al medio ambiente del TUO de la LGM.

En esta norma se definieron varias características y se estableció al MINEM como autoridad competente en materia ambiental en minería. Como advierte De Echave, “[d]esde ese momento, se apostó claramente por una gestión sectorial”, en tanto se definió como única autoridad competente para “dicta[r] la normativa correspondiente, apr[obar] los estudios requeridos y fiscaliza[r] los impactos ambientales en las zonas de influencia de las operaciones mineras”⁴⁸⁹.

Uno de los aspectos más criticados fue la existencia de un conflicto de interés en las funciones del MINEM dado por su marco legal. Ello pues tenía a su cargo aprobar los EIA y al mismo tiempo, por mandato legal, tenía asignada la tarea de promover

488 Como señala Red Muqui, esto se dio “a iniciativa del propio sector minero y como resultado de su oposición a las regulaciones a la minería incorporadas en el Código del Medio Ambiente de 1990, el mismo que fue derogado en el 2005 con la creación de la Ley General del Ambiente”. En: Red Muqui. *Los pasivos ambientales mineros: diagnóstico y propuestas*. Lima, 2015, p. 6.

489 DE ECHAVE, José y Alejandro DIEZ. Más allá de Conga. CooperAcción. Lima, 2013, p. 147. En similar sentido, CALLE, Isabel. La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico. En: ARAUJO, Jean Pierre y otros. Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral. Lima: SPDA, 2015, p. 11.

el crecimiento y desarrollo de la actividad minera en el país⁴⁹⁰. El MINEM se comportaba entonces como “juez y parte” en la aprobación de proyectos mineros⁴⁹¹. De hecho, se observó una tendencia de la entidad competente a favorecer la extracción, a pesar de la incompatibilidad del proyecto con estándares medio ambientales mínimos.

La aprobación del proyecto Tía María brinda un ejemplo de lo anterior. Este proyecto fue objeto de un estudio ad hoc encargado por el Estado peruano a la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) que tuvo como resultado la formulación de 138 observaciones a los alcances del EIA presentado por Southern. El informe de la UNOPS identificó serias omisiones, ausencias, errores y/o desarrollos escasos en componentes clave del EIA⁴⁹², que evidenciaron que de haber sido aprobado,

490 DE ECHAVE, José. Se busca una política ambiental. Pobreza, desigualdad y desarrollo: Informe Perú 2011/2012. OXFAM, pp. 41-42.

491 DE ECHAVE, José. Se busca una política ambiental. Pobreza, desigualdad y desarrollo: Informe Perú 2011/2012. OXFAM, p. 38.

492 En concreto, identificó falencias tales como las medidas de mitigación, la línea de base socio ambiental, el plan de monitoreo y gestión ambiental, el plan de rehabilitación, entre otros. Se destacó, además, la inexistencia de un estudio hidrogeológico detallado en el EIA, aun cuando uno de las principales –si no la principal– causas del conflicto social era la lucha por la defensa del agua. El informe final mencionó dentro de sus conclusiones que “en términos generales, el EIA respond[ía] a los contenidos mínimos esperados para un Estudio de este tipo y un proyecto de esas características. Sin embargo, considerando que se trata[ba] en el caso de la última fase de compatibilización ambiental del emprendimiento, y atento a la magnitud del mismo, se verifica[ron] diversas falencias que deberían ser superadas previa a su aprobación”. En: UNOPS. Asistencia Técnica Especializada para la Revisión de los Estudios Ambientales del Ministerio de Energía y Minas del Perú Proyecto ATEREA. Revisión “Ad Hoc” el Estudio de Impacto Ambiental,

el proyecto minero Tía María presentaba altos riesgos de afectar el medio ambiente y lesionar el derecho a un medio ambiente sano. El 8 de abril de 2011, el MINEM declaró inadmisibles el EIA presentado por Southern y en el 2013 la empresa ingresó un segundo EIA ante el MINEM, el cual le solicitó información complementaria para absolver 73 observaciones. Esta información fue entregada por la empresa el 25 de julio de 2014 -en menos de una semana, incluyendo días feriados por fiestas patrias- y el EIA fue aprobado por el MINEM el 1 de agosto siguiente. Ello planteó serias dudas sobre la idoneidad de la actuación del MINEM al haber brindado su autorización a la actividad pese a no haber garantías de contar con toda la información técnica necesaria y no observarse cambios significativos en el diseño del proyecto⁴⁹³.

Pese a las críticas, el esquema se mantuvo vigente hasta hace poco. La creación del MINAM, en el año 2008, no solucionó el problema porque no se le otorgaron competencias para la aprobación de los EIA. La tarea de revisar y aprobar los EIA fue reasignada al SENACE, creado mediante la Ley N° 29968 del 20 de diciembre de 2012⁴⁹⁴. El SENACE fue creado como un organismo público técnico especializado, adscrito al MINAM. La transferencia de funciones del sector minero al SENACE se dio mediante un

Proyecto Tía María. 2011, pp. 78-79.

493 Red Muqui y CooperAcción. *Aportes Técnicos que cuestionan la viabilidad del proyecto minero Tía María en Islay - Arequipa*. Lima: 2015, pp. 1 y 18.

494 SENACE forma parte del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental conformado por el MINAM, como ente rector; autoridades sectoriales, regionales y locales con competencia para evaluar impactos ambientales y por autoridades competentes en fiscalización ambiental.

cronograma específico que dispuso su inicio para el segundo trimestre del año 2015⁴⁹⁵. La culminación de la transferencia se dio el 28 de diciembre de 2015, fecha a partir de la cual el SENACE se encarga de la revisión y aprobación de los EIA-d, las modificaciones de los EIA-d, entre otros actos o procedimientos vinculados a la certificación ambiental de los proyectos mineros⁴⁹⁶.

En general, se reconoce como favorable la transferencia de esta función al SENACE. Aunque aún es muy pronto para hacer una evaluación del desempeño del SENACE en esta materia específica, se observa que es altamente relevante para esta institución que el proceso de certificación sea simplificado y moderno. La certificación ambiental se hace ahora por ventanilla única, por ejemplo. Sin embargo, no puede perderse de vista que, como se advirtió en el marco de la evaluación de desempeño ambiental realizada por la OCDE y CEPAL, “[l]a tramitación acelerada de certificación ambiental para promover la inversión y el crecimiento económico no debe poner en riesgo el objetivo de protección ambiental perseguido por el sistema de EIA”⁴⁹⁷. Es fundamental que “los plazos de certificación ambiental, los procesos participativos en las evaluaciones ambientales, así como las enmiendas a

495 Decreto Supremo N° 006-2015-MINAM.

496 Resolución Ministerial N° 328-2015-MINAM. CALLE, Isabel y Carol Mora. *Funciones normativas en el proceso de evaluación de impacto ambiental*: MINAM, SENACE y autoridades ambientales sectoriales. Lima: SPDA, 2016, p. 7.

497 OCDE/CEPAL. *Evaluaciones del desempeño ambiental Perú*: Aspectos destacados y recomendaciones. Santiago: 2016, p. 32.

los EIA, deben ser objeto de un examen detenido, tanto a la luz de objetivos de crecimiento verde como en función de los resultados de las evaluaciones en curso”⁴⁹⁸.

ii. Mayores exigencias ambientales para la evaluación y fiscalización de proyectos

Fue en la década de los 90 que el Perú estableció el marco normativo dirigido a identificar y mitigar los impactos ambientales negativos de las actividades mineras. En mayo de 1993 se adoptó el Reglamento para la protección ambiental en la actividad minero-metalúrgica (Decreto Supremo N° 016-93-EM) y en noviembre de 1998, Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (Decreto Supremo N° 038-98-EM). Posteriormente fueron sustituidas por el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero (Decreto Supremo N° 040-2014-EM)⁴⁹⁹, adoptado el 5 de noviembre de 2014; y Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera (Decreto Supremo N° 020-2008-EM), adoptado el 1 de abril de

498 OCDE/CEPAL. *Evaluaciones del desempeño ambiental Perú: Aspectos destacados y recomendaciones*. Santiago: 2016, p. 32.

499 Este Decreto derogó el reglamento anterior, adoptado mediante Decreto Supremo No. 016-93-EM, Reglamento Ambiental para las Actividades Metalúrgicas. El Decreto Supremo N° 016-93-EM, fue modificado por el Decreto Supremo N° 059-93-EM, el Decreto Supremo N° 058-99-EM, el Decreto Supremo N° 022-2002-EM y el Decreto Supremo N° 078-2009-EM y complementado con el Decreto Legislativo N° 1048, que precisa la regulación minera ambiental a los depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales.

2008. Estas normas del sector minero se complementaron con el desarrollo de la legislación en materia ambiental, a través entre otras de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley N° 27446) de abril de 2001, y la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611) de octubre de 2005.

Uno de los aspectos más relevantes de la legislación es el relativo a los EIA, dado que funcionan como un instrumento de gestión ambiental que debe buscar proteger el medio ambiente, previniendo o reduciendo los posibles efectos que podría ocasionar la actividad minera. Esta es una evaluación específica donde se identifican posibles efectos que puedan acarrear los proyectos mineros, tanto directos como indirectos, sobre la población, la flora y fauna, el suelo, el agua, entre otros componentes del entorno. El objetivo que persigue este instrumento es el de “prevenir o reducir cualquier efecto negativo en el ambiente”⁵⁰⁰ así como en las personas, sobre todo de aquellas que habitan más cerca de los proyectos mineros. Es una de las herramientas que el Estado ha implementado para abordar tales preocupaciones de la población afectada y para evitar que la actividad minera produzca impactos ambientales adversos. Sin embargo, el marco legal y su aplicación por parte de las instancias competentes no siempre permiten que estos objetivos se cumplan. Nos referimos a continuación a algunos de los aspectos que consideramos más problemáticos.

500 Social Capital Group. Manual informativo sobre minería en el Perú. 2008, p. 34.

• **Mayor rigurosidad y calidad de las evaluaciones ambientales.**- Se ha advertido la necesidad de que las evaluaciones ambientales sean más rigurosas, esto es, que la autoridad competente aplique controles ambientales y sociales de calidad, eficientes y continuados a los proyectos mineros⁵⁰¹. De acuerdo a nuestra normativa, la empresa debe elaborar los EIA, bajo determinados términos definidos por la autoridad competente, la cual debe evaluarlos con seriedad antes de ser aprobados. Sin embargo, el MINEM mostró en general, una muy débil capacidad para analizar los EIA, que debería ser superada por el SENACE⁵⁰².

501 GUDYNAS, Eduardo. *Hay vida después del extractivismo*. Pobreza, desigualdad y desarrollo: Informe Perú 2011/2012. OXFAM, p. 52. DE ECHAVE, José. Se busca una política ambiental. Pobreza, desigualdad y desarrollo: Informe Perú 2011/2012. OXFAM, pp. 40-41.

502 Por ejemplo advirtió el Banco Mundial en 2005: “el proceso de evaluación de estudios de impacto ambiental (EIA) presenta una serie de limitaciones, por lo que se podría fortalecer: (i) exigiendo que la guía de elaboración de los EIA sea vinculante por ley; (ii) actualizando el contenido de la guía con estándares aceptados internacionalmente; (iii) exigiendo términos de referencia detallados (que actualmente no son exigidos por ley) previos a la elaboración de los EIA de proyectos con alto grado de complejidad; (iv) compartiendo la responsabilidad del proceso de autorización del EIA con otras agencias gubernamentales; (v) creando un panel con nivel de decisión (con representantes de otras entidades con responsabilidad ambiental) para el otorgamiento de las licencias ambientales de operación (que actualmente dependen de una sola unidad dentro de MEM); (vi) integrando una evaluación de impacto social al EIA; y (vii) modificando las audiencias públicas requeridas por el proceso de EIA que presentan varias deficiencias, convirtiéndolas en una audiencia con un moderador imparcial para un número limitado y legítimo de participantes”. Banco Mundial. Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú. 2005, s/n. Citado por: DE ECHAVE, José y Alejandro DIEZ. Más allá de Conga. CooperAcción. Lima: 2013, p. 148.

• **Menor discrecionalidad frente a proyectos inviables ambientalmente.**- Los resultados de la evaluación deben servir a la autoridad competente para decidir la viabilidad o no de determinado proyecto extractivo⁵⁰³. Lo que ocurre en la práctica, sin embargo, es que el EIA se centra en identificar los impactos de este y las medidas para minimizarlos, eliminarlos, remediarlos o compensarlos⁵⁰⁴. Si existen serios riesgos de afectación ambiental o social, el EIA no debería ser aprobado. No obstante, de un lado, en ocasiones se han aprobado proyectos que no cumplen con exigencias ambientales mínimas y de otro, luego del EIA rechazado se presentan nuevos EIA –sin necesariamente cambiar el proyecto sustancialmente– pues la legislación lo permite⁵⁰⁵.

• **Menor margen a actores privados.**- La normativa permite discrecionalidad a las empresas mineras para determinar el nivel de información que desean incluir en el EIA, al contener requisitos generales y que no requieren un análisis detallado. La elaboración del EIA queda a cargo de consultoras privadas, que son pagadas por la empresa interesada y que se encuentran inscritas en el “Registro Nacional de Consultoras Ambientales”. Es escasa o nula la supervisión que realiza el Estado del proceso de

503 Defensoría del Pueblo. *El camino hacia proyectos de inversión sostenibles. Balance de la evaluación de impacto ambiental en el Perú*. Informe N° 006-2016-DP/AMASPPI.MA. Lima: 2016.

504 Red Muqui y CooperAcción. *Aportes técnicos que cuestionan la viabilidad del Proyecto minero Tía María en Islay - Arequipa*. Lima: 2015, p. 15.

505 GUDYNAS, Eduardo. *Hay vida después del extractivismo. Pobreza, desigualdad y desarrollo: Informe Perú 2011 / 2012*. OXFAM. p. 52.

elaboración del EIA, sino que intervienen en ello fundamentalmente la empresa minera y la consultora. Esto muestra el “grado de privatización del tratamiento ambiental de las actividades mineras”⁵⁰⁶.

• **Consideración de impactos ambientales acumulados como aspecto clave para aprobar un proyecto.**- Los impactos acumulativos son aquellos que “resultan del impacto progresivo de una acción cuando se le añade a otras acciones del pasado, el presente y el futuro razonablemente predecible”⁵⁰⁷. A pesar de ello, la normativa peruana no garantiza la estricta consideración de los impactos acumulados de la expansión del proyecto. Por ejemplo, la contaminación de las zonas alrededor de las minas Tintaya y Antapaccay empezó en los años 80 y sigue ocurriendo actualmente en la fase de explotación de la mina Antapaccay. El EIA de esta última fue aprobado sin considerar la totalidad de los efectos ambientales involucrados. Contemplar los impactos individuales de la mina Tintaya y la mina Antapaccay, como si existieran en espacios aislados, ignora la realidad de la situación, ya que las dos minas operan en espacios muy cercanos y trabajan en conjunto.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo ha enfatizado que el ser responsable de PAM y no cumplir con la obligación de

506 DE ECHAVE, José y Alejandro DIEZ. *Más allá de Conga. CooperAcción*. Lima: 2013, p. 148.

507 LEVIT, Stuart. *Minas de Glencore Xstrata en la Provincia de Espinar: Impactos acumulativos para la salud humana y el medio ambiente*. Oxfam. Montana, p. 28.

remediarlos, “debería activar todos los mecanismos formales existentes destinados a no amparar el desarrollo de este tipo de actividades mineras”. No obstante, ha notado con preocupación “la existencia de titulares de concesiones vigentes, pero que – al mismo tiempo– han sido determinados como responsables de [pasivos ambientales mineros] PAM en las mismas concesiones de las que son titulares”⁵⁰⁸. Ello es posible puesno se encuentra expresamente establecido en la legislación como una causal de caducidad de la concesión minera, que el titular de una concesión haya sido determinado como responsable de un PAM por la autoridad competente y que éste no cuente con estudio ambiental⁵⁰⁹.

- Fortalecimiento de fiscalización ambiental.- La fiscalización representa uno de los pilares fundamentales de la gestión ambiental del país. Es entendida como las acciones de evaluación (monitoreo) de la calidad ambiental, supervisión, fiscalización, sanción y aplicación de incentivos realizadas con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales⁵¹⁰. Se reconoce que han sido notables los avances normativos e institucionales en el proceso de consolidación de la fiscalización am-

508 Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 171: Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos*. pp. 75-76.

509 Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 171: Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos*. p. 78.

510 OEFA. *El abc de la fiscalización ambiental*. Segunda edición. OEFA. Lima: 2014.

biental en el Perú⁵¹¹. Desde 2008, la fiscalización ambiental es liderada por el OEFA⁵¹², organismo público técnico especializado, y en 2009 se creó el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA).

Sin embargo, se identifican también algunos retrocesos, como la aprobación de la Ley N° 30230 del año 2014, la cual significó un debilitamiento de la autonomía financiera y presupuestaria del OEFA, y pasó de un enfoque de gestión de naturaleza preventiva a uno en el que prevalece la corrección y remediación del riesgo o del daño producido por una infracción ya cometida⁵¹³. Al mismo tiempo, se han identificado algunos aspectos requeridos para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental. En materia de institucionalidad, se ha sugerido la necesidad de contar con un marco legal claro, ordenado y coherente a nivel sustantivo y

511 OCDE/CEPAL. *Evaluaciones del desempeño ambiental Perú: Aspectos destacados y recomendaciones*. Santiago: 2016. p. 32. MORA, Carol. *Apuntes y reflexiones sobre la “mejora ambiental” del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y los problemas asociados a su aplicación*. En: ARAUJO, Jean Pierre y otros. *Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. SPDA. Lima: 2015. p. 80.

512 Como advierte Calle, “si bien es cierto el OEFA fue creado en el 2008, fue recién en el año 2010 que las competencias de fiscalización ambiental empezaron a ser transferidas del OSINERGMIN al OEFA de acuerdo a un cronograma de transferencia”. CALLE, Isabel. *La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico*. En: ARAUJO, Jean Pierre y otros. *Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. SPDA. Lima: 2015, p. 11.

513 MORA, Carol. *Apuntes y reflexione sobre la “mejora ambiental” del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y los problemas asociados a su aplicación*. En: ARAUJO, Jean Pierre y otros. *Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. SPDA. Lima: 2015. p. 80.

procedimental; tener estructuras institucionales articuladas entre ellas; desarrollar un enfoque preventivo integral que incluya la técnica de la disuasión, así como la promoción de incentivos; articular la fiscalización ambiental con el rol del Poder Judicial⁵¹⁴.

iii. Debilitamiento de normas e instituciones en materia ambiental

Como se ha visto a lo largo del presente texto, nuestro marco normativo es en general favorable a la inversión minera. A pesar de ello, cada cierto tiempo se han presentado diversas medidas que han tenido el efecto de debilitarlo. Según se advirtió previamente, ocurrió durante el gobierno de Alan García con ocasión de la delegación de facultades legislativas por el Congreso al Ejecutivo para la implementación del TLC con los Estados Unidos. Dentro del paquete de decretos aprobados destacan los Decretos Legislativos N° 1064, N° 1015 y N° 1073. El Decreto Legislativo N° 1064 buscó, por ejemplo, anular el artículo 7 de la Ley de Tierras que señalaba la obligatoriedad por parte del titular minero de contar con un acuerdo previo con el propietario de la tierra, refrendado por dos tercios de la Asamblea Comunal en el caso de las comunidades campesinas y nativas. El Decreto Legislativo N° 1015 modificaba el procedimiento para que los miembros de las comunidades campesinas y nativas decidieran la venta, arrendamiento o cualquier acto de disposición sobre sus tierras

514 CALLE, Isabel. *La fiscalización ambiental en el Perú: El largo e incompleto proceso para transitar de lo sectorial a lo sistémico*. En: ARAUJO, Jean Pierre y otros. *Fiscalización ambiental. Recomendaciones para un fortalecimiento integral*. SPDA. Lima: 2015. pp. 28-29.

en la sierra y la selva. Para ello se reducía la votación requerida de dos tercios a solo la mitad de los asistentes a la asamblea. Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1073 estableció que para disponer de las tierras comunales debía contarse con no menos del 50% de los votos de los “comuneros poseisionarios con más de un año”⁵¹⁵.

Entre 2013 y 2015, se dio también una flexibilización en materia ambiental con el fin de “destrabar la tramitología”, expresión utilizada desde sectores cercanos al extractivismo con el objetivo de reducir exigencias para favorecer la aprobación de proyectos y reducir la fiscalización ambiental. El conjunto de normas adoptadas en ese periodo, conocidas como “paquetazo ambiental”, se indican en el siguiente cuadro:

Tabla 8. Normas de flexibilización en materia ambiental.

Norma	Fecha de publicación	Denominación
Decreto Supremo N° 054-2013-PCM	16 de mayo de 2013	Aprueban disposiciones para ejecución de procedimientos administrativos
Decreto Supremo N° 060-2013-PCM	24 de mayo de 2013	Aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos y otras medidas para impulsar proyectos de inversión pública y privada
Ley N° 30230	12 de julio de 2014	Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país

⁵¹⁵ DE ECHAVE, José. *Industrias extractivas a la fuerza*. Pobreza, Desigualdad y Desarrollo en el Perú. *Informe Perú 2009-2010*. Oxfam. p. 105.

Decreto Supremo N° 001-2015-EM	6 de enero de 2015	Aprueban disposiciones para procedimientos mineros que impulsen proyectos de inversión
Ley N° 30327	21 de mayo de 2015	Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible

Fuente: Defensoría del Pueblo, actualizado.

Los principales retrocesos en materia ambiental incorporados por estas normas fueron:

- Se pasó a aplicar el silencio administrativo positivo para asuntos ambientales y de patrimonio cultural, para procedimientos de aprobación de EIA del sector energía y minas (artículo 2º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM).
- Se creó el Informe Técnico Sustentatorio (ITS) como herramienta excepcional y simplificada que reemplaza la modificación regular de los EIA (artículo 4º del Decreto Supremo N° 054-2013-PCM). La principal modificación está en establecer a la autoridad correspondiente un nuevo y más breve plazo para declarar la viabilidad ambiental de una modificación formulada por el titular de un proyecto de inversión. En otras palabras, este trámite para presentar modificaciones reduce los plazos legales para la evaluación ambiental. Los ITS deben ser evaluados en 15 días hábiles por los técnicos de la DGAAM del MINEM, mientras que el plazo legal anterior era de 120 días hábiles, siendo la autoridad encargada el SENA-

CE. Cabe mencionar que la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) revisó un universo de 214 ITS adoptados a setiembre de 2016. Se encontraron observaciones a la forma cómo estos fueron evaluados y luego aprobados por la autoridad competente. Un punto a destacar es que los informes son evaluados por la DGAAM del MINEM y no por el SENACE, que es la autoridad encargada de los EIA.⁵¹⁶

- Se redujeron los plazos del procedimiento de aprobación de EIA, al establecer que los términos de referencia para elaborar dichos estudios deben ser adoptados en un plazo de veinte días (artículo 2.1º del Decreto Supremo N° 060-2013-PCM). Asimismo, se estableció que las entidades públicas debían opinar sobre los EIA en un plazo de 45 días hábiles (artículo 21.1º de la Ley N° 30230).
- Se introdujo una prohibición a autoridades administrativas, funcionarios o servidores públicos, de efectuar requerimientos de información o subsanaciones a los EIA

⁵¹⁶ Al respecto, la SPDA resalta que: “(...) no hay uniformidad en la forma de análisis o en la forma de elaboración del informe de evaluación que, desde nuestro punto de vista, no tiene justificación en la categoría de estudio principal del cual se deriva el ITS. Adicionalmente a ello, en la mayoría de informes no se evidencia un análisis profundo a nivel legal y/o técnico en la evaluación de los ITS, señalando solo que, con base en la metodología de evaluación de los potenciales impactos ambientales aplicada por la empresa, se obtiene como resultado impactos ambientales negativos calificados como no significativos. Sin embargo, dicha “no significancia” no se analiza ni justifica claramente”. CALLE, Isabel y Carol MORA. *Evaluación de impacto ambiental: los ITS de proyectos de inversión en sectores estratégicos*. Lima: SPDA, 2016, p. 19.

sobre materias o aspectos que no hayan sido observados previamente durante el proceso o en los términos de referencia (artículo 2.1º del Decreto Supremo N° 060-2013-PCM).

- Se suspendió por tres años la acción sancionadora del OEFA, periodo durante el cual “privilegiará acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental”. Durante ese tiempo, se estableció que el OEFA tramitara únicamente “procedimientos sancionadores excepcionales” y las multas no podrían superar el 50% del que correspondería, es decir, se disminuyeron a la mitad las multas por daños al medio ambiente (artículo 19º del Ley N° 30230). Esta medida reduce además el presupuesto del Organismo en tanto la Ley del SINEFA establece como parte de sus recursos “los montos por concepto de multas” (artículo 27º del Ley N° 29325).
- Se permitió que para la autorización del terreno superficial donde se ejecutará algún proyecto sólo se requerirá copia legalizada del acta de la Junta Directiva de la comunidad campesina, sin solicitar el mismo documento de la Asamblea Comunal, principal espacio decisor sobre tier-

ras comunales⁵¹⁷ (artículo 3.1.c.iii del Decreto Supremo N° 001-2015-EM).

- Se permitió el “uso compartido de línea de base” para los EIA de proyectos distintos que coincidan en el área física (artículo 6° de la Ley N° 30327).
- Se autorizó la servidumbre de terrenos eriazos que podría tratarse de tierras de comunidades campesinas o nativas no tituladas o delimitadas (artículo 18° de la Ley N° 30327).
- Se modificó la “usurpación agravada”, señalando que cuando los bienes del Estado de comunidades campesinas o nativas sean destinados al servicio público o los inmuebles formen parte del patrimonio cultural, quien usurpe será sancionado con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años⁵¹⁸ (cuarta disposición complementaria transitoria de la Ley N° 30327).

iv. Pasivos ambientales irresueltos

El derecho a un medio ambiente sano, requiere que durante todo el ciclo de actividades y luego del cierre de la mina, se adopten medidas para prevenir y en su caso, remediar impactos

517 Red Muqui, Grufides y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Paquetes normativos 2013 - 2015 y su impacto en los derechos fundamentales en el Perú-Análisis*. Lima.

518 Red Muqui, Grufides y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Paquetes normativos 2013 - 2015 y su impacto en los derechos fundamentales en el Perú-Análisis*. Lima.

negativos generados al ambiente. Cuando las actividades mineras cesan sin hacer la debida remediación y atención de los impactos ambientales que generan, se producen pasivos ambientales.

Los PAM son “aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad”⁵¹⁹. Los mayores riesgos ambientales de los PAM son la contaminación de aguas superficiales y subterráneas por la liberación de contaminantes tóxicos; degradación de la calidad de los suelos por efecto de la contaminación y erosión; la contaminación del aire; afectación a la salud humana; así como la pérdida de bosques, biodiversidad, suelos o fuentes de agua en ecosistemas⁵²⁰.

Es recién en 2003 que se adoptó la Ley N°28090, Ley de Cierre de Minas; y en el 2004, la Ley N° 28271, Ley que Regula los Pasivos Ambientales Mineros. Ambas normas, junto con las aprobadas posteriormente para reglamentarlas⁵²¹, se dirigen a que la última fase de la cadena minera logre el objetivo de dejar

519 Artículo 2º de la Ley N° 28271, Ley que Regula los Pasivos Ambientales Mineros.

520 RED MUQUI. Los pasivos ambientales mineros: diagnóstico y propuestas. Lima: 2015, pp. 12-13.

521 Véase *inter alia* Decreto Supremo N° 059-2005-EM, aprueba el Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera; Resolución Ministerial N° 290-2006-MEM/DM, aprueba el Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros; Decreto Legislativo N° 1042, modifica la Ley N° 28271; Decreto Supremo N° 003-2009-EM, modifica el Decreto Supremo N° 059-2005-EM, del 15 de enero de 2009.

el lugar donde la mina operó lo más semejante posible a como se encontraba antes de su llegada.

Según las últimas cifras disponibles, se tiene un total de 892 ex unidades mineras en todo el territorio nacional, con 8854 PAM⁵²². Cabe notar que, de acuerdo a este inventario oficial, el registro de los PAM ha tenido un aumento significativo, al pasar de 850 registrados en el inventario inicial de 2006, a 8854 según la última cifra publicada. La remediación del medio ambiente una vez concluida la actividad minera, presenta importantes retos en nuestro país. Destacamos en particular los siguientes:

- **Fortalecer esfuerzos para identificación de responsables y gestión de PAM.**-Según información del MINEM, para 2015, únicamente el 12% de los PAM inventariados cuentan con responsables identificados. El 76.6% (6,783) están pendientes de gestión, mientras que tan solo el 23.3% (2,071) se encuentran siendo gestionados. Resulta, por tanto, indispensable priorizar acciones dirigidas a identificar a los responsables. Ello contribuirá a determinar el titular que debe llevar a cabo la remediación y con ello, se podrá reducir el alto número de PAM que se encuentran aún sin ser tratados. Ello ha sido advertido por la Defensoría del Pueblo⁵²³.

522 MINEM. Resolución Ministerial N° 535-2016-MEM/DM, Actualizan el Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 290-2006-MEM/DM del 22 de diciembre de 2016.

523 Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 171. *¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambien-*

- **Información pública insuficiente.**- Como han observado organizaciones de la sociedad civil, si bien el MINEM publica reportes periódicamente, estos no contienen una caracterización de los PAM por regiones o cuencas en la que pueda conocerse “la composición geológica y geoquímica de los residuos mineros y zonas de contacto de estos con fuentes de agua”. Tal información, según advierten, permitiría conocer “el grado de contaminación que daría lugar y el riesgo a la integridad física de las personas y/o propiedades; el nivel de riesgo, los impactos generados, así como, la atención o tratamiento que reciben”⁵²⁴.

Sobre la información disponible en el inventario de la DGM del MINEM, la Defensoría ha advertido que la gran mayoría de los PAM que cuentan con Planes de Cierre de PAM aprobados por la DGAAM (77.8%), no se encuentran en el Inventario de PAM⁵²⁵. Ello a pesar de que las normas que regulan los PAM no disponen que deban ser excluidos. Por tanto, ha realizado un llamado a “realizar todas las acciones necesarias para actualizar el inventario, incluyendo todos los PAM comprendidos en los planes de cierre aprobados por la DGAAM”⁵²⁶.

tales mineros e hidrocarburíferos. 2015, p. 56.

524 RED MUQUI. Los pasivos ambientales mineros: diagnóstico y propuestas. Lima: 2015, p. 16.

525 Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 171. ¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. 2015, p. 65.

526 Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 171. ¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambien-

- **Necesidad de fortalecer labor de supervisión y fiscalización de la ejecución de los Planes de Cierre.**- El OEFA reportó a la Defensoría del Pueblo que para 2015 había realizado acciones de supervisión con respecto al cumplimiento de obligaciones contenidas en 33 de los 36 planes de cierre de PAM aprobados por la DGAAM. Sin embargo, como advirtió la Defensoría del Pueblo, el OEFA no reportó haber adoptado “medidas complementarias o inmediatas en el marco de las supervisiones efectuadas con relación al cumplimiento de los 33 planes de cierre de PAM supervisados, como brindar un tratamiento especial a algún PAM cuando su nivel de riesgo lo amerita”⁵²⁷.
- **Retrasos en ejecución de Planes de Cierre.** - Según se reportó a la Defensoría del Pueblo, en 34 de los 36 Planes de Cierre de PAMs aprobados para el 2015, habrían culminado los plazos de ejecución de las medidas de cierre. Una vez culminadas las medidas de cierre y post cierre, el OEFA otorga una Constancia de Cumplimiento de Terminación de Actividades a solicitud del interesado. No obstante, para dicho año, ninguno contaba con Resolución

tales mineros e hidrocarburíferos. 2015, p. 65.

⁵²⁷ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 171. *¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos*. 2015, p. 85.

de Aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Ejecutado⁵²⁸.

- **Inexistencia de registro de impedidos a efectuar petitorios mineros.**- De acuerdo a ley, si tras seis años de la aprobación del plan de cierre, los responsables de su remediación no cuentan con la resolución de aprobación de su ejecución, quedan impedidos de solicitar nuevos petitorios mineros y de explotar alguna unidad minera como concesionario o adquiriente⁵²⁹. Para estos efectos, la DGM debe aprobar una lista de impedidos de efectuar petitorios mineros, y comunicarla al INGEMMET⁵³⁰. Según reportó la Defensoría, para 2015, la DGM del MINEM no había elaborado la lista respectiva a pesar de que, hasta julio de 2015, cinco titulares contaban con Planes de Cierre con vigencia mayor a seis años.⁵³¹
- **Falta de sanciones correspondientes.** - El OEFA reportó que, para 2015, contaba con seis procedimientos administrativos sancionadores. No obstante, para esa

528 Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 171. ¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos.* 2015, p. 88.

529 Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 28271, Ley de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera.

530 Primera Disposición Transitoria y Final del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Mineral; y literal w del artículo 98° del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas.

531 Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 171. ¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos.* 2015, p. 93.

misma fecha, habían 34 Planes de Cierre de PAM con plazos de ejecución vencidos y otros 10 en etapa de post cierre que no habían culminado⁵³². Se requiere, por tanto, fortalecer las tareas de fiscalización y eventualmente, sanción de los responsables.

3. Derecho a la consulta previa

El Convenio N° 169 de la OIT está vigente en el Perú desde febrero de 1995. A pesar de su vigencia, el Estado peruano omitió dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en este tratado. Dentro del conjunto de derechos colectivos de pueblos indígenas que esperaron ser cumplidos, se encontraba el derecho a la consulta previa.

Para garantizar el cumplimiento del derecho a la consulta previa en el Perú, tuvieron que pasar varios años. En este escenario de omisión normativa, el Tribunal Constitucional jugó un papel fundamental. El máximo intérprete constitucional desarrolló a través de su jurisprudencia el contenido, principios y etapas que permitiesen la implementación del derecho a la consulta⁵³³. Asimismo, señaló que la omisión de no garantizar el ejercicio del derecho a la consulta no podía justificarse debido a la ausencia de un marco normativo.

532 Defensoría del Pueblo. *Informe Defensorial N° 171. ¡Un llamado a la remediación! Avances y pendientes en la gestión estatal frente a los pasivos ambientales mineros e hidrocarbúricos*. 2015, p. 104.

533 Véase inter alia Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 00022-2009-PI.

Como se advirtió anteriormente, al inicio del gobierno de Humala, en el año 2011, fue promulgada la Ley N° 29785, **Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**. El reglamento de esta ley fue aprobado un año después, mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Estas normas reconocen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente sus derechos colectivos⁵³⁴, estableciendo que la finalidad del proceso de consulta es alcanzar acuerdos o el consentimiento entre el Estado y los pueblos sujetos a la consulta, respecto del contenido de las medidas implicadas⁵³⁵. Sobre la base de ambas normas se encuentran en proceso de implementación los procesos de consulta previa en el Perú por parte de las entidades estatales competentes⁵³⁶.

Es importante resaltar que, una medida se consulta cuando afecta directamente un derecho colectivo de pueblos indígenas. Bajo la premisa de la afectación directa, se considera que una medida será objeto de consulta previa cuando su contenido pueda generar algún cambio en el ejercicio de un derecho colectivo de algún pueblo indígena, en la condición jurídica de estos, o en sus

534 Artículo 2º de la Ley N° 29785.

535 Artículo 3º de la Ley N° 29785.

536 Para conocer a detalle los avances en la implementación de procesos de consulta previa en el Perú, puede consultarse el [portal web](#) del MINCU. En esta se cuenta con información sobre los procesos ya realizados, así como el nivel de avance de los procesos en curso.

condiciones de vida⁵³⁷. Por ello, a través de la consulta los pueblos indígenas conocen y evalúan de qué manera dicho contenido puede generar tales cambios. Pero es más que solo informar, conociendo sobre los cambios, la consulta debe permitir que los pueblos indígenas puedan presentar aportes a la medida, de tal manera que cuando se ejecute o ponga en práctica, genere cambios previamente consensuados, conocidos y entendidos por los miembros de los pueblos indígenas que se verían afectados por la medida.

Para dar cumplimiento a lo anterior, las distintas entidades del Estado peruano han ido identificando aquellas medidas que podrían generar algún tipo de afectación directa en pueblos indígenas. En el caso del sector minero, el MINEM, mediante Resolución Ministerial N° 003-2013-MEM/DM modificó el Texto Único de Procedimientos Administrativos en Minería y estableció las medidas objeto de consulta previa, así como la oportunidad para llevar a cabo el procedimiento de consulta (ver Tabla 9), luego mediante Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM se estableció que sea la DGAAM del MINEM la oficina encargada de su realización.

537 Al respecto, puede revisarse: MINCU. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*. Lima: MINCU, 2016; MINCU. *Derecho a la Consulta Previa. Módulo de capacitación*. Lima: MINCU, 2014.

Tabla 9. Medidas administrativas para realizar la consulta previa en minería.

Medida Administrativa	Oportunidad para realizar el proceso de consulta previa
Autorización para el inicio de actividades de exploración Autorización del plan de minado y para el inicio de actividades de desarrollo, preparación y explotación en concesiones mineras metálicas y no metálicas Otorgamiento de concesión de construcción de la planta de beneficio Otorgamiento de concesión de transporte minero	Antes de la autorización del inicio de operaciones Antes de la aprobación del plan de minado Antes de la autorización de construcción de la planta de beneficio Antes de la autorización de construcción del medio de transporte del mineral

Fuente: Elaboración propia.

i. Medidas objeto de consulta y oportunidad del proceso

De acuerdo con lo establecido, la consulta previa en minería (en cualquiera de los cuatro supuestos) se lleva a cabo no solo luego del otorgamiento de la concesión⁵³⁸, sino luego de la aprobación del EIA, y del acuerdo entre la empresa minera y la comunidad sobre el uso superficial de la tierra. Esto significa que

⁵³⁸ Cabe notar que la posibilidad de consultar la concesión minera se encuentra siendo objeto de litigio en los Casos Atuncolla (Expediente N° 01846-2012), corresponde a la demanda de 11 comunidades de Atuncolla (Palamayo, Trinidad de Moyogachi, Colca, Ticani pampa, San José principio de Santa Cruz, Virgen soledad Cochela, San Gerónimo de Ullagachi, Micaela Bastidas de Yamojo, San Antonio de Umayo y Jipa Grande y Chico)- y Juli -Expediente 163-2016 corresponde a la demanda de las Comunidades Aymaras de Chila Chambilla y Chila Pucara (distrito de Juli, provincia de Chucuito)- en la región Puno. En ambos casos se presentaron acciones de amparo por omisión al derecho de consulta previa, luego que el INGEMMET otorgara concesiones en territorios comunales en comunidades de Juli y Atuncolla, en favor de la empresa minera Billinton World Expedition en el año 2011 y Cemento Sur en 2014, respectivamente. Solicitan que se suspendan los efectos de la resolución de las concesiones mineras en favor de las empresas, y que antes de darse la concesión se realice el proceso de consulta previa a pueblos indígenas.

cuando se hace la consulta previa, ya se han decidido y aprobado las medidas de prevención, mitigación y reparación de los impactos ambientales sobre el territorio indígena. Esto puede producir un clima de desconfianza respecto al desconocimiento sobre la manera cómo la actividad genera afectaciones a derechos colectivos de pueblos indígenas.

Si bien es cierto como parte de la elaboración y previo a la aprobación, los EIA incorporan un conjunto de mecanismos de participación ciudadana, cabe recordar que el ejercicio del derecho a la participación no es el mismo que el cumplimiento del ejercicio del derecho a la consulta previa para pueblos indígenas, a pesar de incorporar enfoques interculturales en los primeros. El punto central de la diferencia radica en que en un proceso de consulta previa el objetivo es lograr alcanzar acuerdos y/o el consentimiento sobre la medida materia de consulta (o sobre su contenido); mientras que a través de los mecanismos de participación ciudadana el objetivo es no solo informar sino además recoger toda una serie de aportes que puedan servir para elaborar el componente social del EIA. Entonces, antes de la aprobación del EIA debería pasarse por un momento en el que sobre la base de la información que se haya recogido a través de los mecanismos de participación ciudadana por la empresa, tanto pueblos indígenas como Estado puedan dialogar y tomar acuerdos que se incorporen en el EIA, sobre la manera cómo la actividad no va a afectar sus derechos colectivos. El punto para el diálogo serían aquellas propuestas elaboradas por la empresa sobre la base de aquella información

recogida para la línea de base social y ambiental a través de los mecanismos de participación ciudadana.

Con lo anterior, el principal problema identificado es que, cuando se hace la consulta en minería, ya hay acuerdos alcanzados entre la empresa y las comunidades, instrumentos ambientales aprobados, y otros permisos otorgados, por lo que se considera que es en un momento tardío para su realización. Además, si la consulta se hace frente a medidas que puedan afectar el contenido de un derecho colectivo de pueblos indígenas, es en el contenido del EIA que se puede tener información objetiva de este tipo de afectaciones, sobre todo cuando estamos frente al derecho a las tierras y territorios. Como consecuencia la consulta previa podría ser vista como un mero trámite, ya que su objetivo parece ser sacar adelante los proyectos de inversión antes que escuchar a la población. La Defensoría al respecto, ha señalado que los EIA deben consultarse:

(...) la consulta previa debe realizarse antes de que culmine el proceso de evaluación de impacto ambiental, permitiendo que el Estado y los pueblos indígenas puedan construir acuerdos adecuados sobre la gestión de los impactos ambientales y sociales que pueda causar el proyecto en los territorios indígenas, así como las compensaciones colectivas y posibles beneficios que la actividad puede generar en la zona, entre otros.⁵³⁹

Lo anterior va en la línea de que, si los EIA son consultados, se pueden no solo identificar miradas al proyecto para no

539 Oficio N° 0504-2016/DP del Defensor del Pueblo al Ministro Gonzalo Tamayo Flores, recibido el 15 de agosto de 2016.

afectar derechos de pueblos indígenas sino agregar aportes de manera oportuna. Quienes sostienen ello, advierten que, si las preocupaciones ambientales son identificadas posteriormente, no es posible incorporar cambios al proyecto, mientras que si el EIA se consulta la determinación de qué afectaciones podría producir el proyecto podría incorporarse en el mismo instrumento.

Como podemos apreciar, en el Perú los EIA no se consultan a pesar de que su contenido puede comprender información precisa sobre la manera se pueden ver afectados los derechos de pueblos indígenas del área de influencia de una mina. Lo que se consultan son medidas administrativas posteriores a la aprobación del EIA, lo cual no permite un real intercambio de ideas sobre cómo mejorar desde los pueblos indígenas aquel contenido del EIA para que los cambios a darse no sean graves o ajenos a sus intereses y/o condiciones de vida.

ii. Proyectos inconsultos

De otro lado, un asunto que ha estado en el debate es qué pasa con aquellos proyectos que dieron inicio y no pasaron por un proceso de consulta previa. Como mencionamos previamente, el cumplimiento del derecho a la consulta previa en el Perú no se dio a pesar de la vigencia del Convenio N° 169. Un caso a resaltar es el proyecto Antapaccay. El EIA para el proyecto Antapaccay fue aprobado el 6 de julio de 2010 por el MINEM, tras lo cual se inició la fase de exploración. Alrededor del proyecto Antapaccay, se encuentran varias comunidades campesinas incluyendo la co-

munidad Huisa, que pertenece al pueblo K´ana. Sin embargo, ninguna de estas comunidades fue consultada, antes de la aprobación del EIA del proyecto. La no aplicación de la consulta se sostenía en la ausencia normativa en esta materia, pues para la fecha de aprobación del proyecto, no existía una ley que estableciera procedimientos para realizar la consulta previa. Recordemos que esta ley fue promulgada el 31 de agosto de 2011. En este escenario, el TC desarrolló a través de su jurisprudencia el contenido, principios y etapas que permitiesen la implementación del derecho a la consulta; indicando además que la omisión de no garantizar el ejercicio del derecho a la consulta no podía justificarse debido a la ausencia de un marco normativo. En ese sentido, independientemente de no existir una ley, la consulta previa en tanto derecho vigente, era de obligatorio cumplimiento.

Ante ello, la comunidad Huisa, apoyada por el Instituto de Defensa Legal, y la Asociación por la Vida y la Dignidad Humana, presentó una demanda de amparo en contra del MINEM y el INGEMMET el 21 de julio de 2015. La razón, el Estado no realizó la consulta previa a pesar de su vigencia en el Convenio N° 169. Frente a ello, el Estado peruano no reconoció su responsabilidad de consultar a la comunidad Huisa en este proceso, sino que en respuesta a la demanda, los abogados del MINEM y el IMGEMMET argumentaron que la comunidad no es un pueblo indígena y que el proyecto Antapaccay no las afecta⁵⁴⁰. Esto último a pesar

540 LAMULA.PE. “¿Por qué debe declararse fundada demanda de amparo contra falta de consulta previa de proyecto Antapaccay?”. En LaMula.Pe. 20 de

que, según el EIA para el proyecto Antapaccay, esta comunidad se encuentra dentro del área de influencia directa.⁵⁴¹

Este caso aún se sigue viendo en sede jurisdiccional y no es el único, lo que muestra que la vía utilizada ha sido el litigio estratégico ante un problema que no ha podido ser resuelto de otro modo. De este modo, queda aún pendiente de resolver por parte de la instancia judicial qué pasará con aquellos casos en los que no hubo consulta dado que aún no se contaba con una ley al respecto, a pesar de la vigencia del Convenio N° 169.

Pero hay un tema adicional, y es qué pasó una vez que se contaba ya con una ley de consulta. Se cuenta a nivel administrativo con el Informe de Auditoría N° 08-2015-2-0054 del Órgano de Control Institucional del MINEM, el cual lleva como título “Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios para el Otorgamiento de Concesiones de Beneficio, Autorización de Inicio de Exploración, Aprobación del Plan de Minado y Autorización de Actividades de Desarrollo y Preparación a cargo de la Dirección General de Minería” cuyo objetivo fue “(...) determinar si la Dirección General de Minería y sus unidades orgánicas que le conforman vienen desarrollando sus procedimientos administrativos (...) cautelando el cumplimiento de derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios con sujeción al marco normativo vigente “. Añade que el período auditado por la Contraloría

julio, 2017.

541 MINAM. *Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM*. Lima, 25 de setiembre de 2009.

es el período del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, tiempo en el que ya existía una ley de consulta previa.

Entre las principales conclusiones están que el MINEM no consultó proyectos mineros, haciendo uso de la siguiente estrategia: la DGM del MINEM obtenía actas de asamblea de comunidades, donde están eran forzadas a reconocer que esos proyectos no afectaban sus derechos en su condición de pueblos indígenas. Frente a ello, se plantearon un número de recomendaciones, pero no se cuenta con información sobre quién les está haciendo seguimiento. En ese sentido, no solo no se consultaron proyectos mineros alegando la falta de una ley, sino que inclusive con una, tampoco se hicieron estos procesos.

Otro aspecto a advertir es que, así como no se consultan los EIA antes de que sean aprobados, tampoco sus modificaciones de actualización. De acuerdo con Ana Leyva:

La actualización del EIA debe realizarse después de cinco años de iniciada la ejecución del proyecto y la aprobación del EIA integrado debe darse cuando existen varias modificaciones del EIA. Ambos instrumentos deben ser sometidos a consulta previa, pues si esos actos administrativos acarrearán impactos en los derechos colectivos, la consulta previa podría ayudar a que se mitiguen, adoptándose las medias correspondientes.

Sobre este último punto, podemos mencionar como ejemplo lo sucedido en el caso Las Bambas. El 5 de setiembre de 2015, el Comité Central de Lucha de las provincias de Grau y Cotabambas, Apurímac, decidió convocar un paro indefinido, denunciando que en la modificación del EIA no se aplicaron mecanismos de

participación ni consulta previa, y que no se les había informado sobre las consecuencias de las modificaciones realizadas. Por otra parte, las comunidades de los distritos de Grau, Challhuahuacho, Mara y Ccapacmarca, pidieron ser incluidos en la zona de influencia del proyecto debido a que se ubican en la Línea de Transmisión Eléctrica y la Vía de Transporte de Carga Pesada.

Estas comunidades dejaron de ser consideradas como parte de la zona de influencia indirecta como parte de las modificaciones al EIA. Como se aprecia en el caso, por un lado, no se reconoce que la modificación del EIA tenga que pasar por un proceso de consulta previa, a lo que se suma que las modificaciones realizadas estarían afectando las condiciones de vida de los miembros de las comunidades campesinas, quienes son reconocidos como pueblo indígena. Siendo así, la consulta serviría para no solo informar sobre estas modificaciones, sino para consensuar que estas se hagan sin terminar vulnerando los derechos de estos pueblos.

iii. Identificación de pueblos indígenas a ser consultados

Se identifica un problema adicional a la ausencia u omisión de consulta, y es la aún dificultad para identificar la presencia de colectivos que se autoidentifican como miembros de algún pueblo indígena. En el ámbito andino, principalmente, los miembros de las comunidades campesinas pueden identificarse como miembros de un pueblo indígena, con lo cual el Estado les reco-

noce esta condición. Pero qué pasa frente a aquellos casos en los que esto no sucede.

Un caso que se dio antes de la Ley de Consulta y que muestra la necesidad de este aspecto, es el de población afectada por el proyecto Conga. Según la información del EIA, se encuentran distribuidas en 210 centros poblados en los distritos de Huasmín, Sorochuco, de la provincia de Celendin, y la Encañada de la provincia de Cajamarca, así como de la provincia de Hualgayoc-Bambamarca. De ellas, aproximadamente 69 comunidades campesinas se encuentran cerca de los doce cuerpos de agua que serían impactados directamente por el proyecto minero.

Para otorgar la autorización a la exploración se tomó como base el Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por Resolución Ministerial N° 596-202-EM/DM. Sin embargo, en esta norma está ausente el componente de pertenencia a algún pueblo indígena que las comunidades campesinas puedan tener, así como el derecho a la consulta previa. Así, en el EIA la población afectada se califica como pobladores de caseríos⁵⁴², sin hacer alusión a su pertenencia étnica, o a sus formas de organización interna (como son las rondas campesinas), o relacionamiento con la tierra y el medio ambiente, así como a patrones culturales; tampoco se hace mención a aquellas inscritas como comunidades campesinas en su

542 Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 3, pp. 3-504.

condición de tal⁵⁴³. Es decir, no se considera si son o no pueblos indígenas.

Lo anterior pone en evidencia que el Estado peruano carecía de un procedimiento que permitiese identificar si se está frente a una cultura que puede ser protegida bajo la categoría de pueblos indígenas. Ello ha sido en cierta medida resuelto con las normas sobre consulta previa que incluyen en sus primeras etapas determinar si la medida afecta comunidades que pueden ser identificadas como pueblo indígena. Esta situación además se estaría superando al ahora tener que aplicarse una Guía Metodológica publicada por el Ministerio de Cultura (MINCU) a través de la cual se plantean herramientas para la identificación de pueblos indígenas y originarios como parte del proceso de consulta previa.

4. Derecho a la participación ciudadana

El Estado peruano cuenta con un marco normativo que regula la participación ciudadana en el sector minero. Dicho marco se sostiene principalmente en el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, del 27 de mayo de 2008, mediante el cual se aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el subsector minero; y la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM, del 26 de junio de 2008, a través de la cual se desarrollan los mecanismos de participación ciudadana previstos en el Reglamento para cada etapa

543 Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. pp. 12-1 y 12-2.

de la cadena de producción minera⁵⁴⁴. Ambas normas establecen que la participación es el derecho de toda persona a involucrarse de manera responsable en procesos de toma de decisiones sobre asuntos referidos a la actividad minera en la medida que puedan afectar sus intereses. Cabe resaltar que la intención general de la norma es la de informar a la población que habitase en el área de influencia del proyecto, sea indígena o no, sobre la actividad que se va a realizar. Para ello, establece una amplia variedad de mecanismos a través de los cuales la población puede estar debidamente informada, de tal manera que pueda acceder a la información sobre el proyecto.

Hay que resaltar que los espacios de participación no solo deben darse al inicio del proyecto, sino durante todo el ciclo de desarrollo de la actividad. Sin embargo, la normativa establece mecanismos de participación de manera posterior al establecimiento

544 Entre los principales mecanismos de participación ciudadana establecidos en las normas sectoriales, y que se incorporan en el contenido de los tres planes descritos, tenemos los siguientes: facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales; publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales; realización de encuestas, entrevistas o grupos focales; distribución de materiales informativos; visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto; difusión de información a través de equipo de facilitadores; talleres participativos; audiencias públicas; presentación de aportes, comentarios u observaciones ante la autoridad competente; establecimiento de oficina de información permanente; monitoreo y vigilancia ambiental participativo; uso de medios tradicionales; mesas de diálogo y otros que la autoridad nacional competente determine mediante resolución ministerial a efectos de garantizar una adecuada participación ciudadana (artículo 6º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM, artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM).

de la concesión minera. A pesar de esa situación, existen obligaciones en materia de participación ciudadana que deben cumplirse en cada etapa del proyecto.

En un primer momento, luego del establecimiento de la concesión, el MINEM debe promover actividades para informar a la población de las áreas concesionadas, acerca del derecho de concesión otorgado por el Estado. En estos espacios además el MINEM debe informar sobre las obligaciones ambientales del titular del proyecto, sobre la normativa vigente que regula la actividad, y sobre los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas (artículo 12° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM). El problema está en que muchas veces en este momento la información a brindar puede resultar insuficiente para lo que la población espera recibir. El detalle de la información sobre la actividad y cómo se va a realizar, se encuentran en el EIA.

En el Decreto Supremo N° 028-2008-EM se estableció a la DGAAM del MINEM como la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo los procesos de participación ciudadana alrededor de la mediana y gran minería (artículo 2 °). En el caso de los mecanismos de participación que deban servir para elaborar un EIA en minería, tanto de exploración como de explotación, esta función recae en el SENACE. En cualquier caso, la labor de la autoridad estatal implica promover espacios y mecanismos de participación ciudadana con autoridades, organizaciones sociales y poblaciones que se encuentren dentro del área de influencia de los proyectos mineros y que se vean involucrados con la actividad

extractiva tanto de forma directa como indirecta. En ese sentido, son los responsables de garantizar que los operadores respeten e implementen los procesos de participación ciudadana.

La elaboración, presentación y aprobación de los EIA, es el ámbito en donde más se ha exigido la implementación de espacios de participación. Sin embargo, se han advertido desafíos con relación a estos mecanismos. La Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, establece la participación ciudadana en el proceso de evaluación de los EIA. La norma busca garantizar el establecimiento de instancias formales de difusión y participación de la comunidad en el proceso de tramitación de solicitudes de los EIA, e instancias no formales que el titular de la actividad debe impulsar para incorporar en el EIA la percepción y la opinión de la población potencialmente beneficiada o afectada con la acción propuesta. La participación ciudadana como parte de la certificación ambiental implicará así un proceso público, dinámico y flexible, que tiene los siguientes objetivos:

- Poner a disposición de la población involucrada, información oportuna y adecuada respecto de las actividades proyectadas o en ejecución;
- Promover el diálogo y la construcción de consensos;
- Conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades

para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo⁵⁴⁵.

Es posible advertir que suelen ser insuficientes al ser encomendadas a la empresa u operador interesado, con escasa supervisión del Estado. Por ello, en la elaboración de estos estudios que suelen ser altamente técnicos, corresponde diseñar mecanismos de participación no solo accesibles y adecuados para estar informados, sino que tengan en cuenta que sirvan tanto para interactuar con miembros de comunidades o pueblos indígenas, como para recoger sus expectativas y percepciones del proyecto de cara a la elaboración del EIA. Lo mismo cuando los EIA sean presentados a la población luego de su elaboración.

Son tres herramientas las que permiten saber qué mecanismos de participación ciudadana se van a utilizar a lo largo de la actividad. El Protocolo de Relacionamiento (artículo 8º del Decreto Supremo N°028-2008-EM) se debe aplicar a lo largo de toda la actividad minera, y es el insumo central del Plan de Participación Ciudadana (PPC), ya que le provee de información acerca de las características sociales de la población asentada en el área de influencia del proyecto minero. Luego, durante la ejecución del proyecto la empresa debe contar con un PPC y un Plan de Relaciones Comunitarias (los que además son parte del EIA y son aprobados por el SENACE).

545 Para más detalle, revisar SENACE. *Herramientas de gestión social para la certificación ambiental*. Lima: SENACE, 2016.

El Plan de Participación Ciudadana (artículo 15° Decreto Supremo N° 028-2008-M) contiene los mecanismos que se desarrollarán durante la ejecución del proyecto minero, los que fueron recogidos antes y durante la elaboración del EIA. Su objetivo es que la ciudadanía de manera organizada participe en los procesos de monitoreo de los impactos ambientales de la actividad, así como la vigilancia en el cumplimiento de los compromisos que se deriven de los EIA. El Plan de Relaciones Comunitarias (RM N° 167-2008-MEM/DM), por su lado, tiene como objetivo regular las relaciones entre poblaciones y empresas, así como ayudar a gestionar los problemas sociales que enfrenta el sector con las comunidades asentadas en sus áreas de influencia. Cada uno de esos tres documentos guían la manera cómo la empresa ha decidido interactuar con la población local, a través del establecimiento de espacios de encuentro y la implementación de mecanismos de participación ciudadana.

Pasada la etapa de exploración y habiendo obtenido resultados favorables para el inicio de las actividades de explotación, los operadores mineros deben emprender una serie de procedimientos para el desarrollo de las minas que van desde la implementación de infraestructura e instalaciones, hasta la elaboración y presentación de instrumentos de gestión ambiental⁵⁴⁶. En este contexto, el diálogo entre la empresa y la población revierte mayor importancia. La elaboración del EIA (para los proyectos

546 Social Capital Group. *Manual informativo sobre minería en el Perú*. 2008, p. 33.

de Categorías II y III), que a su vez incluye la presentación de un estudio de impacto social, exige a las empresas propiciar la puesta en marcha de mecanismos y espacios de diálogo fluidos en donde la población pueda conocer a fondo el proyecto extractivo que se busca emprender y, en segundo instancia, comprender los impactos negativos al medio ambiente. La preparación de estos espacios de diálogo debe posibilitar que la población involucrada y sus autoridades puedan plantear observaciones, propuestas o sugerencias, las cuales deberán ser tomadas en consideración e incluidas en los documentos de gestión ambiental. La naturaleza de estos espacios de comunicación directa es diversa y puede tomar la forma de talleres participativos, mesas de diálogo, audiencias públicas, entre otras.

A pesar de lo presentado en materia de participación ciudadana en minería, los mecanismos y su aplicación no son infalibles. Se presentan con frecuencia situaciones en las que aunque se hayan aplicado, sucede un conflicto social, que puede llegar a escalar a situaciones de violencia (véase supra sección II.4). Muchas veces, el problema no está en el mecanismo per se, sino en la manera cómo se utiliza; y en otras ocasiones el problema está cuando no hay mecanismo.

Respecto a la idoneidad del mecanismo, la interrogante más importante detrás del uso de los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de EIA tanto para exploración como explotación, es cómo y de qué manera lo recogido se ha incorporado en el documento que se aprueba. En el caso Conga, por

ejemplo, según la resolución directoral que aprueba el EIA para la explotación, “luego de realizada la audiencia pública se recibieron observaciones respecto del proyecto Conga” de parte de varios caseríos, comunidades campesinas, centros poblados y autoridades locales⁵⁴⁷. El PPC inclusive hace referencia a estas observaciones que son sobre aspectos centrales del proyecto, según se observa a continuación:

547 En particular, se mencionan los Caseríos de Totoracocha (Hualgayoc-Bambamarca), del Centro Poblado de San Juan de Hierbabuena, de la Asociación de Municipalidades del Marañón andino, de la Comunidad Campesina San Juan de Huangashanga, de la Municipalidad Distrital de Sorochuco, del Gobierno Local Distrital de Huasmín, del Teniente Gobernador del Caserío de Pabellón de Combayo, del Presidente del Comité de Gestión de Recursos Hídricos del distrito de Baños del Inca, de la comunidad campesina de Polonia de Colpa y Quengorioró Alto, del rector de la Universidad Nacional de Cajamarca. Resolución Directoral N° 085-2004-EM/AAM.

Tabla 10. Observaciones en los mecanismos de participación ciudadana sobre el EIA.

Taller rural	
Agua: cantidad, calidad, estacionalidad, manejo de las lagunas y cuencas, fiscalización, monitoreo	1
Beneficios del AID: uso del canon, oportunidades, líneas de acción, proyectos agropecuarios	6
Empleo: capacitación, oportunidades, requisitos	6
Cierre de mina: agua, ex propietarios, medio ambiente	4
Contaminación ambiental: suelo, ruido, cianuro	4
Ex propietarios: apoyo	3
Etapas del proyecto: duración, permisos	3
Definición del AID	1
Compromisos de la mina 1	1
Proyectos agropecuarios 1	1
Total	4

Taller urbano	
Consulta popular	1
Talleres ambientales	1
Electrificación rural	1
Potencial de minerales preciosos de la mina	1
Plan de Desarrollo Concertado	1
Sostenibilidad de la economía local	1
Manejo ambiental	1
Agua: cantidad, calidad, fuentes	3
Líneas de acción	2
Etapas del proyecto	1
Empleo	1
Definición AID	1
Sostenibilidad de una economía primaria	1
Total	16

Elaboración propia

En el PPC del proyecto Conga se señala que se respondió a estas inquietudes en esos mismos talleres. No se indica de qué modo concreto fueron levantadas o incluidas en el EIA, ni tampoco si en virtud a estas observaciones se incluyeron cambios en los términos del proyecto. Tampoco consta que la DGAAM haya hecho seguimiento específico a estas observaciones. El problema identificado es que a pesar de contar con un PPC, es relevante informar a la población de qué manera sus aportes fueron o no considerados en la elaboración del EIA.

Otro problema de idoneidad resalta cuando el mecanismo no resulta efectivo. Por ejemplo, frente a la contaminación ambiental, la comunidad y la Compañía Antamina y representantes del gobierno acordaron realizar un monitoreo ambiental. Sin embargo, en muchos casos las comunidades no estaban satisfechas con los resultados o tenían dudas sobre la parcialidad de la empresa elegida para llevar a cabo el monitoreo. Esto se debe a una falta de participación en los monitoreos ambientales. Aunque Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, provee que la sociedad civil puede participar en la gestión ambiental a través de mecanismos como monitoreos de la calidad ambiental, la ley no plantea pasos concretos para realizar tales monitoreos, ni define el rol que juega el Estado en los monitoreos.

Este vacío legal puede permitir que los monitoreos sean realizados sin una participación significativa. Por ejemplo, los monitoreos deben tener mecanismos que aseguran que las comunidades entiendan los procesos del monitoreo y los resultados para

asegurar que el proceso sea informado. Si las comunidades no entienden en qué consiste el monitoreo, no puede haber participación significativa. Además, es importante asegurar que los roles del Estado y la empresa estén claros. El Estado debe jugar un papel protector e imparcial, asegurando que el monitoreo ambiental se lleve a cabo de manera adecuada. Tener estándares claros en la normativa peruana que aseguran una participación significativa en los monitoreos ambientales podría evitar conflictos sociales. Resulta entonces importante protocolizar la realización de los monitoreos ambientales.

Por otro lado, ¿qué pasa cuando no hay mecanismos de participación ciudadana? En el caso del proyecto minero Tía María por ejemplo, ya desde 2009 uno de los principales reclamos de la población fue que el 27 de setiembre de ese mismo año, se realizó una consulta popular para evaluar la aprobación del proyecto, consulta que no es reconocida en la normativa sectorial. Aun cuando el 90% de la población consultada se mostró en contra de Tía María, Southern decidió seguir adelante con la elaboración y presentación del EIA. De igual manera, la empresa organizó algunos otros espacios de diálogo como audiencias públicas y talleres, que arrojaron el mismo resultado.

Sobre el particular, la UNOPS señaló en su informe que el proceso de participación pública seguido por Southern en relación con Tía María, no seguía una estrategia de comunicación, ni permitía entender de qué manera la empresa respondería a las preocupaciones de la población con relación al proyecto. Asimismo-

mo, el informe destacó que los resultados de aprobación social presentados por Southern como parte de su primer EIA, habían sido malinterpretados dando la impresión de que Tía María contaba con un alto índice de aprobación social, cuando ello no era cierto, y mencionó también que la información brindada por la empresa en sus talleres informativos no era precisa ni homogénea. En ese sentido, debe considerarse que el respeto al derecho de participación ciudadana no se agota con la formulación de mecanismos de diálogo vacíos o que no pretendan considerar realmente las observaciones e inquietudes de las poblaciones consultadas, ni informarla de forma fehaciente.

Otro aspecto se refiere a la participación en la modificación de EIA bajo un ITS. El Decreto Supremo N° 054-2013-PCM no señala si los ITS deben contar con mecanismos de participación ciudadana. Entonces, el ente rector ha entendido que no. Las normas para la evaluación del impacto ambiental en minería reconocen la existencia y necesaria aplicación de mecanismos de participación ciudadana. La pregunta que debe hacerse es si la no mención explícita de estos mecanismos por las normas sobre ITS implica que el ente encargado de su evaluación y aprobación deba dejar de exigirlos. Lo anterior significaría que la reducción de un trámite administrativo está limitando el ejercicio del derecho a la participación ciudadana.

La necesidad de mecanismos de participación en las modificaciones del EIA a través de ITS se ha evidenciado en el proyecto Las Bambas. Las comunidades del área de influencia han

buscado en reiteradas ocasiones se les informe sobre las modificaciones al EIA aprobados entre los años 2013 y 2015⁵⁴⁸. Las modificaciones a través de ITS no pasaron por mecanismos de participación ciudadana, lo cual terminó generando un ambiente de desconfianza, sumado al hecho del cambio en la administración de la mina de Glencore hacia MMG⁵⁴⁹. Bajo la lógica de acelerar procedimientos para la flexibilización administrativa, el no establecer espacios de participación o utilizar los mecanismos legales existentes, hace que la población no tenga conocimiento de información importante en su dinámica de convivencia con el proyecto minero.

5. Derecho de acceso a la información

548 Las Bambas presentan 5 ITS entre los años 2013 y 2015:

- En abril del 2013 se presentó la primera modificación del EIA para explotación y está es aprobada en agosto mediante RD N° 305-2013-MEM/AAM.
- En julio del 2013 se presentó la segunda modificación del EIA mediante un ITS que es aprobado en agosto mediante RD N° 319-2013-MEM/AAM.
- A fines de ese año, se presentó la tercera modificación del EIA mediante un ITS que es aprobado en febrero de 2014 mediante RD N° 078-2014-MEM/DGAAM.
- En marzo del 2014 se presentó la cuarta modificación del EIA mediante un ITS, que es aprobado en noviembre mediante RD N° 559-2014-EM/DGAAM.
- En enero del 2015 es presentada la quinta modificación al EIA mediante un ITS, la que es aprobada en febrero mediante RD N° 113-2015-MEM-DGAAM.2016. Concluye la construcción de la mina y en el primer trimestre del año, se iniciaron las operaciones.

549 De acuerdo con la SPDA (2016) solo dos resoluciones de ITS de las revisadas hacen referencia al plan de relaciones comunitarias el proyecto de inversión.

La información producida y compartida en relación a los proyectos mineros es eminentemente técnica, la cual, si bien es de acceso público, requiere de un nivel de comprensión elevado por parte de los representantes de las comunidades locales. En la etapa de concesión, el INGEMMET permite visualizar los expedientes mineros, el catastro de concesiones y distintos mapas geológicos a través de la página web institucional. Sin embargo, habría que preguntarse qué tanto conocimiento y capacidad existe para, primero, poder acceder y manejar esta información y, luego, comprender a cabalidad el contenido de dicha información.

En la etapa de exploración, el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, reconoce que toda documentación incluida en el expediente de evaluación de impacto ambiental, con excepción de la información declarada como reservada, podrá ser de acceso público⁵⁵⁰. Asimismo, señala que se debe tener en cuenta la traducción del resumen ejecutivo del estudio ambiental a la lengua predominante de la población en donde el proyecto busque desarrollarse. Sin embargo, más allá de la exigencia, qué tanto se logra cumplir con esta adecuación del contenido a los idiomas nativos; o incluso antes de esta pregunta, cuánto del contenido de un EIA puede trasladarse a las lenguas originarias y con ello que los pueblos indígenas conozcan a cabalidad el contenido del estudio. Este tipo de cuestionamientos no

550 Artículo 66° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

necesariamente surgen del marco normativo, pero sí constituyen interrogantes que se identifican cuando se implementa el marco.

Otras características propias de las comunidades locales como ubicación geográfica, infraestructura terrestre y accesos a servicios son omitidos como criterios para realizar la publicidad del EIA a nivel local. Antes bien, se asume que todas las poblaciones cuentan con las mismas posibilidades de acceder a las instancias donde se habilita el acceso a la información, cuando el Estado debe considerar la diversidad y condiciones particulares de cada localidad y los costos que implican asumir ese acceso, lo cual puede resultar siendo un desincentivo más grande que los beneficios.

Así, el que las poblaciones locales puedan tener acceso al EIA, pero sobre todo una comprensión real del contenido de los documentos está relacionado con la posibilidad de conocer los impactos potenciales del impacto del proyecto en materia ambiental y de ejercer su derecho a la participación al intervenir en la revisión del EIA.

Finalmente y más allá de los vacíos e irregularidades que han envuelto a las publicaciones que invitan a la revisión del EIA, resulta paradójico que el MINEM, entidad que por años era la encargada de garantizar el cumplimiento de todos los procedimientos para los proyectos, haya intentado minimizar las consecuencias de errores en las publicaciones o bien de su limitado alcance, como se ha evidenciado en el caso del proyecto Río Blanco. En el conflicto que rodeó a este proyecto, dicho Ministerio insistió en defender el cumplimiento de todos los requerimientos aun sin

que se haya realizado una publicación correcta de la invitación a la observación del EIA, aduciendo que existieron otros mecanismos de participación –como contraparte de tener acceso al EIA– en el proceso.

Así, nuevamente retener para sí el rol de fiscalizador a la par de su función promotora de la actividad minera resultó problemático para el MINEM y como consecuencia también para las poblaciones locales, que no encuentran en el Estado un actor que los proteja. El rol de fiscalizador queda reducido a los aportes que pueda realizarse en favor del acceso a la información y la participación ciudadana siempre que no termine afectando la promoción de la actividad minera.

V. Conclusiones y recomendaciones

Sobre la actividad minera

1. El Perú es un país de larga tradición minera, favorecido por las condiciones geográficas del territorio nacional. Desde los años 90, tras la implementación de las reformas neoliberales y luego de la apertura de las minas a capitales extranjeros, las inversiones en el rubro minero han aumentado de manera constante. En la actualidad, la actividad minera se desarrolla en 23 de las 25 regiones del país y se erige como un importante agente promotor del proceso de descentralización productiva.

2. Entre 2006 y 2009, la conflictividad social en el Perú aumentó de manera considerable, principalmente a causa de la actividad minera. En efecto, de 82 casos reportados en julio de 2006 se pasó a tener 147 en 2008 y 272 en 2009. A partir de este año, el número de casos se ha mantenido por encima de los 200 por año. Para septiembre 2016, la Defensoría del Pueblo reportó 207 conflictos registrados, 146 casos activos (70,5%) y 61 casos latentes (29,5%). La conflictividad social abarca distintos rubros, pero la distribución de casos muestra que los conflictos socio-ambientales son la gran mayoría (casi el 70%). A su vez, dentro de los conflictos socio-ambientales, aquellos asociados a la minería representan un porcentaje alto (64%).
3. En términos de distribución geográfica, se presentan conflictos sociales en una amplia gama de espacios en el territorio nacional, estando solo algunas regiones exceptuadas. Las regiones que tienen mayor número de conflictos sociales son zonas mineras o que tienen buena parte de sus territorios rurales concesionados. Igualmente, el mayor número de hechos de violencia se reporta en los conflictos socio-ambientales.
4. En términos generales, desde los años 90 se ha consolidado un marco normativo e institucional favorable a la inversión que, en diferentes extremos, pone en riesgo o afecta derechos de las poblaciones que viven alrededor de los proyectos.

Sobre propiedad

5. Históricamente la minería ha tomado lugar en zonas altoandinas del país. Estos son espacios habitados por comunidades indígenas que comparten un modo de tenencia y distribución de la tierra basada en la posesión colectiva, que en ocasiones comparte con modelo de tenencia familiar. En la actualidad, esta zona ha continuado siendo el espacio predilecto para la entrega de concesiones mineras llegando incluso a ampliarse nuevas regiones para la exploración. Así, desde la década de los 90, el Estado ha promulgado normativa complementaria que ha disminuido la seguridad jurídica de las comunidades en desmedro de la promoción de la inversión privada en el sector, dejando a estos grupos humanos en una situación desventajosa frente a las empresas.
6. Urge potenciar a los gobiernos regionales, que son las entidades que hoy tienen la responsabilidad de emprender los procesos de titulación y saldar esa deuda con las comunidades indígenas. Es importante brindar cuanto menos a las comunidades de una seguridad jurídica antes de iniciar un proceso de compra venta.
7. Resulta necesario que la obtención del acuerdo previo o la licencia social constituya un requerimiento para el inicio de actividades exploratorias, así como para el EIA. Es decir, que no se trate únicamente de un trámite adminis-

trativo, sino convertir a este proceso en un real candado para la actividad, lo que también terminaría por renovar la confianza de las comunidades en sus autoridades.

Sobre medio ambiente

8. El Perú enfrenta desafíos para consolidar una gestión ambiental en minería centrada en el manejo de recursos naturales con criterios de sostenibilidad ambiental, y para asegurar que los incentivos para la inversión no supongan la desprotección de derechos. Si bien se reconoce que se han dado avances en la materia, son también muy preocupantes los retrocesos que cada cierto tiempo se adoptan para incentivar la inversión que tienen el efecto de debilitar y flexibilizar la gestión ambiental.
9. Los principales retos se relacionan con el fortalecimiento de la institucionalidad ambiental relevante para la minería. La transferencia de funciones al SENACE es positiva pero el proceso de certificación ambiental debe centrarse en el objetivo de protección ambiental perseguido por el sistema de EIA, antes que en promover la inversión para evitar la continuidad de errores. De otro lado, se requiere exigir más calidad de las evaluaciones ambientales y analizarlas con mayor rigurosidad, reducir la discrecionalidad de la autoridad competente frente a proyectos inviables ambientalmente, reducir el margen a actores privados, considerar como aspecto clave los impactos ambientales

acumulados en la aprobación de un proyecto, y fortalecer decididamente la fiscalización ambiental.

10. Existe un número altísimo de pasivos ambientales irresueltos en el Perú que requieren mayor acción por parte del Estado. Se deben fortalecer los esfuerzos para la identificación de responsables y gestión de PAMs; mejorar la calidad de la Información pública disponible, reforzar la labor de supervisión y fiscalización de la ejecución de los Planes de Cierre; establecer el registro de impedidos a efectuar petitorios mineros; y aplicar, en su caso, las sanciones correspondientes.
11. Los problemas en la gestión ambiental que se advierten no son novedad, sino que muchos de ellos han sido identificados por diferentes actores. La persistencia en el tiempo de varios de los desafíos muestra que se requiere un mayor compromiso con una gestión ambiental acorde con el derecho a un medio ambiente saludable, equilibrado y adecuado, y una mayor voluntad para implementar los cambios necesarios para superarlos.

Sobre consulta previa

12. En el Perú, la consulta previa en minería se lleva a cabo (i) luego de la aprobación del EIA, y (ii) luego del acuerdo entre la empresa minera y la comunidad sobre el uso superficial de la tierra. Esto significa que cuando se hace ya se han decidido y aprobado las medidas de prevenci-

ón, mitigación y reparación de los impactos ambientales sobre el territorio indígena. Siendo así, cabe advertir dos probables efectos:

- Se puede producir un clima de desconfianza respecto al desconocimiento sobre la manera cómo la actividad genera afectaciones a derechos colectivos de pueblos indígenas.
- Su contenido puede no comprender información precisa sobre la manera se pueden ver afectados los derechos de pueblos indígenas del área de influencia de una mina.

13. Lo que se consultan son medidas administrativas posteriores a la aprobación del EIA, lo cual no permite un real intercambio de ideas sobre cómo mejorar desde los pueblos indígenas aquel contenido del EIA para que los cambios a darse no sean graves o ajenos a sus intereses y/o condiciones de vida. Lo recomendable es discutir de manera seria cómo llevar a cabo un procedimiento de consulta previa de un EIA.

Sobre participación ciudadana

14. A pesar de los avances en materia de participación ciudadana y un marco normativo que permite establecer mecanismos para cumplir los objetivos de la participación, existen problemas en el ejercicio de este derecho. Estos

problemas se centran principalmente en las situaciones que resaltamos:

- La participación ciudadana apunta más a informar sobre el proyecto que a generar incidencia o influencia en este. Si bien a través de los mecanismos de participación se permite el encuentro entre la empresa y los grupos poblacionales, el eje central sigue siendo el de informar y buscar se generen condiciones de convivencia que validen el proyecto extractivo.
- Cuando se trata de mecanismos para recoger información que sea de utilidad para elaborar el EIA, el problema radica en qué garantiza que la información brindada por las poblaciones locales fue debida y adecuadamente incorporada.
- La aplicación de los mecanismos de participación ciudadana debe sostenerse en principios de flexibilidad y adecuación a las circunstancias. A pesar de los esfuerzos, la rigidez puede ser una característica de los mecanismos cuando no permiten ir más allá de la práctica. Debe evaluarse la idoneidad del mecanismo para cada caso, sobre todo cuando hablamos de los monitoreos ambientales.
- La ausencia de mecanismos o el que sean inadecuados, son el origen de situaciones de conflicto social. Frente a la ausencia, hay que buscar posibilidades para el diálogo, y la idoneidad resulta del ejercicio y la práctica a través

de la validación del mecanismo con las mismas personas que van a utilizarlo.

15. Hay que reforzar el uso adecuado de mecanismos de participación ciudadana, pero recordar que el contexto en el que se usan presenta también un conjunto de necesidades básicas insatisfechas, las que se convierten en parte de estos espacios de diálogo. Mientras que los mecanismos son utilizados por las empresas o el Estado para recoger información que sea de utilidad para el proyecto, e informar a la población sobre la actividad, para parte de la población resultan el escenario donde puedan llevar sus agendas de necesidades.
16. La capacidad de incidir en la toma de decisiones ambientales por parte de la ciudadanía sigue siendo limitada. Es necesario reforzar y ampliar los mecanismos existentes de participación en instrumentos clásicos, como la evaluación de impacto ambiental, y en los procesos de ordenamiento territorial, entre otros, con el fin de recabar, con anterioridad al desarrollo del proyecto o actividad, la opinión de los grupos sociales potencialmente afectados. La cantidad, frecuencia, intensidad, diversidad de actores que involucran y efectos económicos y sociales de los conflictos socio ambientales, de notable incremento, son también el reflejo de un conjunto de necesidades insatisfechas que exceden lo meramente ambiental y se

enmarcan más en las grandes desigualdades existentes en el país.

Sobre el acceso a la información

17. El acceso a la información ha ido posicionándose en el debate público como un asunto necesario para fomentar la transparencia y la participación ciudadana efectiva. Sin embargo, lo que parece haber quedado supeditado a un segundo plano son las condiciones en las que ejercita este derecho. Las comunidades indígenas viven en espacios geográficos alejados de aquellos donde se publican informaciones y deben enfrentar muchas limitaciones y sobrecostos lo que termina desincentivando muchas veces la participación de las poblaciones en los procesos de evaluación ambiental. Esto último se ha evidenciado de forma notoria en los procesos vinculados a la aprobación de los EIA, en los cuales se presentan múltiples barreras que impiden que las poblaciones locales cercanas a los proyectos conozcan y participen en la revisión de estos documentos.
18. Sobre la existencia del marco legal general, es necesario que se implementen instrumentos por región que tracen una manera clara, efectiva y culturalmente adecuada de llegar a esa población y de generar una sinergia entre empresa, Estado y poblaciones locales.

Lista de tablas y gráficos

Tablas

- Tabla 1. Cambios legales durante los años 90.
- Tabla 2. Decretos Legislativos relacionados a los pueblos indígenas adoptados por García con ocasión del TLC con Estados Unidos.
- Tabla 3. Concesiones mineras por regiones, 2016.
- Tabla 4. Evolución de la conflictividad social diciembre, 2005-diciembre, 2016.
- Tabla 5. Estado de conflictos sociales.
- Tabla 6. Categorías de la exploración minera.
- Tabla 7. Base jurídica de derechos fundamentales más relevantes para la cadena minera.
- Tabla 8. Normas de flexibilización en materia ambiental.
- Tabla 9. Medidas administrativas para realizar la consulta previa en minería.
- Tabla 10. Observaciones en los mecanismos de participación ciudadana sobre el EIA.

1. Gráficos

- Gráfico 1. Estructura de distribución del canon minero.
- Gráfico 2. Inversión total en la minería peruana 2006-2015 (US\$ millones).

- Gráfico 3. Inversiones mineras por región al 2016 (US\$ millones).
- Gráfico 4. Evolución de las concesiones mineras en el Perú: 1991-2016.
- Gráfico 5. Evolución de las exportaciones mineras 2006-2015 (US\$ millones).
- Gráfico 6. Aportes por canon minero, 2007-2016 (S/ millones).
- Gráfico 7. Aportes por regalías mineras, 2007-2016 (S/ millones).
- Gráfico 8. Aportes por derecho a vigencia y penalidad, 2007-2016 (S/ millones).
- Gráfico 9. Transferencias a las regiones, 2007-2016 (S/ millones).
- Gráfico 10. Conflictos sociales por región, abril 2016.
- Gráfico 11. Etapas de la cadena minera, según la LGM.

SOBRE O LIVRO

Título: Políticas de Regulación de las Empresas Transnacionales por Violaciones a los Derechos Humanos en América Latina: Diagnósticos Nacionales

Políticas de Regulação das Empresas Transnacionais por Violação aos Direitos Humanos na América Latina: Diagnósticos Nacionais

Direção-Geral: Antón Corbacho Quintela

Assessoria Editorial e Gráfica: Igor Kopcak
José Vanderley Gouveia
Revalino Antonio de Freitas
Sigeo Kitatani Júnior

Divisão Administrativa: José Luiz Rocha

Divisão de Revisão: Maria Lucia Kons

Divisão de Editoração: Juliana Aleixo Fragoso

Divisão Gráfica: Alberto Gabriel da Silva

Divisão de Impressão e Acabamento: Daniel Ancelmo da Silva

Tipologia: CenturyOldstBT



Câmpus Samambaia, Goiânia, Goiás, Brasil- 74690-900

Fone: (62) 3521- 1107

direcaocegrafufg@yahoo.com

www.cegraf.ufg.br